

LUISS



Cattedra

RELATORE

CORRELATORE

CANDIDATO

Anno Accademico

INDICE

INTRODUZIONE.....	3
--------------------------	----------

CAPITOLO I

MISURE CAUTELARI FRA ECCEZIONALITÀ E NECESSITÀ ALLA LUCE DELLA COSTITUZIONE E DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI.....	9
--	----------

1. La libertà personale nella Costituzione: il rifiuto per la matrice inquisitoria ...	9
2. La tutela della libertà personale nella prospettiva convenzionale.....	15
3. La presunzione di innocenza e il bilanciamento necessario con le esigenze cautelari.....	22
4. Il giusto processo nella Costituzione italiana si attua nel previo contraddittorio.....	25
5. La flessibilità dell’art. 6 C.E.D.U. e la sua proiezione nel c.p.p. italiano.....	31
6. Il contraddittorio anticipato: una definizione.....	32
7. Alcuni effetti sul procedimento.....	33
8. I tentativi del legislatore.....	368
8.1 La commissione Dalia.....	379
8.2. La commissione Riccio.....	4139

CAPITOLO II

LA TUTELA DEL CONTRADDITTORIO NEL SISTEMA CAUTELARE VIGENTE	413
--	------------

1. I presupposti applicativi del procedimento cautelare.....	413
2. Il procedimento cautelare.....	50
2.1 Una giurisdizione senza cognizione.....	546
3. Il contraddittorio c.d. posticipato: una definizione	6462

4. L'interrogatorio di garanzia	657
5. La richiesta di revoca e di sostituzione della misura cautelare	70
6. Il riesame e il ricorso <i>per saltum</i> in Cassazione.....	7278
7. L'appello e il ricorso in cassazione	828
8. La parità conoscitiva tra giudice e difensore	890
9. La non sovrapposibilità dell'interrogatorio di garanzia al contraddittorio Errore. Il segnalibro non è definito.	
10. L'esigenza di rafforzamento di un contraddittorio posticipato di fronte allo stesso giudice	91
11. La rinunciabilità del riesame	9576
12. Modelli di contraddittorio anticipato nell'ordinamento italiano.....	968
12.1 Il procedimento cautelare per l'applicazione delle misure interdittive nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231	979
12.2 Il procedimento applicativo della misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio.....	1046
12.3 Il fermo e l'arresto in flagranza	1079

CAPITOLO III

UNO SGUARDO COMPARATO E ALCUNE PROSPETTIVE	11214
1. Il modello francese	11214
2. Il modello inglese	11820
3. Il modello statunitense	1268
4. Le soluzioni proposte dalla dottrina.....	13133
4.1 L'ipotesi di "accompagnamento coattivo" o "accompagnamento cautelare"	13335
4.2 L'ipotesi del "fermo allargato"	142
5. Il problema dei c.d. "maxi processi" e l'ipotesi del doppio binario	14346
6. Il disegno di legge Nordio.....	146

CONCLUSIONI.....	153
BIBLIOGRAFIA.....	1557

INTRODUZIONE

Il procedimento per l'applicazione delle misure cautelari personali, disciplinato dal codice di procedura penale del 1988, non prevede lo svolgimento del contraddittorio prima della decisione del giudice cautelare. In seguito alla presentazione della richiesta da parte del pubblico ministero, il giudice procedente applica la misura cautelare laddove ritenga sussistenti i presupposti della medesima. Il coinvolgimento dell'imputato – o della persona sottoposta alle indagini – e del suo difensore è, invece, riservato a un momento successivo, vale a dire all'interrogatorio dinnanzi al giudice che ha applicato la misura e all'eventuale riesame della medesima.

Scopo del presente elaborato è quello di contribuire alla storica discussione sull'introduzione di un contraddittorio anticipato nel procedimento cautelare per le misure personali custodiali, ovvero quelle limitative della libertà personale.

Il primo capitolo si sofferma sulle coordinate costituzionali della materia, con l'intento di mostrare come l'avvento della Costituzione italiana nel 1948 e della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel 1950 abbiano avuto significative ripercussioni sul procedimento cautelare italiano. Prima, infatti, il procedimento era tutto imperniato sulla presunzione di colpevolezza e di conseguenza su un automatismo nell'applicazione, da parte del pubblico ministero, delle misure cautelari, la cui preminente finalità era quella di ottenere la confessione; ora al contrario, l'intero procedimento penale si regge sul principio di presunzione di innocenza, con la conseguenza che è onere dell'accusa provare oltre ogni ragionevole dubbio la reità del soggetto ai fini della condanna e la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza ai fini cautelari. Il potere cautelare ha così assunto il carattere di eccezionalità: le misure cautelari personali possono essere applicate soltanto quando, stante un quadro indiziario sufficientemente grave, sussiste in concreto almeno una delle esigenze cautelari tipizzate dal legislatore: pericolo di

inquinamento probatorio, di fuga o di reiterazione del reato. Questi provvedimenti, dunque, sono finalizzati ad evitare il rischio di vanificare i risultati del processo e la sua stessa effettività.

Il carattere di *extrema ratio* delle misure cautelari si evince dalla lettura degli artt. 13 e 27 della Costituzione: da un lato, la libertà personale è un diritto “inviolabile”, tutelato da riserva di legge e giurisdizione, che assume particolare pregnanza nel procedimento penale, nel quale la persona accusata del reato è presunta innocente fino alla condanna definitiva; dall’altro, l’esigenza di rendere effettivamente eseguibile la sentenza definitiva nell’ipotesi di condanna impone di ridurre il pericolo di inquinamento probatorio, il pericolo di fuga e di reiterazione del reato anche al costo del sacrificio della libertà personale. Sacrificio la cui legittimità, tuttavia, presuppone il riscontro di stringenti presupposti e il rispetto di precise garanzie difensive.

Come noto, l’art. 111 della Costituzione prevede che ogni processo si svolga nel contraddittorio delle parti e davanti a un giudice terzo e imparziale. La norma rappresenta lo spunto per contribuire alla discussione sull’opportunità di riformare il procedimento cautelare italiano, caratterizzato, come detto, da un contraddittorio solo successivo all’applicazione della misura cautelare, che viene decisa *inaudita altera parte*. Simile assetto è stato storicamente ricondotto alla necessità di garantire l’imprevedibilità nell’applicazione di questo provvedimento e, dunque, di ridurre il rischio di vanificare le esigenze processuali sottese al medesimo. Proprio alla luce di ciò, la compressione dei diritti difensivi conseguente alla mancata instaurazione del contraddittorio in un momento antecedente l’adozione della misura cautelare è stata reputata legittima, sia dalla Corte costituzionale che dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, secondo la quale all’art. 6 C.E.D.U non riconosce come indefettibile un contraddittorio anticipato nella materia *de libertate*, lasciando spazio agli stati parti di disciplinare anche un contraddittorio *ex post* rispetto alla decisione cautelare.

Tuttavia, si può quanto meno dubitare che il contraddittorio anticipato sia necessariamente incompatibile con la garanzia dell’effetto sorpresa. Da tempo la dottrina si interroga sulla possibilità di implementare soluzioni procedurali che,

facendo leva su temporanee limitazioni della libertà personale, consentano lo svolgimento di un contraddittorio antecedente la misura cautelare.

Il capitolo I si conclude con la disamina del concetto di “contraddittorio anticipato” e con l’analisi delle ricadute positive che la sua introduzione avrebbe sul concreto dispiegarsi del diritto di difesa, sul rafforzamento gnoseologico della funzione giurisdizionale, nonché in termini di sovraffollamento carcerario e d’economia processuale.

Il secondo capitolo si sofferma sulla procedura cautelare per come oggi è disciplinata, con l’intento di dimostrare come, allo stato, la stessa non possa dirsi caratterizzata da un contraddittorio effettivo, com’è quello richiesto dall’art. 111 della Costituzione. L’interrogatorio di garanzia si attegga, infatti, più alla stregua di un mezzo di difesa che di un effettivo momento di attuazione del contraddittorio. Il capitolo si conclude con l’analisi di alcuni modelli di procedimento cautelare a contraddittorio anticipato presenti nell’ordinamento italiano, come il procedimento cautelare *de societate* previsto dal d.lgs. 231/2001 e quello stabilito dall’art. 289 co.2 c.p.p. per l’applicazione alla persona fisica della misura interdittiva della sospensione dal pubblico ufficio o servizio. La disamina è condotta con l’intento di cogliere gli aspetti positivi e negativi di tali modelli onde valutare una loro eventuale implementazione nel procedimento cautelare custodiale.

L’ultimo capitolo affronta le prospettive *de iure condendo*, prendendo le mosse da un’analisi comparatistica, condotta su altri ordinamenti giuridici che prevedono forme di contraddittorio anticipato nel procedimento cautelare.

Successivamente, si analizzano le principali proposte elaborate dalla dottrina per le misure cautelari custodiali: “l’accompagnamento cautelare” e il “fermo allargato”. Si tratta di proposte che si avvalgono di istituti precautelari già esistenti nel codice di rito, i quali garantiscono la presenza dell’indagato all’udienza cautelare e l’effetto a sorpresa.

La ricerca si conclude dando conto delle attuali proposte di riforma. Il 20 luglio 2023 è passato all’esame del parlamento il disegno di legge Nordio (approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 luglio 2023), che propone l’introduzione di un collegio cautelare e singoli casi in cui la procedura si dovrebbe caratterizzare per una forma di interrogatorio anticipato. Quest’ultima proposta, data la differenza tra

interrogatorio e contraddittorio, lungi dall'essere assimilabile all'introduzione di un contraddittorio anticipato nel procedimento *de libertate*. In ogni caso, questo disegno di legge mostra l'interesse sempre di più attuale all'esercizio di difesa e all'ascolto dell'indagato o imputato prima dell'applicazione di una misura cautelare.

CAPITOLO I

MISURE CAUTELARI FRA ECCEZIONALITÀ E NECESSITÀ ALLA LUCE DELLA COSTITUZIONE E DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI

SOMMARIO: 1. La libertà personale nella Costituzione: il rifiuto per la matrice inquisitoria – 2. La tutela della libertà personale nella prospettiva convenzionale – 3. La presunzione di innocenza e il bilanciamento necessario con le esigenze cautelari – 4. Il giusto processo nella Costituzione italiana si attua nel previo contraddittorio – 5. La flessibilità dell’art. 6 C.E.D.U. e la sua proiezione nel c.p.p. italiano – 6. Il contraddittorio anticipato: una definizione – 7. Alcuni effetti sul procedimento – 8. I tentativi del legislatore – 8.1 La commissione Dalia – 8.2 La commissione Riccio.

1. La libertà personale nella Costituzione: il rifiuto per la matrice inquisitoria

La questione della tutela della libertà personale è certamente al crocevia dell’intera rete di rapporti fra la tematica dei diritti fondamentali della persona e la tematica del processo¹. È un diritto fondamentale che viene preso in considerazione per se stesso prima ancora che nella sua proiezione processuale²: rappresenta «la radice

¹ Mario CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, Giuffrè, 1984, 299.

² *Ibidem*.

politico-costituzionale» della procedura penale³. Il primo titolo della Costituzione italiana, dedicato ai rapporti civili, si apre con l'art. 13, che riconosce nel primo comma la libertà personale come inviolabile⁴. Nei commi successivi, più spiccatamente processuale, si prevede che qualsiasi forma di restrizione (detenzione, ispezione, perquisizione personale) possa realizzarsi solo in virtù della riserva assoluta di legge e di giurisdizione, a cui si aggiunge un obbligo di motivazione.

L'inviolabilità implica l'esistenza di un contenuto minimo di garanzie, riconosciute dall'ordinamento indipendentemente e a prescindere dalla stessa volontà dell'interessato⁵: la libertà personale, perciò, è assolutamente indisponibile⁶, intransferibile, irrinunciabile e imprescrittibile⁷. Per queste caratteristiche la limitazione di questo diritto è eccezionale, e questo è ancor più vero nel procedimento penale, in cui l'indagato o imputato è presunto innocente fino alla condanna definitiva. Ciò è espresso anche dalla Corte Costituzionale che rileva che «la comune qualità di 'parti private' ovvero di 'imputati' nel processo penale non può cancellare il tratto distintivo costituito dallo stato di libertà o di detenzione di alcuni dei soggetti considerati, quasi che la privazione della libertà personale, nel corso ed ai fini del procedimento penale, rappresenti un dato marginale e trascurabile e non invece un fatto di tale rilievo che, quand'anche ritenuto necessario, nei casi e modi previsti dalla legge⁸, pone al legislatore l'obbligo costituzionale di creare condizioni perché sia contenuto nei termini minimi

³ R. ORLANDI, *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in *Criminalia*, 2006, p. 294, nt. 4.

⁴ L'inviolabilità si raccorda con la proclamazione di carattere generale contenuta nell'art. 2 Cost. ed è per lo più interpretata quale clausola normativa volta a sottrarre i diritti inviolabili al procedimento di revisione costituzionale di cui all'art. 138 Cost. Le garanzie costituzionali della libertà personale, quindi, sono da intendersi come elementi essenziali della nostra forma di Stato e di esse non è ammessa alcuna modifica in senso deteriore (così in A. CAMON, C. CESARI, M. DANIELE, M. L. DI BITONTO, D. NEGRI, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano 2020, p. 96-97).

⁵ *Ibidem*.

⁶ G. LOZZI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I riti differenziati nel nuovo processo penale*, Giuffrè, 1990, p. 53.

⁷ A. PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in Enc. dir., vol. XXIV, Giuffrè, 1974, p. 303, p. 308; L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella storia del diritto*, in AA.VV., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, 2001, p. 123 ss.

⁸ V. anche CHIAVARIO, *Processo e garanzia della persona*, Giuffrè 1984, p. 313, dove afferma che «col prescrivere che siano determinati dalla legge i casi e i modi delle limitazioni della libertà personale, la Costituzione sembra chiedere, al legislatore ordinario, anche una certa determinatezza di prescrizioni, così da rinserrare entro limiti ben precisi la discrezionalità degli operatori».

indispensabili il sacrificio di questo bene fondamentale della vita dell'uomo⁹». Nel procedimento penale questo diritto trova il suo necessario sacrificio nella “carcerazione preventiva”, espressione del potere cautelare dell'autorità giudiziaria che la stessa Costituzione ai commi 2, 3 e 5 dell'art. 13 riconosce. Il problema si incentra allora in una dimensione anzitutto costituzionale, le cui grandezze incrociano le direttrici rappresentate dal principio *nulla poena sine praevio iudicio* e della presunzione di non colpevolezza; avviene infatti che la restrizione del medesimo diritto sia, da un lato, subordinata al passaggio in giudicato della decisione affermativa sulla responsabilità penale e, dall'altro lato, autorizzata pure mediante l'applicazione ad un soggetto considerato innocente di fattispecie diverse, per struttura e funzione, dalla norma incriminatrice¹⁰. Tuttavia, il potere cautelare trova una sua giustificazione nella funzione di rispondere ad esigenze eccezionali e urgenti connesse all'incidere processuale e alla sicurezza pubblica, che non potrebbero attendere l'intero sviluppo di un procedimento penale e il conseguente accertamento con decisione definitiva e oltre ogni ragionevole dubbio sulla reità del soggetto. Chiarisce questi concetti Calamandrei spiegando come il tempo impiegato per il processo non debba andare a scapito di chi ha ragione: fra gli svariati mezzi apprestati dal legislatore per raggiungere questo scopo vi è appunto il provvedimento cautelare, il quale mira ad evitare il pericolo di un «danno giuridico, derivante dal ritardo di un provvedimento giurisdizionale definitivo»¹¹. In virtù di questa funzione la carcerazione preventiva, intesa come misura cautelare, limita la libertà personale esclusivamente per assicurare, in un rapporto di strumentalità, gli effetti della sentenza: la coazione fisica dell'individuo può essere sacrificata solo per la «funzionalizzazione delle esigenze di un procedimento penale in corso»¹². Il risultato della procedura cautelare si identifica, sotto il profilo strutturale, con gli effetti del processo principale nell'ipotesi di condanna¹³. Nel bilanciamento, quindi, che si è tenuti ad attuare per garantire, da un lato, la

⁹ Così Corte Cost., 3 marzo 1982 (53/82).

¹⁰ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli 2004, p. 5-6.

¹¹ Virgilio ANDRIOLI, *Sull'«Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari di Piero Calamandrei»*, Il Foro Italiano, maggio 2009, Volume 132, 206.

¹² L. BRESCIANI, *Libertà personale dell'imputato*, in Enc. Giur. Dir., 1993, pag. 446.

¹³ G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare*, Cedam, Padova 1953, p.17.

sicurezza, dall'altro, la libertà personale questo provvedimento cautelare non può che essere provvisorio rispetto alla decisione definitiva, quale unico atto che può esprimere la volontà della legge.

I principi riconosciuti in Costituzione nell'art. 13 concernenti le misure cautelari rendono chiaro come la carta descriva un procedimento accusatorio attraverso quello che viene definito uno «spostamento di un sistema tutto concepito, giustificato e organizzato sulla supremazia della legge, ad uno più direttamente imperniato sul potere del magistrato»¹⁴. Nel modello inquisitorio, infatti, le esigenze cautelari non sono tipizzate, il provvedimento è basato su requisiti ambigui e richiede elementi probatori molto poveri, inoltre non vi è possibilità di controllo. Il giudice può attivarsi d'ufficio, perdendo così la sua terzietà ed imparzialità; può, inoltre, esercitare i suoi poteri giurisdizionali attraverso forme processuali basate sul segreto e sulla scrittura perché tutto è incentrato sul principio di autorità, basato sull'assunto che «una persona investita di poteri assoluti sia, meglio di chiunque altro in grado di conoscere il vero e il giusto»¹⁵. Quello che conta non è il metodo ma il risultato: non è vietata nessuna modalità di ricerca delle prove nella fase di indagine, neppure la tortura, in quanto lo scopo rimane quello di ottenere una confessione: la “regina delle prove”. Per questo il modello inquisitorio viene definito «il metodo che esclude la dialettica tra accusa e difesa, per cui l'indagine, svolta unilateralmente dal magistrato, procede in modo analitico, potenzialmente senza limiti, e l'acquisizione delle prove è scritta e segreta»¹⁶. Diventa chiaro come in un modello in cui vige «una generale concezione pessimistica della natura umana, il giudicabile è “presunto reo”»¹⁷ ed è chiamato a provare la sua innocenza. Così, la carcerazione preventiva diviene automatica e applicabile anche dal pubblico ministero: *in dubio contra libertatem*¹⁸. Il fine è creare una “verità di stato” pur rinunciando alla tutela della libertà personale. Si opposero con forza a tali idee gli illuministi, a cominciare da Beccaria, che pur ammettendo in linea di principio

¹⁴ M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in Riv. It. Dir. Proc. pen., 1995, p. 648 ss.

¹⁵ P. MOSCARINI - M.L. DI BITONTO, *Introduzione*, 8.

¹⁶ G. ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in Enc. Giur. Treccani, Vol. 1, p. 2.

¹⁷ P. MOSCARINI - M. L. DI BITONTO, *Introduzione*, Giappichelli, Torino 2018, p.9.

¹⁸ V. GREVI, *libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Varese 1976, p. 4.

la legittimità della cattura e della custodia in carcere dell'imputato¹⁹, aveva esplicitato il criterio direttivo secondo cui «la privazione della libertà essendo una pena, essa non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede», precisando, inoltre, che «questa custodia essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa»²⁰. Sulla base di simili premesse si sarebbero attestati un secolo più tardi i giuristi di scuola liberale, nello sforzo di contenere al massimo l'ambito di ammissibilità della carcerazione preventiva²¹ e, allo stesso tempo, di sganciare la concreta operatività dall'inaccettabile presupposto di una assimilazione fra imputato e colpevole²². La Costituzione italiana segue questi principi all'art. 13 co.2, co.3, co.5 e fonda il suo modello sulla presunzione di innocenza²³ e sulla libertà personale come regola mentre la sua limitazione costituisce l'*extrema ratio*.

Il diritto inviolabile è garantito dalla riserva di legge che caratterizza ogni momento del procedimento cautelare dai presupposti, alle esigenze, alle tipologie di misure. Questa riserva di legge ha un indubbio rilievo politico, assicurando che l'unica fonte abilitata a incidere sulla libertà della persona sia la legge, diretta emanazione della sovranità popolare, che si esprime nei rappresentanti dell'intera compagine sociale²⁴. È bandita pertanto ogni discrezionalità tra norma e atto applicativo²⁵. La riserva di legge riceve attuazione mediante le disposizioni dell'art.272 c.p.p. del codice di procedura penale, nel quale si stabilisce che «le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo». Il significato più evidente di questa disposizione è quello della tassatività delle limitazioni della libertà personale rigorosamente previste e

¹⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, F. Venturi, Torino 1965, XXIX, 70.

²⁰ BECCARIA, op. ult. Cit., 47.

²¹ V. GREVI, *libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Varese 1976, p.5.

²² AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967, 179 ss.

²³ Sulle matrici storiche e ideologiche della presunzione di non colpevolezza, O. DOMINIONI, *Le parti nel processo penale*, Giuffrè, 1985, p. 255 s.; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., p. 10 s.; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2a ed. aggiornata, Giappichelli, 2009, p. 20 s.

²⁴ A. CAMON, C. CESARI, M. DANIELE, M. L. DI BITONTO, D. NEGRI, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano 2020, p. 99.

²⁵ A. CERRI, *Libertà II*, *Libertà personale- dir. Cost.*, Enc. Giur. Treccani, XXI, Roma, 1991, pag.

10

disciplinate nel Libro IV Titolo I del codice di rito. Tale rilievo politico, però, non esaurisce la portata della garanzia, che discende dalla sua indissolubile connessione con la riserva di giurisdizione e l'obbligo di motivazione²⁶. La riserva di giurisdizione garantisce che il provvedimento venga applicato, revocato o modificato dal giudice, il quale mantiene la sua indipendenza e terzietà poiché il Pubblico Ministero può esclusivamente richiedere il provvedimento cautelare. Il disposto costituzionale conduce inevitabilmente al confronto con tematiche espresse nel codice e, in particolar modo, con le disposizioni di cui all'art 272 c.p.p.²⁷. La norma *de qua* con la sua imperiosa e stringata inflessione, stabilisce la regola generale in tema di limitazione della libertà della persona²⁸, anche se in termini invertiti rispetto alla previsione di cui al co. 1 art. 13 Cost.²⁹. Infatti, a differenza di quest'ultima, che stabilisce che «la libertà personale è inviolabile»³⁰, l'art. 272 c.p.p., invece, adopera volutamente la locuzione «le libertà della persona»³¹.

In riferimento alla riserva di giurisdizione e alla richiesta di un atto motivato del giudice è necessario sottolineare come queste abbiano fatto acquisire una netta distinzione di ruoli tra il pubblico ministero e il giudice. Secondo una parte della

²⁶ A. CAMON, C. CESARI, M. DANIELE, M. L. DI BITONTO, D. NEGRI, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano 2020, p. 99.

²⁷ Alberto VIRGILIO, *Il riesame delle misure cautelari personali*, Jovene editore, Napoli 2005, p.11.

²⁸ Dall'interpretazione dell'art 272 c.p.p. si deducono tre corollari: il riconoscimento dell'eccezionalità del provvedimento restrittivo della libertà personale che non può considerarsi in alcun modo fisiologicamente connesso alla vicenda processuale penale; l'evidenza dei principi di legalità e di tassatività; il carattere discrezionale (*rectius*: discrezionalità vincolata e guidata) del provvedimento del giudice, che rifugge automatismi ed è legittimo solo nella misura in cui si fonda su valutazioni da effettuare caso per caso, che devono essere adeguatamente e logicamente espresse nel provvedimento restrittivo.

²⁹ *Ibidem*

³⁰ V. art. 13 Cost.

³¹ A tal proposito il Chiavario, in CHIAVARIO, *Commento al nuovo c.p.p.*, pp. 25-26, chiarisce che l'uso generico dell'espressione di cui all'art. 272 c.p.p. «fa risultare che, nell'ambito operativo della regola di riserva codicistica, sono comprese pure le misure interdittive ed anche quelle tra le misure coercitive che mal si riportano all'idea di una incidenza sulla libertà personale (almeno ove questa dovesse essere assunta nel senso più rigorosamente fisico)». Un concetto, quello espresso dal codice di più ampio respiro rispetto alla Costituzione: in quest'ottica v. anche TONINI, *Manuale di proc. pen.*, Giuffrè 2001, p.298.

dottrina³² il codice di rito imprime alla materia della limitazione della libertà personale in via cautelare un'impronta più garantista della stessa Costituzione. Infatti, mentre quest'ultima parla di "autorità giudiziaria", il legislatore rubrica l'art. 279 c.p.p., "Giudice competente", esplicitando chiaramente la scelta di attribuire il potere di disporre una restrizione della libertà personale prima dell'accertamento definitivo alla sola autorità giurisdizionale. Ciò a fronte di un testo costituzionale che, invece, parrebbe riferirsi sia alla magistratura giudicante che a quella requirente, legittimando così anche il pubblico ministero all'esercizio dei poteri restrittivi della libertà personale. Secondo un'altra lettura, nondimeno, è possibile interpretare l'art. 13 Cost. quale fondamento di una vera e propria riserva di giurisdizione³³. L'espressa menzione all'autorità giudiziaria sarebbe da intendersi come riferita, più propriamente, alla sola autorità giurisdizionale e dunque soltanto al giudice e non al pubblico ministero³⁴. Impostazione, quest'ultima, accolta, in definitiva, dallo stesso legislatore, il quale, come detto, stabilisce che «sull'applicazione e sulla revoca delle misure nonché sulle modifiche, provvede il giudice che procede...»³⁵. La disciplina, sancita nell'art. 279 c.p.p., rappresenterebbe, dunque, una interpretazione autentica del dettato costituzionale, per cui la locuzione "autorità giudiziaria" deve identificarsi oggi

³² V. per un approfondimento A. CAMON, C. CESARI, M. DANIELE, M.L. DI BITONTO, D. NEGRI, P.P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano 2020, p. 99.

³³ *Ibidem*, p. 100.

³⁴ In op. ult. cit. si evidenzia come tale lettura discenda dalla necessità di interpretare le garanzie poste nell'art. 13 Cost. in raccordo con la previsione che assicura la ricorribilità per cassazione di tutti i provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali (art. 111 comma 7 Cost.). Sul piano letterale, infatti, delimitare la ricorribilità per cassazione ai provvedimenti restrittivi della libertà personale emessi soltanto dall'autorità giurisdizionale non può avere altro senso se non quello di sottintendere che l'unica autorità legittimata a pronunciarsi sulla libertà sia quella giurisdizionale e non quella meramente giudiziaria.

³⁵ L'equazione è "giudice *de libertate* = giudice che procede", laddove per "giudice che procede" dovrebbe intendersi colui che, in una determinata fase processuale, disponga degli atti del procedimento stesso. Inoltre, la giurisdizionalizzazione viene altresì estesa, nella parte conclusiva dell'art. 279 c.p.p., anche nella fase procedimentale, precedente, cioè, all'esercizio dell'azione penale ex art. 405 c. 1 c.p.p., con richiamo al g.i.p., pur se, a voler essere rigorosi, non è molto confacente parlare di "giudice che procede" in una fase in cui l'autorità giudiziaria procedente è il magistrato del pubblico ministero: così, GIANNONE, in CHIAVARIO, *commento al nuovo c.p.p.*, cit, *sub* art. 279, Utet 1989, pp. 93-94.

nell'autorità giurisdizionale e di conseguenza al pubblico ministero viene riconosciuto solo un potere di impulso³⁶.

Correlato alla riserva di giurisdizione vi è l'obbligo di motivazione che assolve a una duplice funzione³⁷: in ossequio al principio democratico, la motivazione propizia il controllo dell'opinione pubblica sul provvedimento coercitivo del giudice, il quale amministra la giustizia in nome del popolo (art. 101 comma 1); inoltre, l'enunciazione delle ragioni di fatto e di diritto che giustificano la coercizione personale è funzionale a consentire il sindacato giurisdizionale sul provvedimento medesimo (art. 111 comma 7), circa l'effettiva sussistenza nel caso concreto dei presupposti di fatto e di diritto legittimanti la restrizione della libertà personale³⁸.

La normativa costituzionale pertanto «ha operato un netto ribaltamento nella scala dei valori percepita dal legislatore fascista nel 1930, ripudiando quella tendenziale subordinazione della libertà personale agli interessi dello Stato che la dottrina fascista aveva enfatizzato»³⁹. È in questo modello che la libertà personale è massimamente garantita perché «non può essere ristretta più di quanto necessario per conseguire l'accertamento della verità e rendere eventualmente possibile l'esecuzione della pena»⁴⁰. Soltanto entro i limiti rigorosi della necessità processuale è tollerabile un istituto di cui si riconosce la sostanziale ingiustizia⁴¹: una ingiustizia necessaria. Quando cessano queste ragioni diventa «un atto di vera tirannide»⁴².

³⁶ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè 2001, pp. 298 e 299.

³⁷ A. CAMON, C. CESARI, M. DANIELE, M.L. DI BITONTO, D. NEGRI, P.P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano 2020, p. 100-101.

³⁸ Ibidem.

³⁹ V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976, pag. 2.

⁴⁰ MICELI, *Principi di diritto costituzionale*, Milano 1913, 965.

⁴¹ CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca 1874, IV, 300 ss.; altresì LUCCHINI, *Il carcere preventivo*, Venezia 1872, 20.

⁴² CARRARA, *Immoralità*, 300.

2. La tutela della libertà personale nella prospettiva convenzionale.

È un dato ben noto che nessuna tra le Carte fondamentali dei singoli ordinamenti e tra le Carte internazionali dei diritti umani trascura di considerare che la libertà personale dell'individuo, pur sancita come diritto inviolabile, possa nondimeno essere limitata per scopi di giustizia⁴³. Si comprende pertanto come la restrizione della libertà dell'imputato nel corso del processo finisca per essere uno strumento indefettibilmente presente e largamente utilizzato all'interno di ciascun ordinamento. E tuttavia, è affermazione ricorrente, nella consapevolezza della "immoralità" del sacrificio dei diritti di un presunto innocente⁴⁴, che le restrizioni della libertà personale per scopi cautelari dovrebbero essere rimedi estremi, legittimi solo in presenza di esigenze di tutela dell'accertamento non altrimenti tutelabili e, improntate al rispetto del principio di proporzionalità⁴⁵.

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo all'art. 5 richiede agli Stati parti di riconoscere come inviolabile la libertà personale. Essa accorda al diritto alla libertà personale una protezione condizionata, sotto un duplice versante: da un lato, lo stesso art. 5 Cedu, dalla lett. a) alla lett. f), enumera sei possibili ragioni che possono fondare la legittima privazione della libertà personale di un individuo; dall'altro, il diritto alla libertà personale è derogabile in situazioni di guerra o di pericolo per la nazione, come previsto dall'art. 15 Cedu⁴⁶. È la lettera c) a legittimare la carcerazione preventiva di un indagato «quando vi sono ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato o ci sono motivi fondati per ritenere necessario di impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso»⁴⁷.

⁴³ Vittorio GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 36 s.

⁴⁴ Francesco CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, In: *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Lucca, 1874, p. 299 s.

⁴⁵ Giuseppe TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 27 s

⁴⁶ Ludovica BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 C.D.U. e art. 2 prot. 4)*, *Diritto penale contemporaneo* 2011, p. 255.

⁴⁷ Cit. art. 5 C.E.D.U., il quale prescrive quali altre cause di restrizione anche « (a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente; (b) se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge,

La privazione della libertà attraverso una misura cautelare richiede specifici presupposti: prevedibilità, necessità e proporzione. Il primo elemento qualitativo sottende che la legge abbia predefinito le tipologie di misure e chiaramente definito i presupposti applicativi affinché ciascun individuo possa prevedere con ragionevole grado di approssimazione le conseguenze delle proprie azioni⁴⁸. È pertanto essenziale che le condizioni della privazione della libertà previste dal diritto interno siano definite in modo chiaro e che l'applicazione dello stesso diritto sia prevedibile, in modo da soddisfare il requisito di legittimità fissato dalla Convenzione, requisito che esige che tutto il diritto sia sufficientemente preciso e consenta alla persona – se necessario, mediante adeguata consulenza – di prevedere, in misura ragionevole alla luce delle circostanze, le conseguenze che una data azione può comportare⁴⁹. L'articolo 5 co. 1 non si limita a rinviare quindi al diritto interno, esso concerne anche la “qualità del diritto” che implica che se la legislazione nazionale autorizza la privazione della libertà essa deve essere sufficientemente accessibile, precisa e prevedibile nella sua applicazione⁵⁰. I fattori pertinenti a tale valutazione della “qualità del diritto” – definiti in alcune cause “garanzie contro l'arbitrarietà” – comprendono l'esistenza di chiare disposizioni giuridiche per disporre la detenzione, per prorogarla e per fissarne la durata massima; nonché l'esistenza di un ricorso effettivo mediante il quale il ricorrente possa contestare la “legittimità” e la “durata” della proroga della sua detenzione⁵¹. La necessità e la proporzionalità richiedono in un primo momento un confronto sull'ambito di applicazione con l'art. 2 del Prot. 4, infatti questo regola le mere

da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge; (...); (d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente; (e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo; (f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolare 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».

⁴⁸ Ludovica BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 C.D.U. e art. 2 prot. 4)*, Diritto penale contemporaneo 2011, p. 261.

⁴⁹ Guida all'articolo 5 - Diritto alla libertà e alla sicurezza, p. 12.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

restrizioni della libertà di movimento⁵², mentre la Corte di Strasburgo ha avuto modo di ribadire più volte che l'art. 5 C.E.D.U. consacra un diritto fondamentale, consistente nella protezione dell'individuo contro l'interferenza arbitraria dello stato nei confronti del suo diritto alla libertà, intesa in senso strettamente fisico⁵³. Questi due criteri di cui alla seconda parte dell'articolo 5 co. 1, lettera c) esigono che siano state esaminate misure meno severe della detenzione e che esse siano state ritenute insufficienti a salvaguardare gli interessi dei singoli o pubblici⁵⁴. Il reato in questione deve essere di carattere grave, tale da comportare un pericolo per la vita o per la persona o un notevole danno patrimoniale. Inoltre, la «plausibilità» del sospetto sul quale deve essere basata la misura è un'altra tutela essenziale prevista dall'art. 5 C.E.D.U., perché presuppone l'esistenza di fatti o di informazioni in grado di convincere un osservatore obiettivo del fatto che la persona interessata possa aver commesso un reato⁵⁵. I fatti che suscitano sospetti non devono essere dello stesso livello di quelli necessari per giustificare una condanna, o perfino per formulare un'accusa⁵⁶, inoltre è necessario che i fatti invocati siano ragionevolmente ritenuti compresi in uno degli articoli che definiscono il comportamento criminale nel codice penale. I principi sovranazionali, esattamente come la Costituzione italiana, permettono delle restrizioni preventive alla libertà

⁵² Tale articolo sancisce la libertà di circolazione e afferma: «chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza. Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio. L'esercizio di tali diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e che costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui. I diritti riconosciuti al paragrafo 1 possono anche, in alcune zone determinate, essere oggetto di restrizioni previste dalla legge e giustificate dall'interesse pubblico in una società democratica.». Nel senso che l'art. 5 Cedu non arriva a sovrapporsi a tale disposizione v. C. edu, Engels e altri c. Paesi Bassi; C. edu, 6 novembre 1980, Guizzardi c. Italia, par. 92; C. edu., 2 agosto 2001, Mancino c. Italia, par. 16; C. edu., 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia, par. 39.

⁵³ C. edu, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, par.58; va quindi rimarcato che «la nozione di libertà recepita dalla norma in commento si avvicina alla libertà degli arresti riconosciuta dalle Costituzioni degli stati membri», così M. GIALUZ, *Commento all'art. 5 CEDU, par. 1*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKI (a cura di.), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, Cedam*, 2011, p. 108.

⁵⁴ Guida all'articolo 5 - Diritto alla libertà e alla sicurezza, p.20.

⁵⁵ Guida all'articolo 5 - Diritto alla libertà e alla sicurezza, p.21.

⁵⁶ Ibidem.

personale, ma esclusivamente «nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge»⁵⁷. È il principio di legalità che deve permeare di sé la materia, poiché le garanzie da apprestare a tutela di un diritto centrale delle società moderne non possono che essere massime: sarà illegittima ogni privazione della libertà personale contraria alle regole sostanziali e processuali dello stato in cui il provvedimento viene emanato. È, però, corretto notare come *ictu oculi* manchi una riserva di legge in senso stretto come quella presente nell'art. 13 Cost. e ciò è ovvia conseguenza del fatto che le carte internazionali non possono che tenere conto delle caratteristiche dei diversi ordinamenti degli stati che ad esse aderiscono⁵⁸. L'organo, individuato dalla Convenzione, davanti al quale il soggetto deve essere tradotto è un giudice o un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie; è questo l'unico modo attraverso il quale si può garantire la terzietà, imparzialità ed indipendenza quali principi forzosamente richiesti per provvedimenti limitativi di diritti fondamentali.

Ai principi sovranazionali il legislatore italiano con il codice di rito sembra essersi perfettamente conformato, quanto meno sotto il profilo formale, riconoscendo come proprio il sistema C.E.D.U. di garanzie e deroghe del diritto fondamentale alla libertà personale. Il piano applicativo deve, però, sempre essere tenuto in considerazione, poiché la legge vive per come interpretata dalla giurisprudenza, e qui vi si trovano ambiti di frizione con la C.E.D.U.; un esempio è la valutazione del fattore tempo: nella prospettiva convenzionale il fattore tempo affievolisce la rilevanza degli elementi che hanno originariamente legittimato l'adozione del provvedimento restrittivo, con la conseguenza che il suo protrarsi esige a sua giustificazione l'esigenza di nuove risultanze⁵⁹. Nel panorama del nostro diritto

⁵⁷ Cit. art. 5 C.E.D.U. co. 1.

⁵⁸ A. VIRGILIO, *Il riesame delle misure cautelari personali*, Jovene, Napoli 2005, p.17. La C.E.D.U. ha, infatti, tra gli obiettivi quello di ridisegnare, attraverso i diritti e le identità nazionali, il processo di integrazione europea, che è reso possibile soltanto se gli stati ratificano la Convenzione stessa. Ovviamente, ciò accadrà solo se questa individua degli standard minimi di tutela che possano essere condivisi da tutti i paesi parti, i quali si caratterizzano per avere culture e tradizioni diverse. Questi minimi livelli di tutela dovranno essere rispettati da tutti gli stati, poiché da tutti loro sono stati condivisi; tuttavia, quelli che nel proprio ordinamento prevedono livelli di tutela più alti rispetto alla Convenzione saranno tenuti a garantirli.

⁵⁹ M. L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e giusto processo*, in Riv. it. dir. e proc. pen., anno 2007, fascicolo 2/3, p. 873.

interno, invece, l'espandersi temporale della misura limitativa della libertà personale, qualunque ne sia il motivo, è considerato un evento assolutamente naturale, sull'implicito assunto che il passare del tempo sia un fattore irrilevante ai fini della modifica del quadro cautelare, che diviene mutabile solo a fronte di sopravvenienze che modifichino in *melius* la situazione di fatto originariamente prospettata⁶⁰. L'effettività della tutela apprestata dalla Convenzione, come noto, è garantita dal diritto del soggetto che lamenti una violazione delle prerogative riconosciutegli dalla stessa, previo esperimento dei ricorsi interni, di adire la Corte di Strasburgo per accertare la lesione del diritto fondamentale ed ottenere una condanna con conseguente obbligo, per lo stato inadempiente, di revocare la sentenza di condanna penale o il decreto penale di condanna e di riaprire il procedimento penale al fine di risolverlo nel rispetto delle regole sul giusto processo ex. art. 6 C.E.D.U.. Il mezzo di impugnazione straordinario esperibile per riaprire il giudicato penale è la c.d. revisione europea oggi disciplinata dall'art. 628-bis c.p.p. a seguito della riforma Cartabia⁶¹, ma in origine introdotta nell'ordinamento italiano a seguito di una pronuncia della Corte Costituzionale⁶² all'art. 630 c.p.p.⁶³. È bene precisare come, già nella sent. 113 del 2001 della Corte Costituzionale una menzione alle sole violazioni "procedurali" dell'art. 6 non si rinvenisse, facendosi invece riferimento, in termini molto più generali, alla finalità di «conseguire la riapertura del processo», quando ciò fosse «necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo»: a prescindere, dunque, dalla natura della norma

⁶⁰ Ibidem. Vedi anche Cass. Sez. II, 19 febbraio 2020, n. 12807, in CED Cass., n. 278999.

⁶¹ V. d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, attuativo della legge 134/2021.

⁶² Corte Cost. sent. 113/2001.

⁶³ La Sentenza della Corte Costituzionale n. 113 del 2011 aveva dichiarato illegittimo l'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva una ulteriore ipotesi di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò fosse necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

violata e dal tipo di violazione⁶⁴. A rafforzare questa interpretazione oggi vi è anche il legislatore che nel dedicare all'istituto un intero articolo, il 628-bis, in modo espresso ha scelto di non distinguere tra violazioni sostanziali e procedurali prevedendo che «il condannato o la persona sottoposta a misura di sicurezza possa richiedere alla Corte di cassazione di revocare la sentenza penale di condanna o il decreto penale di condanna pronunciati nei loro confronti, di disporre la riapertura del procedimento o, comunque, di adottare i provvedimenti necessari per eliminare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione accertata della Corte Europea dei diritti dell'uomo, quando hanno proposto ricorso per l'accertamento di una *violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*» e la corte ha accolto il ricorso in via definitiva.

3. La presunzione di innocenza e il bilanciamento necessario con le esigenze cautelari

Nell'ambito del modello di processo penale accusatorio, come si è descritto precedentemente e come delineato dalla Costituzione, non c'è dubbio che il principio idoneo a caratterizzare nel modo migliore la figura processuale dell'imputato sia quello espresso attraverso la formula della presunzione di non colpevolezza sino alla condanna definitiva (art. 27 comma 2° Cost.)⁶⁵. Il processo penale, considerato nella realtà storica degli ordinamenti moderni come «diritto costituzionale applicato»⁶⁶, attua il potere punitivo soltanto come conseguenza del giudizio (definitivo) sulla responsabilità penale dell'imputato⁶⁷. Affermare che sia vietato trattare il soggetto accusato di un reato come colpevole significa cogliere la dinamicità del processo, il suo svolgersi nel tempo attraverso un susseguirsi di fasi

⁶⁴ Vincenzo SCIARABBA, *La riapertura del giudicato a seguito di sentenze della Corte di Strasburgo: il ruolo della comparazione* (Relazione al "XXII Colloquio biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato", Salerno, 30 maggio - 1 giugno 2013), in *Europeanrights Newsletter* - europeanrights.eu, 2014, P.17.

⁶⁵ Vittorio GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Giuffrè, Milano 2000, p.99.

⁶⁶ W. SAX, *Grundsätze*, p.967.

⁶⁷ G. VASSALLI, *Potestà punitiva*, Utet, Torino 1942, p. 807.

che necessitano di valutazioni intermedie che permettono di raggiungere l'accertamento del fatto in via definitiva. Senza ammettere la necessità di giudizi intermedi verrebbe meno il senso stesso della presunzione di non colpevolezza. Tanto più si è visto come alcuni principi costituzionali, tra i quali l'art. 13 Cost., ricevano forza ideale e spessore contenutistico dalla presunzione di innocenza: lo stesso concetto di "carcerazione preventiva" deriva ed è comprensibile nella sua eccezionalità solo se lo si lega all'anteriorità rispetto ad una condanna definitiva. È così che si riesce a cogliere il legame dell'art 13 Cost. e dell'art. 27 comma 2 Cost., i quali non possono che essere sistematicamente interpretati: da un lato, le misure cautelari si pongono come limiti alla presunzione d'innocenza, permettendo un contenimento di quest'ultima quando vi siano gravi indizi di colpevolezza; dall'altro è lo stesso art. 27 Cost. che dà al legislatore il criterio entro il quale il provvedimento cautelare può esistere (in particolare in termini di durata, scelta del tipo di misura e presupposti applicativi). È nel rischio di vanificare il risultato del processo e la sua stessa effettività che le esigenze cautelari trovano la loro ragion d'essere. Allo stesso tempo, però, il divieto di trattare l'imputato come condannato prima di una sentenza definitiva implica che le misure cautelari restrittive della libertà dell'imputato o indagato debbano necessariamente essere contrassegnate da «connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena»⁶⁸ e che siano sorrette da giustificazioni diverse da quelle idonee a legittimare l'esecuzione di quest'ultima⁶⁹. La logica delle misure cautelari non è quella di anticipare i risultati dell'eventuale sentenza da pronunciare successivamente, bensì quella, opposta, di minimizzare il ricorso a istituti, che in quanto limitativi di diritti fondamentali, possono essere applicati soltanto ove ricorrano le stringenti condizioni indicate

⁶⁸ C. cost., 21.7.2010 n. 265. Inoltre, G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, p. 36, avverte che «il divieto di equiparare il trattamento dell'imputato a quello del colpevole, non solo non è contraddetto dall'esistenza della carcerazione preventiva, ma proprio in relazione a questa assume maggior valore. Perché le restrizioni della libertà personale nel corso del processo siano compatibili con la presunzione di innocenza, è necessario che possano differenziarsi dalla pena, nonostante si tratti di misure a questa corrispondenti». Più oltre, evidenzia che «la presunzione non è una conseguenza che si trae dal fatto dell'imputazione ma è un principio formale che si ritiene valido nonostante l'imputazione faccia ritenere verosimile la colpevolezza».

⁶⁹ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, 2004, p. 10.

dalla legge⁷⁰. Per questi motivi le misure personali possono essere applicate soltanto quando esiste in concreto almeno una delle esigenze cautelari indicate tassativamente dall'art. 274 c.p.p.: la tassatività della previsione ha lo scopo di impedire, nei limiti del possibile, che si tenda, attraverso le misure cautelari, ad anticipare l'applicazione della sanzione penale⁷¹. Ciò è infatti espressamente inibito dalla presunzione di innocenza, che vieta appunto l'applicazione anticipata della pena prima che sia stata pronunciata una sentenza definitiva di condanna. Queste esigenze cautelari sono il pericolo di inquinamento probatorio, il pericolo di fuga, il pericolo di reiterazione del reato. L'art. 274 lett. a del c.p.p. pone come prima esigenza cautelare il pericolo di inquinamento probatorio che si verifica «quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova»⁷². La norma non pone particolari problemi di contrasto con l'art. 27 Cost.: infatti ciò che viene ad essere valutata è la «pericolosità processuale» del soggetto e non la sua colpevolezza come oggetto di un giudizio anticipato nei suoi riguardi. Anche un imputato non colpevole, al fine di tutelarsi all'interno di un procedimento, ovvero per evitare la diffusione di notizie sul suo conto, può risultare incline ad una alterazione del materiale probatorio⁷³. Si è, però, nel tempo abusato di questa finalità, al punto da utilizzarla al fine di ottenere autoincriminazioni o incriminazioni verso altri: inutile dire che essa non si può strumentalizzare a mero baratto tra confessione e scarcerazione⁷⁴. In questo caso, la presunzione di non colpevolezza è violata indirettamente, poiché direttamente violato è *in primis* il diritto al silenzio ex. art. 24 comma 2 Cost.: questo veniva considerato quale circostanza idonea a concretizzare l'attualità del pericolo per l'acquisizione delle prove⁷⁵, convertendo impropriamente la carcerazione da

⁷⁰ A. CAMON, C. CESARI, M. DANIELE, M. L. DI BITONTO, D. NEGRI, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano 2020, Cap. 24.

⁷¹ P. TONINI-C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2022, p. 482.

⁷² Cit. art. 274 lett.a c.p.p.

⁷³ Vittorio GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, Giuffrè, Milano 1976, p. 337.

⁷⁴ A. GIARDA, *Persistendo 'l reo nella negativa*, Giuffrè, Milano 1980, 10 s.

⁷⁵ v. Cass., 18 agosto 1991.

strumento a tutela della prova in mezzo per ottenerla⁷⁶. Sono questi i motivi che spinsero il legislatore ad aggiungere che «le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti»⁷⁷.

La lett. b dello stesso articolo sancisce la possibilità di applicare la misura cautelare se l'imputato «si è dato alla fuga o sussiste concreto e attuale pericolo che egli si dia alla fuga»⁷⁸, infatti «non vi è interesse della giustizia più urgente che quello di assicurare al processo, prima di tutto, la presenza dell'imputato [...], così nel caso della sua colpevolezza come nel caso della sua innocenza»⁷⁹. È una finalità che deve ritenersi non incompatibile con la presunzione costituzionale di non colpevolezza dell'imputato, in quanto l'esigenza del pericolo di fuga è pienamente processuale: garantisce che il processo si svolga assicurando la presenza dell'imputato nel caso in cui quest'ultimo voglia impedirlo dandosi alla fuga. Inoltre, il giudice deve valutare che possa essere irrogata in concreto una pena superiore ai 2 anni di reclusione e che la situazione di concreto e attuale pericolo non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede, si evita così ogni tipo di presunzione (è ammesso, invece, desumerle dalla gravità del fatto concreto).

In ultimo, il pericolo di reiterazione del reato è sicuramente legato ad una finalità extraprocessuale di matrice special preventiva. Come evidenziò la Corte Costituzionale nella sentenza n. 152 del 1975, un simile riferimento testuale «farebbe presupporre la già accertata commissione, da parte dell'imputato, di altri precedenti reati; a tutta evidenza, quello o quelli per cui si procede» in contrasto con l'art. 27 della Cost.. Tuttavia, aggiungeva la Corte, «non potrà considerarsi affievolito il rapporto che tale avverbio pur impropriamente voleva indicare, fra la natura e la gravità delle imputazioni per cui è disposta la custodia preventiva e la

⁷⁶ G. ILLUMINATI, Commento all'art. 3 l. n. 332 del 1995, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, 67; anche E. AMODIO, *Note sul futuribile delle misure cautelari*, il *Legisl. pen.* 2006, 373.

⁷⁷ V. art. 274 lett. a c.p.p.

⁷⁸ V. art. 274 lett. b c.p.p.

⁷⁹ F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 177.

natura dei reati per cui si teme la probabile commissione ad opera dell'imputato lasciato libero»⁸⁰. È nel 1980 con la sentenza n. 1 che la Corte Costituzionale ha rilevato come «una restrizione della libertà dell'imputato, fondata anche su sufficienti indizi di colpevolezza, ben può essere mantenuta, senza incontrare ostacoli costituzionali, per la salvaguardia di un interesse d'indubbio rilievo costituzionale, ed in accertato collegamento con la condotta e la persona dell'imputato, della cui libertà si faccia questione». Il logico conflitto che deriva dal divieto di anticipare un giudizio di colpevolezza prima della condanna e dall'esigenza di creare una società sicura evitando che un soggetto pericoloso rimanga libero chiede un bilanciamento. Da un lato, bisognerebbe evitare di utilizzare strumenti processuali (di per sé poi eccezionali), quali la carcerazione preventiva, per fini extraprocessuali; dall'altro questi stessi sarebbero efficientissimi. Il bilanciamento è da trovare anche nella ragionevole durata del processo: garantirebbe una restrizione proporzionata dei principi in gioco. È la stessa Corte costituzionale che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale di questa esigenza cautelare in riferimento agli artt. 13 co. 2 e 27 co. 2 della Costituzione⁸¹.

Sono, dunque, queste le esigenze cautelari che permettono di restringere i principi costituzionali di libertà personale e presunzione di non colpevolezza; purché questo intervento nella sfera individuale si attui su un rapporto di proporzione con lo scopo di interesse collettivo perseguito. Il concetto di proporzionalità è un vincolo per il legislatore nel momento in cui si pongono limiti ai diritti fondamentali⁸². Sul piano processuale, esige che quando la situazione probatoria che grava sull'accusato sia lieve venga scelta la misura meno afflittiva, in quanto sarà meno probabile una condanna definitiva. L'operazione cela il pericolo che si finisca con l'attribuire alla presunzione di non colpevolezza un significato di tipo psicologico, in virtù del quale essa «sviluppa il suo massimo effetto in presenza di un labile sospetto ed è

⁸⁰ Per un commento a tale sentenza, si rimanda a G. CONSO, *La libertà provvisoria a confronto con le esigenze di tutela della collettività, ovvero la legge "Reale" tra politica e diritto*, in *Giur. cost.*, 1980, 470, che definiva la decisione scontata in virtù dell'evidente infortunio freudiano del legislatore.

⁸¹ C. Cost., Sent. 1/1980.

⁸² D. NEGRI, *Fumus commissi delicti: la prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, 2004, 12.

destinata ad attenuarsi col progredire dell'accertamento verso l'affermazione della responsabilità penale»⁸³. Rimane chiara la eccezionalità delle misure cautelari e, allo stesso tempo, il loro essere ineluttabili, come una «dura necessità del processo»⁸⁴. Se di «necessaria ingiustizia si tratta» l'impegno della scienza giuridica va, dunque, non soltanto rivolto a circoscrivere le legittime finalità per le quali le misure cautelari personali possono essere applicate, ma anche ad irrobustire il giudizio sulla effettiva sussistenza delle stesse esigenze cautelari e quello di probabile colpevolezza che ne costituisce il primo presupposto, onde relegare davvero la limitazione delle libertà dell'imputato al ruolo di *extrema ratio* del sistema⁸⁵.

4. Il giusto processo nella Costituzione italiana si attua nel previo contraddittorio

L'art. 111 Cost., il cui ambito applicativo deve estendersi al procedimento incidentale *de libertate*, regola il giusto processo. Il primo comma di tale previsione stabilisce il giusto processo quale naturale ed insopprimibile modalità di estrinsecazione della giurisdizione, vale a dire del potere statale cui la Costituzione demanda, in ragione della sua affidabilità istituzionale, il compito di assicurare che le limitazioni dei diritti inviolabili consentite siano conformi al principio di legalità e rispettose dei vincoli costituzionali⁸⁶. Pertanto, quale strumento di attuazione della giurisdizione, il giusto processo non può non riguardare una materia, come quella relativa alle restrizioni della libertà personale, rispetto alla quale è la stessa Costituzione a sancire la riserva di giurisdizione⁸⁷. La necessità che la giurisdizione

⁸³ R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, relazione al XII Convegno della Associazione fra gli studiosi del processo penale, Foggia-Mattinata 25-27 settembre 1998, in *Indice penale*, 2000, p. 131.

⁸⁴ G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, p. 35.

⁸⁵ F. CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, Lucca 1874, p. 312.

⁸⁶ M. L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e giusto processo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, anno 2007, fascicolo 2/3, p. 865.

⁸⁷ *Ibidem*.

si attui nel giusto processo, quale disciplinato dall'art.111 Cost., vale a dire attraverso un *iter* che si svolga nel contraddittorio tra le parti poste in condizioni di parità davanti ad un giudice terzo ed imparziale, offre interessanti spunti di riflessione in materia di procedimento incidentale *de libertate*, che si sviluppa in modo molto particolare. Nella tradizione del nostro paese è prevalsa l'idea che l'esercizio ordinario del potere coercitivo da parte del giudice penale debba avere luogo secondo forme connotate dall'imprevedibilità, per non vanificare l'adozione del provvedimento restrittivo⁸⁸. La possibilità di difendersi in via anticipata potrebbe portare l'interessato a sottrarsi all'esecuzione della misura, per questo il contraddittorio è stato postergato. La Corte costituzionale nella sentenza n. 63 del 1996 ha dichiarato infondata la questione relativa alla partecipazione del difensore, facendo espresso riferimento all'esigenza di salvaguardare l'imprevedibilità della misura. Pur riaffermando la centralità dell'art. 24 Cost., la Corte ha ammesso che in taluni casi le garanzie della difesa possono essere rinviate, ma non vanificate. Del resto – si è affermato - in materia cautelare le modalità e i contenuti del contraddittorio, nel limite della ragionevolezza, sono di spettanza del legislatore, non apparendo scelta costituzionalmente imposta quella di modellare il procedimento incidentale cautelare sullo schema del processo di merito⁸⁹. Per questi motivi, il contraddittorio nel procedimento cautelare si attua in maniera posticipata attraverso due istituti: l'interrogatorio di garanzia ed il riesame. Il primo è una fase necessaria rimessa al giudice; il secondo è una fase meramente eventuale rimessa alla volontà delle parti. Se tutto questo è legittimo, è altrettanto sostenibile però che l'art. 111 Cost. parrebbe richiedere un livello di garanzie più ampio. Esso disciplina il diritto al previo contraddittorio in “ogni processo” e dunque anche il

⁸⁸ Ibidem; inoltre occorre ricordare che la dottrina si era espressa in senso difforme fin dai primi anni di vigenza della Costituzione repubblicana, quando l'elaborazione scientifica era tutta tesa verso l'obiettivo di formulare linee guida utili al legislatore per la revisione della disciplina del processo penale “ereditata” dal previgente regime. A favore di un contraddittorio pieno prima dell'adozione del provvedimento impositivo della carcerazione preventiva v. G. PISAPIA, *Orientamenti per la riforma della custodia preventiva nel processo penale*, in Aa. Vv., *criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, 1965, p. 99s.

⁸⁹ C. Cost, ord. 12-27 luglio 2001, n.321, in www.cosrtecostituzionale.it.

procedimento cautelare⁹⁰. Se il contraddittorio tra le parti poste in condizione di parità costituisce il modo di essere della giurisdizione, allora un simile schema processuale non può essere pretermesso proprio in un ambito, come quello delle restrizioni della libertà personale, in cui la riserva della giurisdizione rappresenta la più qualificante delle guarentigie costituzionali⁹¹. È giusta, o meglio non ingiusta, la soluzione della controversia, la decisione del caso, solo in quanto, si sia seguito il metodo del confronto dialettico preordinato ed avvenuto in modo effettivo, paritario e compiuto⁹². Diventa, di conseguenza, una esigenza quella di rafforzare il contraddittorio nel procedimento cautelare e questo modo di affrontare la questione lascia pensare che la scelta tra contraddittorio prima e contraddittorio dopo l'applicazione della misura sia soltanto una problematica tecnica; e se si tratta di un problema tecnico la soluzione è possibile⁹³. È sempre bene, infatti, precisare che affinché si possa limitare la libertà di un soggetto presunto innocente non basta l'intervento di un giudice, occorrendo una decisione che abbia i caratteri sostanziali, oltre che formali, della giurisdizione⁹⁴, ed in cui sia ridotto il più possibile il margine di errore⁹⁵. Un rafforzamento del contraddittorio cautelare gioverebbe non solo alla difesa dell'imputato, ma anche al sistema giudiziario nel suo complesso⁹⁶. La difesa di un soggetto presunto innocente, affinché non rimanga vuota affermazione teorica, deve distinguersi oltre che come diritto individuale, come garanzia di un corretto accertamento giudiziale⁹⁷: «Il miglior prezzo per saggiare la fondatezza di una accusa sia di instaurare il contraddittorio tra chi, avendola

⁹⁰Secondo M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. Cost.)*, cit. p.65, il campo di applicazione del giusto processo quale delineato nei primi due commi dell'art. 111 Cost. riguarda «ogni ipotesi di esercizio della funzione giurisdizionale».

⁹¹ M. L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e giusto processo*, in Riv. it. dir. e proc. pen., anno 2007, fascicolo 2/3., p. 877.

⁹² S. FOIS, *Il modello costituzionale del «giusto processo»*, in Rass. Parl., 2000, p. 582 ss.

⁹³ CONSO, AMODIO, CORBI, G. ILLUMINATI, PECORELLA, RICCIO, TONINI, VANNI, VIGNA, *G.I.P. e libertà personale – Verso un contraddittorio anticipato?*, Jovene, Napoli 1997, p.26

⁹⁴Come sottolinea M. FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante»*, cit. p. 141, per giurisdizione formale si intende la presenza di un giudice che è, sì, tale ma non dispone degli strumenti necessari per svolgere la sua funzione di “terzo”.

⁹⁵A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, Diritto penale contemporaneo, 2013, p. 3.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ P. FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in Dig. disc. Pen., vol. III, Torino 1989, p. 2.

formulata ha interesse a sostenerla, a “verificarla”, e chi, essendone il destinatario, ha interesse a confutarla, a “falsificarla”⁹⁸», l’esercizio della funzione difensiva non può che esprimere questa scelta gnoseologica⁹⁹. Il contraddittorio ha assunto il significato di principio politico guida, funzionale all’attività di *ius dicere*, intorno a cui ruotano in funzione servente le altre garanzie¹⁰⁰: è un valore primario da rispettare, sebbene richieda un adeguamento a seconda del momento procedimentale. Anche se la Corte costituzionale consente da un lato al legislatore di optare per un contraddittorio posticipato in virtù di un bilanciamento con l’imprevedibilità richiesta dal provvedimento cautelare, è altrettanto vero che l’art. 111 Cost. suggerisce in questo bilanciamento necessario un assetto normativo che consenta di tutelare meglio le istanze difensive senza vanificare le esigenze connesse all’esecuzione della misura, e allora occorre andare oltre, interrogandosi su come aumentare l’effettività di tali garanzie, nella consapevolezza che difendere la libertà personale non costituisce un traguardo, bensì un’irrinunciabile base di partenza per un ordinamento civile¹⁰¹. È uno tra gli “assiomi garantisti” che «non esprimono proposizioni assertive, ma proposizioni prescrittive; non descrivono ciò che accade, ma prescrivono ciò che deve accadere; non enunciano le condizioni che un sistema penale effettivamente soddisfa, ma quelle che esso deve soddisfare in aderenza ai suoi principi normativi interni e/o parametri di giustificazione esterna»¹⁰².

⁹⁸ P. FERRUA, *Difesa (diritto di)*, p. 1. *Contra* D. CURTOTTI NAPPI, *Difesa penale*, in Dig, disc. pen., Agg., Torino 2005, p. 4.

⁹⁹ A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell’indagato sottoposto a custodia cautelare*, Diritto penale contemporaneo, 2013, p. 5.

¹⁰⁰ A. DE CARO, *presupposti e criteri applicativi*, Trattato di procedura penale, a cura di G. Spangher, Vol. II, Tomo II: Le misure cautelari, a cura di A. Scalfati, Torino, 2008, p. 29.

¹⁰¹ G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1994, p. 1265.

¹⁰² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 7° ed., Roma-Bari, 2002, p.68.

5. La flessibilità dell'art. 6 C.E.D.U. e la sua proiezione nel c.p.p. italiano

In sede europea, d'altro canto, l'art. 6 C.E.D.U. non impone soluzioni a rime obbligate: al contrario la Corte Europea sembra forgiare un modello dotato di garanzie indefettibili ma ad articolazione flessibile¹⁰³. Le garanzie irrinunciabili riguardano il giudice tenuto a controllare la restrizione della libertà personale dell'imputato, perché deve avere determinate caratteristiche ed, inoltre, il procedimento che deve essere improntato a garanzie che lo possano qualificare quale procedimento giudiziario: il primo deve essere terzo ed imparziale e precostituito per legge; il secondo, deve svolgersi in udienza, non necessariamente pubblica¹⁰⁴, nel contraddittorio tra le parti¹⁰⁵ con diritto alla presenza dell'imputato¹⁰⁶ e di un difensore se è necessaria una difesa tecnica¹⁰⁷. Dal punto di vista temporale, tra il momento di applicazione della misura e il controllo della stessa nel contraddittorio con l'interessato deve trascorrere un tempo particolarmente breve¹⁰⁸. Il profilo che risalta dalla lettura combinata delle disposizioni C.E.D.U. e delle decisioni che sulle stesse disposizioni si impernano è quello di una tutela assicurata attraverso procedure di "controllo" *ex post* sulla detenzione, essendo evocato chiaramente uno scenario che colloca quella udienza in un momento successivo alla privazione della libertà¹⁰⁹. In sostanza, pur in un contesto di garanzie nettamente orientato ad assicurare l'effettività della tutela difensiva, nelle decisioni della giurisprudenza di Strasburgo non si riesce ad intravedere nessuno spunto che faccia ritenere il contraddittorio preventivo rispetto alla decisione come una necessaria componente del bagaglio di garanzie indefettibili. E un analogo silenzio, per verità, sembra serbato dalle altre istituzioni

¹⁰³ L. GIULIANI, *Editoriale del Dossier "Libertà personale dell'imputato e misure cautelari restrittive della libertà individuale nel processo penale" - La libertà personale dell'imputato tra principi e prassi in attesa di una riforma organica della giustizia penale italiana*, *Revista Brasileira de Direito Processuale Penal*, 2021, p. 1572.

¹⁰⁴ Corte e.d.u., 15 novembre 2005, *Reinprecht c. Austria*, 38-41.

¹⁰⁵ Corte e.d.u., 28 ottobre 1998, *Assenov e altri c. Bulgaria*, 162.

¹⁰⁶ Corte e.d.u., 3 aprile 2003, *Klamecki c. Polonia*, 129.

¹⁰⁷ Corte e.d.u., 29 febbraio 1998, *Bouamar c. Belgio*, 60.

¹⁰⁸ Corte e.d.u., 4 dicembre 2018, *Inseher c. Allemagne*, 251-256.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

del Consiglio d'Europa¹¹⁰. Si escluderebbe, in questo modo, la necessità di aggiornare sotto il profilo procedimentale la disciplina delle misure cautelari alla stregua del rinnovato quadro costituzionale. Come è noto, infatti, la Convenzione Europea stabilisce il livello minimo di garanzie che deve essere recepito negli ordinamenti dei vari stati, fermo restando che in forza della misura di salvaguardia dell'art. 53 C.E.D.U. nessuna delle sue disposizioni «può essere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali che possano essere riconosciute in base a leggi di qualunque stato contraente o da altri accordi internazionali di cui tale stato sia parte»¹¹¹. Di conseguenza, se il nostro costituente ha innalzato il livello di garanzie previste per il procedimento è a questo livello che il nostro legislatore deve attenersi per non incorrere in disposizioni incostituzionali. Allo stesso tempo, l'esigenza di un provvedimento da emettere, quale quello cautelare, *inaudita altera parte* non esclude congegni processuali atti a garantirne l'effetto "sorpresa". Infatti, dall'art. 111 Cost. discendono delle garanzie che ben possono essere modulate a seconda del tipo di procedimento¹¹².

6. Il contraddittorio anticipato: una definizione

Si definisce «contraddittorio anticipato» quello che dovrebbe precedere il provvedimento del giudice sulla richiesta di applicazione della misura cautelare¹¹³. Ci si chiede rispetto a che cosa sia anticipato, visto che la decisione è sempre fisiologicamente preceduta da un confronto dialettico tra le parti. Un provvedimento può essere considerato sostanzialmente giurisdizionale in quanto,

¹¹⁰ GIULIANI, Livia; *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Cedam, Padova 2012, p. 194s.

¹¹¹ M. L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e giusto processo*, in Riv. it. dir. e proc. pen., anno 2007, fascicolo 2/3., p. 878.

¹¹² G. CORSO, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo amministrativo: profili generali*, in Aa. Vv., *Il giusto processo*, Accademia nazionale dei Lincei, cit. p. 52.

¹¹³ CONSO, AMODIO, CORBI, G. ILLUMINATI, PECORELLA, RICCIO, P, TONINI, VANNI, VIGNA, *G.I.P. e libertà personale – Verso un contraddittorio anticipato?*, Jovene, Napoli 1997, introduzione di Illuminati.

fra le altre cose, sia preceduto dal contraddittorio¹¹⁴. È, allora, forse giusto parlare di contraddittorio e nulla più; è, infatti, al contrario atipica la procedura cautelare che posticipa il confronto nell'interrogatorio di garanzia, istituto successivo all'esecuzione della misura cautelare. Il procedimento cautelare delineato dal codice di rito italiano prevede che sulla richiesta cautelare esclusivamente riservata al pubblico ministero debba decidere il giudice procedente *inaudita altera parte*, e che, accolta la richiesta del pubblico ministero, il giudice sia tenuto a sentire nell'interrogatorio di garanzia l'imputato entro un termine di 5 giorni per confermare, modificare o revocare la misura applicata. La Corte Costituzionale esclude l'illegittimità dell'attuale procedura in virtù del bilanciamento necessario con l'esigenza che questi provvedimenti vengano eseguiti "a sorpresa"¹¹⁵, così da prevenire qualsiasi condotta dei soggetti destinatari che, possa rendere inefficace la finalità della misura stessa. Tuttavia, esigenze più garantiste spingono a proposte di riforma che in linea generale si basano sull'applicazione di misure precautelari che scongiurano il pericolo di fuga o di inquinamento probatorio (per esempio l'accompagnamento coattivo ovvero un fermo allargato)¹¹⁶. Su queste premesse, si potrebbe effettivamente tentare di costruire un procedimento cautelare fondato sulla logica del contraddittorio anticipato, se del caso, limitandolo per comprensibili esigenze pratiche, all'ambito delle sole misure detentive, rispetto alle quali specialmente si pone il problema della tutela della libertà personale¹¹⁷. La ragione è chiara: «è opportuno riservare la garanzia più incisiva ai casi di maggiore gravità, quando la libertà personale viene totalmente ristretta»¹¹⁸, anche perché sarebbe

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ Occorre ricordare, tuttavia, che la dottrina si era espressa in senso contrario a tale soluzione fin dai primi anni di vigenza della Costituzione repubblicana, quando l'elaborazione scientifica era tutta tesa verso l'obiettivo di formulare linee guida utili al legislatore per la revisione della disciplina del processo penale "ereditata" dal previgente regime. A favore di un contraddittorio pieno prima dell'adozione del provvedimento impositivo della carcerazione preventiva v. G. PISAPIA, *Orientamenti per la riforma della custodia preventiva nel processo penale*, in AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, 1965, p. 99 s.

¹¹⁶ Per una disamina più approfondita si rinvia al capitolo 3.

¹¹⁷ V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive.*, Giuffrè, Milano 2000, p.82.

¹¹⁸ G. ILLUMINATI, *Relazione*, in AA. VV., *Il G:I:P: e libertà personale, verso un contraddittorio anticipato?*, Jovene, Napoli 1997, p.26.

eccessivo consentire la coercizione fisica dell'imputato quando la misura di cui è richiesta l'applicazione non sia una misura custodiale¹¹⁹.

Non c'è dubbio che la proposta illustrata possa essere non facilmente accolta, questo accade perché è assolutamente innovativa, almeno per quanto riguarda la tradizione giuridica italiana. Inoltre, a questo disegno possono essere mosse delle obiezioni, perché sembra ridurre alcune forme di tutela processuale pensate a favore dell'indagato o imputato rispetto a quelle previste nel codice di rito. Prima fra tutte, potrebbe essere quella relativa alla violazione dell'art. 3 Cost., perché rispetto ad un simile stato e quadro indiziario vi sarebbero procedimenti differenziati a seconda del tipo di misura (custodiale o non custodiale)¹²⁰. Si potrebbe, ancora, contestare un allungamento dei tempi del procedimento in contrasto col principio costituzionale ed europeo della ragionevole durata del processo. Infine, ci sono i costi che vanno affrontati per la riorganizzazione degli uffici dei giudici per le indagini preliminari che devono essere in grado di celebrare in tempi rapidi l'udienza camerale e non è facile reperire risorse da investire per aumentare il numero dei magistrati¹²¹. È altrettanto vero, però, che ognuna di queste osservazioni può essere superata.

Rispetto all'art. 3 Cost., bisogna constatare come il contrasto sia meramente apparente; infatti, il principio di uguaglianza deve essere interpretato alla luce del principio di ragionevolezza che non chiede solo di trattare in maniera uguale casi uguali, ma anche, di trattare in maniere diversa casi diversi. In questo modo vi è un'attuazione piena dell'art. 3 Cost e non una sua violazione.

Anche quella relativa all'eccessivo irrigidimento della procedura penale è una obiezione superabile, se solo si considera che, da un lato verrebbero quantitativamente ridotte le misure cautelari da eseguirsi, nonché (in ogni caso) i casi di riesame, «assai spesso surrettiziamente esperito dalla difesa allo scopo di

¹¹⁹ Ibidem, p.27.

¹²⁰ Infatti, come precedentemente detto, ragioni pratiche imporrebbero il contraddittorio anticipato solo per le misure cautelari restrittive della libertà personale, poiché queste richiedono le garanzie più elevate ed immediate di tutela.

¹²¹ A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, Diritto penale contemporaneo, 2013, p. 152. Per un approfondimento vedi anche L. GIULIANI, *Gli incidenti de libertate*, cit., p. 47.

poter prendere visione degli atti su cui si fonda la misura¹²²»; e minori sarebbero anche i costi sopportati dallo Stato perché, « riducendosi, grazie alla visione panoramica e non più scotomizzata del giudice, i margini di errore, diminuirebbe di conseguenza l'onere dello Stato per la riparazione dell'ingiusta detenzione»¹²³. Infine, quando si tratta di libertà personale l'obiezione secondo cui sarebbero troppo alti i costi per adeguare strutture ed organici non può essere accettata¹²⁴. Il monito della dottrina più attenta¹²⁵ è chiaro: sensibilità e cultura impongono un superamento di tale impostazione di pensiero. Ciò, anche in un momento storico complesso e delicato come l'attuale, dovendosi considerare sempre valido l'assunto secondo cui in tema di giustizia «senza mezzi non si fa nulla di serio»¹²⁶.

7. Alcuni effetti sul procedimento

Prevedere un contraddittorio anticipato nel procedimento cautelare comporterebbe almeno quattro effetti sul procedimento: un effetto garantista sul diritto di difesa, un altro gnoseologico sulla funzione giurisdizionale, e gli ultimi due di natura sistematica concernenti i problemi di sovraffollamento carcerario e di economia processuale.

Innanzitutto, verrebbe garantito all'imputato di essere ascoltato e di esercitare il proprio diritto di difesa prima dell'applicazione della misura. Questo eviterebbe il trauma dell'ingresso in carcere (da sostituirsi, in sede precautelare, con la custodia presso apposite strutture non carcerarie) per quanti, grazie all'esplicazione dell'attività difensiva *ex ante*, riuscissero a dimostrare l'insussistenza dei presupposti della misura cautelare richiesta nei loro confronti¹²⁷. L'imputato deve

¹²² G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1264.

¹²³ Sempre Giostra, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1264.

¹²⁴ A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 152.

¹²⁵ G. CONSO, Conclusioni, in AA.VV., *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 113.

¹²⁶ G. CONSO, Conclusioni, *ibidem*.

¹²⁷ V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Giuffrè, Milano 2000, p. 82.

comparire libero davanti ai suoi giudici, non solo perché ne sia assicurata la dignità di cittadino presunto innocente, ma anche per necessità processuali: perché egli sia su un piede di parità con l'accusa, perché dopo l'interrogatorio e prima dell'udienza definitiva possa organizzare efficacemente le sue difese¹²⁸.

Quanto al secondo aspetto positivo, si attirerebbe anche il «tanto invocato potenziamento della funzione giurisdizionale»¹²⁹; il giudice si troverebbe nella condizione di poter decidere sull'applicazione della misura solo dopo aver ascoltato entrambe le parti – nel corso di una apposita udienza – e quindi con la possibilità di tener conto delle ragioni addotte dalla difesa, senza essere psicologicamente pregiudicato dall'aver già emesso il provvedimento cautelare¹³⁰. Spesso, infatti, il giudice destinatario della richiesta cautelare si trova ad essere «schiacciato» dall'ipertrofia delle indagini preliminari, finendo per limitarsi all'acritica ricezione della prospettiva dell'accusa, nella preoccupazione di non compromettere il buon esito dell'inchiesta¹³¹. In tale contesto, invece, il giudice del procedimento cautelare potrebbe formare il proprio convincimento esclusivamente sulla base delle argomentazioni prospettate dalle parti in contraddittorio¹³².

Venendo al terzo effetto, esso garantirebbe di risolvere alcuni problemi del sistema penitenziario, evitando l'esoso soggiorno nelle patrie galere di molti inquisiti messi tempestivamente in grado di dimostrare l'inutilità o comunque l'illegittimità della custodia cautelare¹³³. Oltre a ciò, si eviterebbe anche se per pochi giorni (quelli dal provvedimento all'interrogatorio di garanzia) la misura carceraria che comunque costituisce una inutile sofferenza se non effettivamente necessaria, soprattutto se sarebbe bastato sentire prima l'interessato per evitarla totalmente. L'entità della popolazione carceraria è considerevole e le condizioni dei detenuti sono state sovente ritenute dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in contrasto con l'art. 3 C.E.D.U., il quale sancisce il principio secondo cui nessuno può essere sottoposto

¹²⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari 1989, p. 569 s.

¹²⁹ G. ILLUMINATI, *Relazione*, p. 36.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ M. L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e giusto processo*, in Riv. it. dir. e proc. pen., anno 2007, p. 887.

¹³² Per un maggiore approfondimento v. cap. 2.

¹³³ G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, p. 1264.

a pena o trattamento inumani o degradanti¹³⁴. L'Italia, condannata più volte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si mostra come uno degli esempi più negativi tra i paesi parti della Convenzione e soluzioni anche alternative alla tradizionale cautela preventiva influirebbero virtuosamente nel raggiungimento agli standard europei. Per di più, trattenere in carcere anche per pochi giorni un soggetto che se sentito prima non vi sarebbe entrato, rappresenta non solo una inutile sofferenza, ma anche, un costo per lo stato e un aggravamento del sovraffollamento carcerario. Quest'ultimo può essere ridotto anche perché all'esito del confronto in contraddittorio l'organo giudiziario può meglio calibrare la scelta della misura applicabile al caso concreto, riducendo i casi di ricorso alla detenzione a favore degli arresti domiciliari: un'udienza cautelare potrebbe risultare particolarmente utile perché il giudice avrebbe la possibilità di assumere anche ulteriori informazioni al fine di verificare l'adequatezza della misura in relazione alla natura e alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto¹³⁵. Infine, vi sarebbe il vantaggio di una maggiore economia processuale. In questo modo, infatti, «verrebbe deciso tutto in una sola udienza»¹³⁶, e questo renderebbe più celere il procedimento cautelare perché verrebbe evitato lo schema tipico diviso in tre tempi: la disposizione *inaudita altera parte* della ordinanza, l'interrogatorio di garanzia e il riesame. Il giudice non resterebbe appiattito nel suo giudizio sulle richieste del pubblico ministero¹³⁷ e così, infine, si avrebbe quale esito naturale un effetto deflattivo riguardo le richieste di riesame¹³⁸.

¹³⁴ A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, Diritto penale contemporaneo, 2013, p. 157.

¹³⁵ A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, Diritto penale contemporaneo, 2013, p. 156.; inoltre, prosegue, affermando che tutto ciò permetterebbe allo Stato di evitare un ulteriore sperpero di denaro pubblico, visto che, a quanto risulta, dal 2001 sono stati pagati a Telecom parecchi milioni di euro per la fornitura di 400 braccialetti elettronici che in dieci anni non sono stati quasi mai utilizzati.

¹³⁶ ILLUMINATI, Relazione, p. 36.

¹³⁷ Per un approfondimento v. cap. 2.

¹³⁸ A. CONFALONIERI, *C'è forse posto anche in Italia per il "contraddittorio anticipato"*, in Dir. pen. e proc., 9, 1997.it., p. 1127.

8. I tentativi del legislatore

Si è visto, nei paragrafi precedenti, come la dottrina promuova la riforma per un contraddittorio anticipato nel procedimento cautelare cercando di confutare ogni obiezione e riluttanza¹³⁹. Nondimeno, la vivace attenzione dottrinale per il tema non si è tradotta in innovazioni normative: ha, soltanto, aperto un dibattito, presso le camere parlamentari sulla possibilità di garantire al soggetto interessato da una misura cautelare forme di difesa più soddisfacenti rispetto a quelle tradizionali. Il legislatore, negli anni, non si è sottratto all'andamento pendolare in qualche misura fisiologico della materia del processo penale perseguendo ora politiche di stampo securitario indotte da reali o supposte situazioni di emergenza, ora da politiche garantiste¹⁴⁰. In questo susseguirsi di riforme legislative non si è riusciti ad assicurare, nel corso, di quest'ultimo trentennio, un esercizio del potere cautelare scevro da tensioni e prassi critiche¹⁴¹. I tentativi di riforma falliscono perché il legislatore ritiene che sussistano reali difficoltà operative: l'effettività del contraddittorio non potrebbe essere assicurata se non mediante una consapevole partecipazione del soggetto e del suo difensore; persone che, per opposti ma convergenti motivi, debbono rimanere ignari della richiesta¹⁴². Il tema non è né nuovo, né secondario. I tentativi sul procedimento cautelare si sono dipanati negli anni tra la Commissione Dalia e la Commissione Riccio.

¹³⁹ Per un approfondimento v. cap.3.

¹⁴⁰ Aniello NAPPI, *Oscillazione e punti fermi nel regime delle misure cautelari personali*. In AA. VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*, Giuffrè, Milano 2012, p. 14.

¹⁴¹ L. GIULIANI, *Editoriale del Dossier "Libertà personale dell'imputato e misure cautelari restrittive della libertà individuale nel processo penale" - La libertà personale dell'imputato tra principi e prassi in attesa di una riforma organica della giustizia penale italiana*, *Revista Brasileira de Direito Processuale Penal*, 2021.

¹⁴² G. RICCIO, *Nuovi spazi legislativi e ruolo della dogmatica*, in "Politica del diritto" 4/1997, p. 686.

8.1 La commissione Dalia

La commissione presieduta da Andrea Antonio Dalia è stata istituita con d.l. 29 luglio 2004 presso l'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia (data di insediamento 19 ottobre 2004), ed ha concluso i suoi lavori in soli otto mesi presentando un progetto di un nuovo codice di procedura penale. I fini della commissione erano piuttosto generici. Rilevata la «necessità di una ristrutturazione del codice di procedura penale, a seguito delle riforme che negli ultimi anni hanno inciso fortemente sul suo assetto, nonché della legge di attuazione dell'articolo 111 della Costituzione, con particolare riferimento alla disciplina sulla formazione e valutazione della prova», si sottolineava l'esigenza di tenere «presenti, oltre che i principi costituzionali come interpretati dal giudice delle leggi, anche la normativa comunitaria e, più in generale, internazionale e le decisioni dei rispettivi organi di giustizia»; e ancora le «linee di tendenza di riforma del codice penale attualmente in via di predisposizione e dell'ordinamento giudiziario, di cui al disegno di legge delega all'esame del Parlamento»¹⁴³. L'idea guida, senza dubbio, condivisa dai componenti della Commissione era quella di una revisione organica del codice – tale il senso della ri-strutturazione il cui prefisso implica continuità nel modello processuale – condotta con particolare attenzione ai principi introdotti dalla riforma dell'art. 111 Costituzione alle fonti internazionali e agli indirizzi delle istituzioni europee¹⁴⁴. Tra i lavori della commissione si ritrova anche il tentativo di attuare un contraddittorio anticipato nel procedimento cautelare. La Commissione si è orientata per garantire, in una fase ove ancora non si è realizzata la *discovery* e attuato il contraddittorio, un'adeguata e non formale tutela del diritto di difesa e, al tempo stesso, per assicurare una maggiore «autorevolezza» alla decisione¹⁴⁵. In questa sede si prevedeva un contraddittorio anticipato che si realizzava in forme diverse a seconda del tipo di misura cautelare da adottare. Si distinguevano, infatti, due procedure da un lato quella per l'applicazione di misure cautelari personali non

¹⁴³ P. FERRUA, *Dibattito: quale progetto per la giustizia? La ristrutturazione del processo penale in cerca di autore*, in "Questione giustizia: bimestrale promosso da Magistratura Democratica. Fascicolo 4, Milano 2005, p. 780.

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ Nell'illustrazione alla proposta di legge n. 46 del 20.09.2005 sulla riforma del codice di procedura penale A.C. 323.

detentive o interdittive e dall'altro lato una procedura per le misure cautelari personali detentive. Per le prime, la proposta era che il giudice procedesse all'interrogatorio dell'indagato; per le seconde, invece, che, a fronte di una richiesta di applicazione della misura coercitiva detentiva formulata dal pubblico ministero, il giudice effettuasse una valutazione preliminare sulla sua fondatezza, disponendo, prima l'arresto dell'indagato, poi, entro cinque giorni, la fissazione di un'udienza in camera di consiglio. In questa udienza si sarebbe dovuto interrogare l'indagato, sentire le parti, e assumere, se necessario, quei mezzi di prova decisivi per la decisione. Durante l'udienza, era riconosciuto all'indagato il diritto di chiedere un giudizio direttissimo, così da ottenere un esame nel merito, ovvero, il diritto di chiedere una definizione anticipata con l'applicazione della pena su richiesta delle parti o il giudizio abbreviato. Fuori da queste ipotesi, il giudice sarebbe stato tenuto a decidere entro 10 giorni dalla richiesta e l'arresto provvisorio comunque non avrebbe potuto avere una durata superiore a 30 giorni¹⁴⁶. Vi è stato, però, un forte dissenso nei confronti di queste disposizioni del progetto che, in relazione alla suddetta fase di contraddittorio, consentono il fermo dell'indagato per trenta giorni e attribuiscono al giudice cautelare il potere di acquisire prove. Rispetto a quest'ultimo punto si osserva, che il giudice, a prescindere dalla fase processuale, deve «avere un compito di terzietà e non andarsi a cercare la sua verità»¹⁴⁷. Come si evince questa sarebbe stata una modifica di grande spessore innovativo, perché avrebbe previsto l'applicazione delle misure cautelari previa audizione dell'interessato, con la facoltà di esercitare il diritto alla prova, prima che il giudice si pronunciasse sulla richiesta del magistrato del pubblico ministero.

¹⁴⁶ Per un approfondimento si veda il progetto di legge n. 46 del 20.09.2005 sulla riforma del codice di procedura penale A.C. 323, della Camera dei deputati nella XV legislatura.

¹⁴⁷ G. SPANGHER, nel corso della Relazione su *La libertà personale*, tenuta in occasione del Convegno organizzato dal prof. Angelo Pennisi, a Catania, il 20-21 giugno, dal titolo *Dal Progetto Dalia al progetto Riccio: quale futuro per il processo penale?*

8.2 La commissione Riccio

La Commissione Riccio è stata istituita con Decreto del Ministro della giustizia del 27 luglio 2006 e costituita presso l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia. Le premesse di questa opera riformista del codice di rito possono essere riassunte nella convinzione che il codice del 1988 fu una buona opera intellettuale, preceduta ed accompagnata da un quarantennale dibattito sul “garantismo difensivo”, ma fu un processo senza sperimentazione. A monte dell’opera di riscrittura del codice di procedura penale vi è la diffusa consapevolezza dell’attuale e non più sopportabile dissesto della (in-)giustizia penale, anche a causa della fragilità e instabilità del vigente corpus normativo, frutto di novelle settoriali, leggi tamponi, innesti emergenziali o *dicta* costituzionali, che ne hanno disarticolato ambiguamente l’originaria struttura e l’efficacia operativa¹⁴⁸: è ciò che è stato chiamato “crisi di autorevolezza della giurisdizione penale”¹⁴⁹. Sicché, il lavoro della commissione Riccio – che non intende rinunciare allo schema dell’88 ma correggerlo nell’ottica della ragionevole durata del processo – nasce proprio dalla sperimentazione di quell’assetto normativo e dal bisogno di eliminare “scorie inquisitorie”¹⁵⁰ e dalla necessità di ricostruire un codice in conformità all’allora nuovo art. 111 Cost., che imponeva di rivedere il rapporto tra le forme del processo e i diritti dell’individuo. Queste esigenze culturali e cognitive a livello di contenuto sul piano riformista hanno comportato delle proposte. Tra le tante, molto innovative quelle in tema di procedimento applicativo delle misure cautelari. Queste promettevano una grande innovazione perché avrebbero permesso una piena attuazione della funzione giurisdizionale anche nella fase delle indagini preliminari durante il procedimento cautelare. Soluzione imposta dall’art. 13, 24 e 111 Cost.. La discussione si estese anche sulla necessità o meno che la piena cognizione dovesse riguardare tutte le misure cautelari o soltanto alcune di queste. Inoltre, risultava chiaro, durante i confronti nella commissione, che nel prevedere un contraddittorio anticipato si sarebbe dovuto individuare un meccanismo che assicurasse la presenza

¹⁴⁸ G. CANZIO, *Il progetto “riccio” di legge delega per il nuovo codice di procedura penale*, in *criminalità*, 2007, p. 167

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ Commissione Riccio - per la riforma del codice di procedura penale (27 luglio 2006) – Relazione.

dell'indagato in udienza. Alla fine, l'idea di un contraddittorio anticipato rimase una mera affezione ideale che ha ceduto rispetto al parere contrario dell'avvocatura, rispetto alla partecipazione ad un'udienza in cui la difesa si presenta priva di conoscenze processuali per carenza di *discovery* e, all'opposto, della magistratura, soprattutto inquirente che ha richiamato l'attenzione sulla impraticabilità della proposta specie per i procedimenti in cui la richiesta riguarda più accusati¹⁵¹. Si propose, pertanto, che nella fase delle indagini preliminari le decisioni sulle richieste di misure cautelari personali coercitive fossero emesse dal giudice per le indagini preliminari con ordinanza motivata, entro un termine predeterminato, prorogabile una sola volta per oggettiva complessità della richiesta con atto comunicato al solo pubblico ministero richiedente; nei soli procedimenti per delitti di criminalità organizzata o con finalità di terrorismo la decisione sarebbe potuta essere emessa – in casi predeterminati – dal giudice per le indagini preliminari in composizione collegiale, ferma restando la successiva facoltà di impugnazione del provvedimento¹⁵². Le ragioni di questa proposta furono dovute da un lato, all'esigenza di innalzare le tutele processuali, dall'altro, alla necessità di rinunciare al contraddittorio anticipato. Questo perché si riteneva che un'audizione preventiva avrebbe necessitato una limitazione della libertà personale temporanea con provvedimento esclusivamente preso su richiesta del pubblico ministero e tutto ciò sarebbe stato in difformità rispetto al principio di eccezionalità delle misure cautelari.

¹⁵¹ Sempre nella Relazione del ministero della giustizia.

¹⁵² *Ibidem*.

CAPITOLO II

LA TUTELA DEL CONTRADDITTORIO NEL SISTEMA CAUTELARE VIGENTE

SOMMARIO: 1. I presupposti applicativi del procedimento cautelare – 2. Il procedimento cautelare – 2.1 Una giurisdizione senza cognizione – 3. Il contraddittorio c.d. posticipato: una definizione – 4. L’interrogatorio di garanzia – 5. La richiesta di revoca e di sostituzione della misura cautelare – 6. Il riesame e il ricorso *per saltum* in Cassazione – 7. L’appello e il ricorso per cassazione – 8. La parità conoscitiva tra giudice e difensore – 9. La non sovrapposibilità dell’interrogatorio di garanzia al contraddittorio – 10. L’esigenza di rafforzamento di un contraddittorio posticipato di fronte allo stesso giudice — 11. La rinunciabilità del riesame – 12. Modelli di contraddittorio anticipato nell’ordinamento italiano – 12.1 Il procedimento cautelare per l’applicazione delle misure interdittive nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 – 12.2 Il procedimento applicativo della misura interdittiva della sospensione dall’esercizio di un pubblico ufficio o servizio – 12.3 Il fermo e l’arresto in flagranza.

1. I presupposti applicativi delle misure cautelari

L’emissione del provvedimento cautelare si inserisce in una procedura incidentale autonoma e distinta dal procedimento principale – vale a dire da quello avente ad oggetto l’imputazione – che si articola in diverse fasi e risponde a logiche sue

proprie¹⁵³. Le misure cautelari si distinguono in personali e reali. Le prime sono limitative della libertà personale o della libertà di determinazione nei rapporti familiari e sociali. Le seconde toccano singoli beni mobili o immobili ed impongono il divieto di disporre di tali beni. Qui interessano le misure cautelari personali, che si dividono ulteriormente in coercitive ed interdittive, a seconda che esse colpiscano la persona imputata o sottoposta alle indagini¹⁵⁴ incidendo sulla sua libertà fisica, oppure riducendo la sfera di libertà che si esprime nello svolgimento di attività o nella titolarità di potestà.

Il legislatore delegante, con riferimento alle misure di coercizione personale, ha enunciato il principio di gradualità, che si esprime nella previsione di una pluralità di misure coercitive di progressiva intensità al cui culmine sta la custodia in carcere¹⁵⁵. Prevedere una moltitudine di misure restrittive serve a conformare l'afflittività della cautela alle specifiche esigenze che questa deve raggiungere. Quelle coercitive sono: il divieto di espatrio, l'obbligo di presentarsi alla polizia giudiziaria, l'allontanamento dalla casa familiare, il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, il divieto di dimora, l'obbligo di dimora, gli arresti domiciliari, la custodia in carcere, la custodia cautelare in luogo di cura. Quelle interdittive sono: la sospensione dall'esercizio delle responsabilità genitoriali, la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, il divieto di esercitare determinate professioni, imprese o uffici direttivi. Ovviamente, tra queste, la custodia cautelare è la più afflittiva e, pertanto, deve essere applicata come *extrema ratio* ed entro i limiti più stringenti previsti dal legislatore.

¹⁵³ A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M.L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Cedam, 2021, p.826. Inoltre, aggiunge alcuni esempi: sono talvolta. Previsti per il giudice termini perentori, la cui inosservanza è sanzionata con l'inefficacia del provvedimento restrittivo (artt. 302 e 309 comma 10); il contraddittorio è declinato secondo modalità profondamente diverse da quelle applicate al procedimento principale; l'effetto sospensivo delle impugnazioni non opera per le impugnazioni in materia cautelare.

¹⁵⁴ L'art. 61 c.p.p. estende i diritti e le garanzie dell'imputato alla persona sottoposta alle indagini. Questo testualmente dispone al co. 1 che «i diritti e le garanzie dell'imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini preliminari» e al co. 2 che «alla stessa persona si estende ogni altra disposizione relativa all'imputato, salvo che sia diversamente stabilito».

¹⁵⁵ A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M.L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Cedam, 2021, p.826.

Il libro quarto del codice di procedura penale dedicato alle misure cautelari si apre descrivendo le condizioni di diritto e di fatto che legittimano questi provvedimenti restrittivi della libertà dell'imputato o indagato. Si tratta della proiezione a livello di legislazione ordinaria delle garanzie della libertà personale consacrate nell'art. 13 Cost.: riserva assoluta di legge, riserva di giurisdizione e obbligo di motivazione si riflettono nella previa fissazione delle condizioni legali della restrizione, che delineano lo schema decisorio che il giudice è tenuto a seguire¹⁵⁶. Queste sono: la gravità del titolo di reato addebitato all'imputato; la punibilità in concreto del delitto; la presenza di gravi indizi di colpevolezza. Quando ne si accerta la sussistenza non vi è distinzione tra le diverse fasi del procedimento¹⁵⁷, sicché una medesima fattispecie cautelare può giustificare l'adozione di una misura sia nella fase procedimentale, anche dopo la scadenza dei termini di durata massima delle indagini preliminari¹⁵⁸, sia in quella processuale. Solo quando l'imputato venga condannato per il medesimo fatto per il quale era stato dichiarato non colpevole con una prima sentenza, vi è una limitazione della fattispecie cautelare, rilevante ai fini dell'applicazione di una misura coercitiva: l'art. 300 comma 5 c.p.p. prevede, infatti, che in questo caso possano essere disposte misure coercitive esclusivamente per il pericolo di fuga o per esigenze di prevenzione speciale¹⁵⁹.

Il primo presupposto applicativo è la gravità del delitto. Ciò, innanzi tutto, significa che per i reati contravvenzionali non possono essere applicate misure cautelari personali, ma esclusivamente misure cautelari reali. È prevista, inoltre, una soglia minima di gravità del delitto; tale soglia fa riferimento alla pena detentiva stabilita nel massimo per il delitto per il quale si procede. Il codice impone di considerare la pena detentiva prevista in astratto nel massimo per il singolo delitto consumato o tentato, senza tenere conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze comuni del reato, ma tenuto conto dell'aggravante dell'aver profittato di situazioni di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa e dell'attenuante del danno o del lucro di speciale tenuità. Sulla quantità così

¹⁵⁶ Ancora op. ult. cit.

¹⁵⁷ Sez I, 20 dicembre 1999, Saraceno, in C.E.D. *Cass.*, n. 214963.

¹⁵⁸ Sez. I, 9 giugno 1993, Marrazzo, in C.E.D. *Cass.*, n. 194643.

¹⁵⁹ Tuttavia, in via eccezionale quest'ultima regola non si applica nel caso di sentenza di non luogo a procedere (così in Cass.SS.UU., 23 febbraio 2000, Romeo, in C.E.D. *Cass.*, n. 215410).

individuata per i delitti punibili nel massimo fino a tre anni di reclusione non è prevista alcuna misura coercitiva o interdittiva (solo misure reali); per i delitti punibili nel massimo con la reclusione superiore a tre anni, ma inferiore a cinque, sono applicabili tutte le misure diverse dalla custodia in carcere; per i delitti punibili nel massimo con la reclusione di almeno cinque anni o con l'ergastolo è prevista anche la custodia in carcere, oltre che le altre misure cautelari.

Il secondo presupposto applicativo è la punibilità in concreto. Nessuna misura può essere applicata se risulta che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità o se sussiste una causa di estinzione del reato ovvero una causa di estinzione della pena che si ritiene possa essere applicata. Per quanto riguarda il livello di certezza che deve raggiungere la valutazione prognostica sulla sussistenza dell'esimente, pare da accogliere l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'operatività del divieto richiama termini di certezza, bastando, al contrario, la sussistenza di un'elevata o rilevante probabilità che il fatto sia stato commesso in presenza di una causa di giustificazione¹⁶⁰.

Il terzo presupposto è rappresentato dai gravi indizi di colpevolezza (cosiddetto *fumus commissi delicti*) a carico della persona alla quale dovrebbe applicarsi la misura¹⁶¹. Se, infatti, non è prevedibile l'esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale con la sentenza definitiva, a maggior ragione non può essere compressa la libertà personale nel corso di un procedimento penale¹⁶². Altrimenti, la restrizione si risolverebbe in una sanzione anticipata e autonoma rispetto alla condanna¹⁶³ e sarebbe contraria al modello costituzionale. Questa formula normativa presenta due ambiguità: il significato del termine «indizio» e la latitudine

¹⁶⁰ Sez. III, 2 marzo 2000, Merka, in C.E.D. *Cass.*, n. 21588. Tuttavia, in senso contrario, un'altra parte della giurisprudenza ritiene che l'art. 273 co.2 c.p.p. trova applicazione solo nei casi in cui risulta la presenza della causa di non punibilità e non già in tutti i casi in cui il giudice possa solo prevedere che l'imputato andrà esente da pena (così in sez. I, 25 maggio 1991, Caladras, in *Cass.pen.*, 1992, p. 2149; nonché da ultimo Sez. I, 26 novembre 2010 – 4 gennaio 2011, n.72 in C.E.D. *Cass.*, n. 249287).

¹⁶¹ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, 2004.

¹⁶² A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M.L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Cedam, 2021, p.831.

¹⁶³ G. ILLUMINATI, Intervento, in AA.VV., *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Giuffrè, 1995, p. 155.

degli indizi per integrare la «gravità» della base probatoria legittimante il provvedimento.

Il termine «indizi» indica in modo generalizzato, un elemento conoscitivo acquisito durante le indagini. Si tratta dunque di un termine che, in materia cautelare, è impiegato dal codice in modo atecnico, tale da ricomprendere sia la prova critica (cioè indiziaria in senso stretto), sia la prova rappresentativa¹⁶⁴. L'espressione «gravi indizi» sta allora a significare il *quantum* di prova (rappresentativa o critica) che serve a legittimare la misura cautelare¹⁶⁵. Il *quantum* quantitativo e qualitativo di elementi raccolti deve raggiungere un grado di consistenza significativo, vicino, se non addirittura prossimo a quello indicato come indispensabile per giustificare una condanna¹⁶⁶. La giurisprudenza ritiene che la gravità debba essere tale da concludere solo la alta probabilità che il soggetto nei cui confronti si dirigono sia il responsabile¹⁶⁷, ciò è coerente con il giudizio cautelare dove la soglia cognitiva, in virtù del principio di presunzione di innocenza, non può coincidere con il parametro della certezza del giudizio definitivo. Questa coerenza sistemica sottintende di non cadere nel rischio di ritenere l'indizio utilizzato nell'ambito cautelare come una prova minore, in quanto rappresenta solo una probabilità della ricostruzione fattuale. Dal punto di vista quantitativo, nonostante il riferimento pluralistico alla «gravità degli indizi» (da ritenere nel senso dell'indeterminatezza), il pregiudizio per l'indagato del quadro indiziario, anche in considerazione della già riferita mancata ripetizione della specificazione contenuta nell'art. 192 c.p.p., può

¹⁶⁴ P. TONINI – C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit. p.479. Specificando si distingue la prova rappresentativa dall'indizio (prova critica) in quanto nel primo caso si fa riferimento a quel ragionamento che dal fatto noto ricava, per rappresentazione, l'esistenza del fatto da provare (rappresentare un fatto significa costruirne un equivalente, in modo da renderlo conoscibile quando non sia più presente e pertanto la rappresentazione è il modo con cui un fatto può essere reso conoscibile da altre persone); nel secondo caso, si fa riferimento a quel ragionamento che da un fatto provato ricava l'esistenza di un ulteriore fatto da provare attraverso un ragionamento inferenziale basato su una massima di esperienza o su una legge scientifica.

¹⁶⁵ *Ibidem*; dove si continua sottolineando come se nel codice del 1930 bastavano i «sufficienti» indizi, la nuova aggettivazione «gravi» nel codice del 1988 vuole significare un *quantum* di prova più alto coerentemente con il principio di presunzione di non colpevolezza.

¹⁶⁶ E. APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, Giuffrè, 2003, p.108 e ss

¹⁶⁷ Cass., 26 giugno 2002, Berrita, in Guida al diritto, 2003,1, p.27; Cass., 3 dicembre 2003, Scotti, *ivi*, 2003, 15, p.92; Cass. 23 novembre 2004, Gambarà, *ivi*, 2005, 8, p.92.

derivare pure da un unico elemento probatorio, purché di grave significato¹⁶⁸. Peraltro, qualora alcuni dettagli non marginali dell'indizio risultino contraddittori e qualora emerga che alcune componenti del fatto indiziante appaiono di problematica compatibilità con altre parti dello stesso fatto, il giudice di merito, per formulare il giudizio di gravità, deve superare quella contraddizione e risolvere l'ambiguità, accertando che la compatibilità sussista¹⁶⁹. Sicché in presenza di indizi tra loro contrastanti è indispensabile utilizzare elementi di rilevante consistenza, dotati di un così alto grado di attendibilità, da determinare un complessivo scadimento di quelli opposti. Questi ultimi dovranno pertanto costituire esclusivamente la traccia di una diversa tesi, da sottoporre comunque a ponderata analisi, anche se al limitato fine di disattenderla e conseguentemente di rafforzare il giudizio già espresso¹⁷⁰.

Per quanto riguarda le prove sulle quali si fonda il giudizio di colpevolezza queste sono gli elementi esistenti "allo stato degli atti"¹⁷¹. È sulla base di questo materiale che il giudice deve formulare il giudizio prognostico concernente la probabilità che si pervenga a condanna. E naturalmente il progredire delle fasi processuali e in particolare l'accertamento dibattimentale recheranno con sé la possibilità di acquisire ulteriori elementi probatori di segno diverso.

Questi presupposti non sono sufficienti, è, infatti, necessario per legittimare il provvedimento restrittivo della libertà personale che la libertà dell'indagato possa

¹⁶⁸ Sez. I, 11 gennaio 1995, Anaclerio, in C.E.D. Cass., n. 200316; sez. VI, 19 novembre 1994, Lo Muto, in C.E.D. Cass., n. 199472; sez. III, 26 ottobre 1993, Amalfi, in C.E.D. Cass., n. 195231; sez. III, 15 ottobre 1993, Amalfi, in C.E.D. Cass., n. 195212; sez. I, 18 dicembre 1992, Malorgio, in C.E.D. Cass., n. 195091; sez. VI, 10 ottobre 1992, Sacco, in C.E.D. Cass., n. 192822; sez. VI 20 agosto 1992, Alesci, in C.E.D. Cass., n. 191942.

¹⁶⁹ Sez. VI, 20 agosto 1992, Alesci, in C.E.D. Cass., n. 191942.

¹⁷⁰ Sez. III, 26 ottobre 1993, Amalfi, in C.E.D. Cass., n. 195231. Non è ritenuta sufficiente la sola esistenza del movente (così in sez. I, 21 settembre 1995, Franzese, in C.E.D. Cass., n. 202435; sez. I, 16 marzo 1994, Votano, in C.E.D. Cass., n. 196822).

¹⁷¹ Questa forma di giudizio è stata definita come la «concezione "relativistica" delle prove penali» in M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, Bologna, 1989, p. 103. V. retro, cap. VII, sez. I, § 9.. È quella adottata dal sistema processuale riformato che, pur imperniato sulla centralità della formazione dibattimentale della prova, non esclude che atti d'indagine formati al di fuori del dibattimento e senza alcuna formale destinazione probatoria possano, invece, assumere valore di conoscenze utilizzabili dal giudice in svariati contesti, ai fini di certi suoi provvedimenti o decisioni, v. A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M.L. DI BITONTO, P. P. PAULESU *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Cedam, 2021, p. 957.

mettere in pericolo determinati beni giuridici¹⁷² che il legislatore vuole tutelare, anche a costo di restringere la presunzione di non colpevolezza dell'interessato¹⁷³. Il giudice, dopo aver accertato che sussistano gravi indizi di colpevolezza e almeno una esigenza cautelare, deve scegliere il tipo di misura. Il suo potere di scelta è vincolato a limiti formali e sostanziali¹⁷⁴. Sotto un profilo formale, il giudice non può applicare una misura più gravosa di quella richiesta dal pubblico ministero, in virtù del principio della domanda cautelare. Sotto un profilo sostanziale, la decisione è espressione di una discrezionalità vincolata a parametri legislativi che attuano i principi costituzionali¹⁷⁵. La presunzione di non colpevolezza impone di rispettare il criterio del minore sacrificio necessario della libertà personale per soddisfare l'esigenza cautelare nel caso concreto. Ai sensi dell'art. 275 c.p.p., la misura disposta deve essere adeguata alla natura e al grado dell'esigenza cautelare; proporzionata alla gravità del fatto e alla sanzione che potrà essere applicata; graduata in modo da applicare la misura cautelare in carcere come *extrema ratio*. Il principio di adeguatezza chiede che vi sia un rapporto di corrispondenza funzionale tra la misura da adottare e il pericolo che si vuole evitare e si lega al principio della pluralità graduata, secondo cui le misure sono connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale¹⁷⁶. Il principio di proporzionalità impone che la libertà personale venga limitata nei limiti di quanto strettamente necessario¹⁷⁷; vieta la carcerazione cautelare o l'arresto domiciliare quando si prevede che sarà concessa la sospensione condizionale della pena¹⁷⁸ e la vieta, altresì, ove possa ritenersi che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni, perché la medesima pena sarà sospesa per attendere la richiesta di

¹⁷² Per un approfondimento v. cap. I.

¹⁷³ Per un approfondimento v. cap. I par. 1 e 3.

¹⁷⁴ P. TONINI - Carlotta CONTI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano 2022, p. 484.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ Ancora op. ult. Cit.

¹⁷⁷ Infatti, l'art. 275 co. 2 c.p.p. dispone che «ogni misura (debba) essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata».

¹⁷⁸ Il legislatore vuole evitare che l'imputato o indagato entri in carcere quando all'esito del giudizio, anche qualora vi sia una sentenza di condanna, comunque non vi permarrebbe mai, poiché beneficerebbe dell'istituto della sospensione condizionale della pena.

applicazione di una misura alternativa¹⁷⁹. In ossequio al principio di gradualità, infine, si sancisce che le misure cautelari diverse dal carcere possono essere applicate anche cumulativamente pur di evitare quella massimamente restrittiva della carcerazione¹⁸⁰ e, che quando il giudice dispone la carcerazione preventiva deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene non idonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico¹⁸¹.

La salvaguardia della libertà personale è realizzata non solo attraverso la predeterminazione legale dei presupposti della misura restrittiva, ma anche mediante precisi schemi procedurali, predeterminati dal legislatore¹⁸². L'applicazione delle misure cautelari personali avviene in due fasi. La prima fase prevede la decisione del giudice fondata sulla richiesta del pubblico ministero senza che sia sentita la difesa, in quanto la misura va eseguita a "sorpresa" per essere efficace. La seconda fase si caratterizza per una qualche forma di contraddittorio perché il giudice per le indagini preliminari deve interrogare l'indagato ed il difensore ha il diritto di prendere visione dei verbali degli atti sui quali il giudice ha deciso.

2. Il procedimento cautelare

Come già accennato, l'applicazione della misura deve essere sollecitata dalla richiesta del pubblico ministero, perché il procedimento cautelare si regge sul principio della domanda cautelare¹⁸³. Infatti, ove fosse consentito al giudice di procedere *ex officio* la conseguenza sarebbe la perdita della sua imparzialità, poiché così si verificherebbe una presa di posizione implicita rispetto alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e dell'esigenza cautelare. Nella persona del giudice

¹⁷⁹ V. artt. 275 co. 2-bis e 656 c.p.p.

¹⁸⁰ V. art. 275 co. 3 c.p.p. per come modificato dalla legge del 16 aprile 2015, n. 47.

¹⁸¹ V. art. 275 co. 3-bis c.p.p.. Per un approfondimento v. M. BARGIS et. al., *Compendio di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano 2023, p. 370 e ss.

¹⁸² A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M.L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Cedam, 2021, p. 955.

¹⁸³ Una deroga a tale disposizione, e quindi un potere di agire *ex officio* del giudice è prevista solamente dall'art. 299 c.p.p. per quanto riguarda la revoca o la sostituzione delle misure cautelari.

verrebbero ad incarnarsi il ruolo di accusa e il ruolo di decisore. È il pubblico ministero l'organo individuato per reprimere i reati e per esercitare l'azione penale. In continuità con queste funzioni a quest'ultimo spetta sostenere la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, indicando gli elementi di prova¹⁸⁴ sulla cui base effettuare questa prognosi e verificare la sussistenza di almeno una esigenza cautelare¹⁸⁵. La richiesta formulata dal pubblico ministero, necessaria ad attivare l'esercizio del potere cautelare del giudice, non è tuttavia vincolante per quel che concerne la tipologia della misura oggetto della richiesta stessa: il giudice può disporre anche una misura cautelare meno grave di quella richiesta dall'organo dell'accusa; non, invece, una misura più grave, per la quale mancherebbe qualunque iniziativa del pubblico ministero¹⁸⁶. E questo è, innegabilmente, un ulteriore sintomo del proposito legislativo di rafforzare la posizione del giudice, quale organo meramente decisorio in materia *de libertate*, rispetto al pubblico ministero. Al contrario, affidare questo compito al giudice equivarrebbe a renderlo un organo che condivide con il pubblico ministero la cosiddetta *opinio delicti*, vale a dire la convinzione circa la colpevolezza dell'imputato: ciò risulta costituzionalmente inaccettabile, perché l'estraneità del giudice rispetto alle posizioni dell'accusa rappresenta condizione essenziale dell'imparzialità dell'organo giudicante¹⁸⁷. La prima fase del procedimento applicativo è segreta e ha inizio, come visto precedentemente, con la richiesta, per iscritto, del pubblico ministero al giudice che

¹⁸⁴ Il pubblico ministero è tenuto a presentare anche «tutti gli elementi a favore dell'imputato» (cit. art. 291 c.p.p.). Il fine è quello di obbligare la parte pubblica a far conoscere al giudice ogni elemento che potrebbe indurre il giudice a non disporre la misura richiesta (*favor libertatis*).

¹⁸⁵ L'unico caso in cui il giudice può applicare, anzi, è obbligato ad applicare una misura cautelare restrittiva, anche in assenza della richiesta da parte del pubblico ministero, è il caso di una sentenza di condanna all'esito del grado di appello. Deve essere scelta la misura cautelare più adeguata ad evitare il pericolo di fuga o di commissione di un reato quando la condanna riguardi uno dei delitti previsti dall'articolo 380 comma 1 e sia pronunciata nei confronti di persona che risulti essere stata già condannata nei cinque anni precedenti per delitto della stessa indole. La ratio qui esula dalla riserva giurisdizionale e si mostra quale anticipazione della pena all'interno di una logica repressiva; v. A. CAMON, *Fondamenti di procedura penale*, p. 957.

¹⁸⁶ M. BARGIS et. al., *Compendio di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano 2023, p. 392.

¹⁸⁷ A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M.L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Cedam, 2021, p. 956.

procede di applicazione di una misura cautelare¹⁸⁸. Con la richiesta, il pubblico ministero presenta al giudice tutti gli elementi su cui la stessa si fonda, vale a dire gli atti di indagine, che non sono finalizzati ad assolvere una funzione probatoria¹⁸⁹, bensì destinati ad offrire al pubblico ministero le basi conoscitive per decidere se esercitare l'azione penale oppure no¹⁹⁰. Tra tali elementi rientrano anche quelli a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate (art. 291 co.1). Il giudice decide sulla base di questi atti con ordinanza motivata. Sui poteri del giudice chiamato a pronunciarsi, in generale, la giurisprudenza ha affermato che, pur potendo disporre misure cautelari solo su richiesta del pubblico ministero, sulla base degli «elementi» da questi presentati, il giudice è tuttavia investito del potere-dovere di qualificare e inquadrare poi autonomamente i detti elementi collocandoli nell'ambito di quella o di quelle, tra le posizioni normative regolanti la materia, che meglio appaiono atte a giustificare l'adozione della misura richiesta¹⁹¹. Dunque, non è nulla per contrasto con il principio della domanda cautelare l'ordinanza emessa dal giudice per un capo di imputazione non esplicitamente indicato nella parte conclusiva della richiesta del pubblico ministero, quando dalla

¹⁸⁸ V. art. artt. 279 e 291 co.1 c.p.p.; a seconda dei casi il giudice competente, quindi, sarà il Giudice per le indagini preliminari; il Giudice per l'udienza preliminare; il Giudice del dibattimento (Tribunale ordinario, Tribunale per i minorenni, Corte d'Assise); il Giudice della impugnazione di merito (Corte d'Appello, Corte d'Assise d'Appello). Segnatamente: il Giudice per le indagini preliminari provvede fino a quando il decreto di citazione a giudizio non sia trasmesso con il fascicolo al Giudice del dibattimento; dopo la pronuncia di primo grado, decide chi l'ha emessa fino a quando gli atti non sono trasmessi al Giudice dell'appello; il Giudice dell'appello (o quello di primo grado in caso di ricorso *per saltum*) provvedono durante la pendenza del ricorso (art. 91 disp. att.); la Corte d'Appello è competente ad applicare e revocare misure coercitive nel procedimento di revisione (art. 635 c.p.p.) nonché misure personali coercitive e cautelari reali nel procedimento di estradizione e ciò anche prima che la domanda di estradizione sia pervenuta; medesima competenza spetta alla Corte di Cassazione nel corso del procedimento innanzi ad essa (artt. 714 e 715 c.p.p.); infine, il presidente della Corte d'Appello può applicare una misura coercitiva in sede di convalida dell'arresto dell'estraddando (art. 716 c.p.p.).

Questa normativa permette di tutelare il principio del giudice naturale ex art. 25 Cost. anche in sede cautelare: infatti apparirebbe inquietante negare un siffatto valore in seno ad una materia nella quale la competenza viene fissata in base alle richieste del pubblico ministero, il quale potrebbe determinarla richiedendo una misura cautelare ad un giudice diverso da quello competente, individuato secondo criteri di opportunità, del tutto incompatibili con l'art. 25 co.1 Cost, ed eventualmente, anche scegliendo il giudice più adatto a rendere la pronuncia preferibile per l'accusa (così A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 9° ediz., 2004, p. 725).

¹⁸⁹ Per un approfondimento problematico e i relativi correttivi v. par. successivo.

¹⁹⁰ A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M.L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Cedam, 2021, p. 957.

¹⁹¹ Sez. I, 14 ottobre 1992, Tundo, in C.E.D. Cass., n. 192485.

lettura complessiva della richiesta medesima possa chiaramente intendersi che essa si riferiva anche a quel capo di imputazione¹⁹².

L'ordinanza deve contenere la dettagliata esposizione di tutto quanto rileva ai fini dell'integrazione dei presupposti del provvedimento coercitivo ex artt. 273, 274, 275 ss.¹⁹³. In particolare, occorre l'indicazione delle generalità dell'imputato, o quant'altro valga a identificarlo, e la descrizione sommaria del fatto che gli viene attribuito, con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate (art. 292 comma 2 lett. a e b)¹⁹⁴. Inoltre, l'ordinanza deve contenere «l'esposizione e l'autonoma valutazione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato» (art. 292 comma 2 lett. c); nonché «l'esposizione e l'autonoma valutazione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa» e, in caso di applicazione della custodia cautelare in carcere «l'esposizione e l'autonoma valutazione¹⁹⁵ delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'art. 274 non possono essere soddisfatte con altre misure»¹⁹⁶. Tutti questi elementi sono richiesti a pena di nullità relativa ma rilevabile *ex officio*. Inoltre, se applica la custodia in carcere, il giudice deve spiegare, sempre con autonoma valutazione, perché tale misura non può essere sostituita con altre meno gravi (art. 292 co.2 lett. c-bis). Deve esporre i

¹⁹² Sez. II, 9 luglio 2013, Virzì, in C.E.D. Cass., n. 257090.

¹⁹³ A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M.L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, p. 961.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ Per un approfondimento v. par. successivo.

¹⁹⁶ A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M.L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, p. 961. Dunque, il provvedimento deve dare conto dell'intero percorso valutativo del giudice. Questi riceve dal pubblico ministero una richiesta corredata delle risultanze investigative che la giustificano; oltre a ciò, il giudice ha contezza delle investigazioni difensive eventualmente svolte e presentate direttamente al giudice per le indagini preliminari, perché ne tenga conto nel caso in cui debba adottare una decisione "a sorpresa" (art. 391 *octies* comma 2). Ebbene, tutti questi atti d'indagine costituiscono gli elementi probatori sulla cui base: verificare la ricorrenza delle condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari (artt. 278, 280, 287); motivare la sussistenza del *fumus commissi delicti* e del *periculum libertatis* (artt. 273 e 274); individuare la misura in concreto applicabile, alla stregua dei principi di adeguatezza e proporzionalità (art. 275) (così in A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M.L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, p. 961).

motivi per i quali ritiene rilevanti gli elementi a carico e i motivi per i quali ritiene non rilevanti gli elementi a difesa raccolti sia dal pubblico ministero, sia dalla difesa¹⁹⁷. Infatti, se il giudice non fosse tenuto a specificare nel provvedimento cautelare tutti questi passaggi, l'intero ventaglio delle garanzie previste dal legislatore a salvaguardia della libertà personale, per minimizzare il ricorso allo strumento cautelare, risulterebbe vanificato¹⁹⁸.

Questa ordinanza è eseguita su incarico del pubblico ministero, dalla polizia giudiziaria, che consegna all'imputato copia del provvedimento¹⁹⁹ *brevi manu*: la custodia cautelare ha infatti come suo momento esecutivo essenziale quello della personale presa di contatto tra l'ufficiale o l'agente di polizia giudiziaria incaricato dell'esecuzione e la persona che vi è sottoposta, con conseguente «cattura» di quest'ultima da parte dell'organo esecutore²⁰⁰. In caso di carcerazione cautelare o arresto domiciliare, viene consegnato all'indagato dalla polizia giudiziaria insieme al provvedimento, una comunicazione scritta che lo informa in una lingua a lui comprensibile²⁰¹ dei suoi diritti e facoltà²⁰². La polizia giudiziaria informa

¹⁹⁷ Ai sensi dell'art. 292 co. 2- *ter* l'ordinanza è nulla se non contiene la valutazione degli elementi a carico ed a favore dell'imputato, tratti sia dalle indagini del pubblico ministero (art. 358), sia dalle investigazioni difensive (art. 327-*bis*). E ancora se la misura è basata sull'esigenza cautelare di impedire l'inquinamento della prova (art. 274 lett. a), deve essere fissata la data di scadenza della misura, in relazione alle indagini da compiere.

¹⁹⁸ La dettagliata esposizione delle ragioni di fatto e di diritto che giustificano l'emissione del provvedimento cautelare non deve però trasmodare in affermazioni che assumano come dato incontrovertibile la colpevolezza dell'imputato, posto che l'art. 1 d. lgs. 8 novembre 2021, n. 188, vieta «alle autorità pubbliche di indicare pubblicamente come colpevole la persona sottoposta alle indagini o l'imputato fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili»; e che l'art. 115 bis, introdotto dal menzionato decreto legislativo, ribadisce che «l'autorità giudiziaria limita i riferimenti alla colpevolezza della persona sottoposta alle 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» (così in . A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M.L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, p. 962).

¹⁹⁹ P. TONINI - Carlotta CONTI, *Manuale di procedura penale*, p.496.

²⁰⁰ M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, p.751.

²⁰¹ V. art. 293 co. 1 per come mod. dal d.lgs. n. 101 del 2014.

²⁰² Questi sono: a) della facoltà di nominare un difensore di fiducia e di essere ammesso al patrocinio a spese dello Stato nei casi previsti dalla legge; b) del diritto di ottenere informazioni in merito all'accusa; c) del diritto all'interprete ed alla traduzione di atti fondamentali; d) del diritto di avvalersi della facoltà di non rispondere; e) del diritto di accedere agli atti sui quali si fonda il provvedimento; f) del diritto di informare le autorità consolari e di dare avviso ai familiari; g) del diritto di accedere

immediatamente il difensore (di fiducia, se nominato, o d'ufficio) e redige verbale di tutte le operazioni effettuate. Questo viene portato immediatamente al giudice che ha emesso l'ordinanza e al pubblico ministero.

L'esecuzione del provvedimento cautelare segna la fine dell'esclusione della difesa dalla procedura e apre una sequela procedimentale volta a consentire alla persona destinataria della misura e al suo difensore molteplici possibilità di intervento e interlocuzione con il giudice²⁰³. Il codice di rito, a questo punto, garantisce all'indagato la possibilità di avere un colloquio con il proprio difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della misura per concordare le strategie difensive. Si deve, successivamente, procedere a depositare in cancelleria insieme all'ordinanza, la richiesta del pubblico ministero e gli atti presentati con la stessa. Avviso di tale deposito è comunicato al difensore dell'imputato e la data di notificazione di tale atto costituisce il *dies a quo* di decorrenza del termine per impugnare il provvedimento applicativo della misura cautelare (art. 309 comma 3), ed è, anche, il giorno dal quale il difensore ha diritto di esaminare gli atti in cancelleria e di estrarne copia²⁰⁴. Tutto ciò è funzionale a predisporre una più adeguata difesa prima dell'interrogatorio di garanzia.

all'assistenza medica di urgenza; h) del diritto di essere condotto davanti all'autorità giudiziaria non oltre cinque giorni dall'inizio dell'esecuzione, se la misura applicata è quella della custodia cautelare in carcere ovvero non oltre dieci giorni se la persona è sottoposta ad altra misura cautelare; i) del diritto di comparire dinanzi al giudice per rendere l'interrogatorio, di impugnare l'ordinanza che dispone la misura cautelare e di richiederne la sostituzione o la revoca; i-bis) della facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa (v. art. 293 co. 1 c.p.p.).

²⁰³ A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M.L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Cedam, 2021, p.963.

²⁰⁴ Con la sentenza n. 192 del 24 giugno 1997 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con l'art. 24 Cost., dell'art. 293 comma 3° c.p.p. (così come modificato dall'art. 10 l. 8 agosto 1995, n. 332), «nella parte in cui non prevede la facoltà per il difensore di estrarre copia, insieme all'ordinanza che ha disposto la misura cautelare, della richiesta del pubblico ministero e degli atti presentati con la stessa».

2.1 Una giurisdizione senza cognizione

In questa prima fase del procedimento cautelare la pubblica accusa gode di un vero e proprio potere di selezionare gli atti raccolti durante le indagini; di conseguenza il giudice, non conoscendo l'intero fascicolo delle indagini, ha una cognizione limitata nel momento in cui accerta se vi sono i presupposti per applicare una determinata misura cautelare²⁰⁵. Il giudice decide sulla base di atti di indagine che valgono come prove, perché sono posti a fondamento di una decisione sulla libertà personale²⁰⁶: si attua quella «concezione "relativistica" delle prove penali», che ammette la possibilità di utilizzare determinati atti, anche non acquisiti nel contraddittorio tra le parti, con valore di conoscenze utilizzabili dal giudice in svariati contesti, ai fini di certi suoi provvedimenti o decisioni²⁰⁷. Resta, però, un dato incontrovertibile; la misura cautelare è fondata su prove che, di regola, non sono utilizzabili nel dibattimento a causa degli sbarramenti posti dagli artt. 526 e 514 c.p.p. e, inoltre, il materiale valutabile non è formato nel contraddittorio delle parti²⁰⁸. Il rischio che si verifica è che il giudice per le indagini preliminari, dal punto di vista gnoseologico, non abbia abbastanza mezzi per accertare se sussistano le condizioni necessarie per limitare la libertà personale dell'accusato²⁰⁹; infatti, come si è visto, è tenuto ad adottare una decisione senza poter ascoltare la persona interessata (*inaudita altera parte*). Il giudice, esautorato nel suo ruolo di tutore delle libertà fondamentali (e per giunta sulla scorta di valutazioni per nulla ragionevoli) quando serve mostrare durezza a tutela dell'ordine pubblico, viene invece sospettato di costituire flebile garanzia dei diritti dell'individuo per inclinazione a raccogliere le istanze dell'accusa o per negligenza nel dar conto delle ragioni che giustificano la privazione della libertà²¹⁰. Per questi motivi la dottrina ha parlato di «giurisdizione senza cognizione»²¹¹.

²⁰⁵ P. TONINI - Carlotta CONTI, *Manuale di procedura penale*, p. 493.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ V. nota 145.

²⁰⁸ P. TONINI - Carlotta CONTI, *Manuale di procedura penale*, p. 481.

²⁰⁹ E. ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali, in tema di libertà personale e di ricerca della prova, in Libertà personale e ricerca della prova. Atti del convegno presso l'università di Catania. Noto Marina 30 settembre-2 ottobre 1993*, Giuffrè, 1995, p. 70.

²¹⁰ L. GIULIANI, *Editoriale*, par.6.

²¹¹ L. GIULIANI, *Editoriale*, par.6.

In particolare, soprattutto prima del 1995, si era creata una stortura nella prassi della magistratura²¹², perché spesso soleva ricorrere a motivazioni c.d. *per relationem*. Si trattava di motivazioni che applicando la misura rinviavano, almeno nelle ipotesi più macroscopiche, ai motivi posti alla base della richiesta del pubblico ministero e alle sue valutazioni. Così a garanzia del rispetto della legittimità dell'esercizio del potere e premessa per un corretto esercizio del diritto di difesa, l'osservanza delle disposizioni inerenti all' articolata trama della ordinanza cautelare è presidiata dalla sanzione della nullità: e con ciò si conferma ulteriormente l'intenzione legislativa di «apprestare il massimo di garanzia che si possa configurare a livello normativo»²¹³. Senonché, si tratta di una sanzione il cui regime — anche se riconducibile a quello della nullità relativa, pur a seguito della modifica che ne ha precisato la rilevabilità anche d'ufficio — deve essere coordinato con la disciplina del mezzo di impugnazione tramite il quale può essere dedotta²¹⁴, e segnatamente con i poteri del tribunale della libertà quale giudice di riesame o di appello (oltreché della Corte di cassazione, nel caso in cui la medesima nullità venga fatta valere ex art. 311 comma 2 c.p.p.)²¹⁵. La conseguenza è un ampliamento del potere di annullamento attribuito al tribunale nella procedura di riesame²¹⁶ e così anche il suo potere di integrazione della motivazione²¹⁷. Il legislatore conferma in questo modo di voler fare della motivazione del provvedimento cautelare la “chiave di volta” dell'intero sistema: è nella giustificazione offerta da chi adotti la misura provvisoria che si incentra tutto l'esito della partita cautelare; ed è su di essa che le parti devono concentrare le proprie strategie, se vogliono conseguire gli obiettivi cui

²¹² Stortura deprecata da un'altra parte della giurisprudenza si veda Cass., sez. III 6 febbraio 1996, Filoni, in C.e.d., n. 204734., la quale ha definito necessario indicare gli argomenti su cui si fondava l'ordinanza, non potendo ammettersi il generale rinvio alle argomentazioni de relato.

²¹³ L. GIULIANI, *Motivazione “autonoma” dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del tribunale della libertà (alle soglie di una “storica” riforma?)*, in Riv. It. Dir. e proc. pen., 2015, vol. 58, p. 361.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ M. CAIANIELLO, *La valutazione autonoma del giudice nell'ordinanza cautelare dopo l. 16 aprile 2015, n. 47*, in Cass. Pen., fascicolo 4, 2017, p. 1689.

²¹⁷ Stando al riformulato art. 309 comma 9 c.p.p.: il tribunale ha l'obbligo di «annulla[re] il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'art. 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa» (L. GIULIANI, *Editoriale*, par. 6).

rispettivamente ambiscono²¹⁸. In pratica, quasi ogni devianza rispetto ai dettami legislativi prescritti in ordine alla parte motiva del provvedimento è ricondotta all'*error in procedendo*: come è stato osservato, la motivazione costituisce il più importante tra i “dati strutturali” del provvedimento cautelare²¹⁹. È evidente che in sede cautelare le nullità dell’ordinanza sono concepite per rimediare al *deficit* originario di contraddittorio, che sconta la difesa²²⁰. Tuttavia, ancora negli anni duemila la giurisprudenza ammette la motivazione *per relationem* affermando che è sufficiente che dalla lettura del provvedimento si possa dedurre l’*iter* cognitivo e valutativo seguito dal giudice e se ne possano conoscere i risultati, che devono essere conformi alle prescrizioni di legge²²¹. L’atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, deve inoltre essere conosciuto dall’indagato o almeno reso ostensibile²²². Sotto quest’ultimo profilo, in linea di massima, si reputa legittima la tecnica della motivazione *per relationem*, a condizione che il rinvio ad altro provvedimento non finisca per consistere in una abdicazione del giudice al proprio ruolo e che non sia di ostacolo al diritto di difesa, riferendosi ad un testo non conosciuto o non conoscibile da parte dell’imputato²²³. Più in particolare, si considera legittima la motivazione *per relationem* dell’ordinanza che, per ragioni di economia processuale, recepisce, anche integralmente²²⁴, la richiesta formulata dal pubblico ministero²²⁵ se risulta che il giudice abbia preso cognizione del contenuto delle ragioni dell’atto richiamato,

²¹⁸ M. CAIANIELLO, *La valutazione autonoma del giudice nell’ordinanza cautelare dopo l. 16 aprile 2015, n. 47*, in *Cass. Pen.*, fascicolo 4, 2017, p. 1682.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ M. CAIANIELLO, *La valutazione autonoma del giudice nell’ordinanza cautelare dopo l. 16 aprile 2015, n. 47*, in *Cass. Pen.*, fascicolo 4, 2017, p. 1690.

²²¹ Cass. Sez un., 21 giugno 2000, Primavera, in *Cass. Pen.*, 2001, 69.

²²² *Ibidem*.

²²³ L. GIULIANI, *Motivazione “autonoma” dell’ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del tribunale della libertà (alle soglie di una “storica” riforma?)*, in *Riv. It. Dir. e proc. pen.*, 2015, vol. 58, p. 361.

²²⁴ L’ordinanza applicativa di una misura cautelare è legittimamente motivata con la integrale riproduzione della richiesta del p.m., purché sia consentito al giudice del riesame ed a quello di legittimità, nell’ambito delle rispettive competenze, di controllare il quadro indiziario e la correttezza dell’iterlogico seguito dal giudice di prime cure: Cass., sez. II, 26 gennaio 2011, p.m. in c. Giampapa ed a., n. 6966, in *C.E.D. Cass.*, n. 249681.

²²⁵ Cass., sez. VI, 14 giugno 2013, Ferrara, n. 27928, in *C.E.D. Cass.*, n. 256262.

ritenendole coerenti alla sua decisione²²⁶ e sia possibile instaurare, nel procedimento incidentale, un effettivo e trasparente contraddittorio tra le parti, assicurando concretamente all'indagato il diritto di difesa e permettendo al giudice sovraordinato di controllare la rilevanza, la pertinenza e la concluzione degli elementi posti a base del giudizio di probabile reità e l'iterlogico attraverso il quale si perviene alla decisione²²⁷.

È difficile leggere in un siffatto sistema apprezzabili sintomi di giurisdizionalità della decisione: la presenza del giudice non è connotata da effettiva terzietà²²⁸. Anche se il provvedimento è giurisdizionale perché promana da un giudice, le forme non garantiscono un esercizio pieno ed effettivo della giurisdizione ma delineano, piuttosto, un intervento improntato a poteri autorizzatori²²⁹. È vero che nella nuova geografia del codice la libertà personale rientra a pieno ed esclusivo titolo nei territori della giurisdizione, ed è vero che il pubblico ministero può soltanto richiedere le misure cautelari, ma la garanzia offerta dalla giurisdizione *de libertate*, a dispetto dell'imponente apparato procedimentale attraverso il quale si esplica, è una garanzia debole: nelle forme è una giurisdizione pesante; nella sostanza una giurisdizione *light*²³⁰. Inoltre, è difficile riconoscere gli inconvenienti che derivano, non foss'altro sul piano psicologico, dal fatto che il giudice per le indagini preliminari sia chiamato a pronunciarsi sulle richieste del collega della porta accanto, con il quale per di più non ha soltanto una contiguità di tipo logistico, ma anche professionale, medesima essendo la formazione, medesimo il reclutamento, medesimo il periodo di apprendistato, fungibili i ruoli: inevitabili i riflessi subliminali di solidarietà corporativa e di sintonie mentali²³¹. Il legislatore ha, a ben vedere, voluto evitare di accentrare nel giudice delle indagini preliminari

²²⁶ Cass., sez. II, 16 febbraio 2011, Soldano, n. 13385, in C.E.D. Cass., n. 249682.

²²⁷ L. GIULIANI, *Motivazione "autonoma" dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del tribunale della libertà (alle soglie di una "storica" riforma?)*, in Riv. It. Dir. e proc. pen., 2015, vol. 58, p. 361.

²²⁸ M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, Cedam, 2013, p.170.

²²⁹ Ibidem.

²³⁰ G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, p. 1256.

²³¹ M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, Bologna, 1989; G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, p. 1257.

eccessivi poteri che gli avrebbero permesso di giungere ad una decisione effettiva tipica del modello inquisitorio²³².

Alla presunta “leggerezza” del giudice, appiattito sulle richieste dell’inquirente, e svogliato nel motivare²³³, il legislatore ha ripetutamente risposto con una esasperazione della tassatività delle regole in tema di esigenze cautelari (art. 274 c.p.p.) e dettagliando parossisticamente il modello di motivazione, che aveva ricevuto già in partenza disciplina particolarmente attenta nell’art. 292 c.p.p.²³⁴. Infine, ha rafforzato gli elementi di cognizione su cui si basa la richiesta cautelare del pubblico ministero. Quest’ultimo correttivo fu adottato con la legge 332 del 1995 che ha modificato l’art 291 c.p.p.. *Ab origine* esso prescriveva che le misure dovessero essere «disposte su richiesta del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda»; mentre, ora, prevede che il pubblico ministero abbia l’obbligo di presentare al giudice «*tutti* gli elementi a favore dell’imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate»²³⁵. L’effetto dovrebbe essere quello di ampliare le conoscenze del giudice quando questi deve valutare l’esistenza delle condizioni e dei presupposti della misura cautelare²³⁶: dovrebbe sancire il superamento di quella posizione di subalternità²³⁷, sia sul terreno cognitivo, sia sul terreno decisorio, del giudice

²³² Si giunge, infatti, alla paradossale conseguenza che chi contesta al processo penale accusatorio italiano di essere ancora corroborato da elementi inquisitori denunci la necessità di potenziare i poteri conoscitivi del giudice per le indagini preliminari.

²³³ Si fa qui riferimento alla accennata stortura della prassi caratterizzata da un comportamento della magistratura che sovente usava motivare l’ordinanza *per relationem* appiattendola sulla richiesta del pubblico ministero e privandola di una rielaborazione logica del giudice. Questo avveniva in virtù da un lato della mancata conoscenza da parte del giudice dell’intero fascicolo delle indagini; infatti, è tenuto a prendere la sua decisione esclusivamente sulla base degli atti posti a base della richiesta del pubblico ministero; e dall’altro, in virtù della normativa precedente al 1995 che ammetteva anche una motivazione sommaria.

²³⁴ L. GIULIANI, *Editoriale*, par.6.

²³⁵ Art. 291 co.1 c.p.p.

²³⁶ P. TONINI - Carlotta CONTI, *Manuale di procedura penale*, p. 493.

²³⁷ V. GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari*, in *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi. In memoria di Gian Domenico Pisapia. Atti del convegno (Cagliari 1995)*, Giuffrè, 1997, p. 95; il quale, addirittura, prosegue ritenendo di non poter più «parlare, come talora si è fatto, del giudice per le indagini preliminari come di un giudice senza cognizione». Per di più, anche prima della riforma affermava che il «GIP non si presenta, in ultima analisi, come un giudice disarmato, poiché proprio la sua posizione istituzionale di organo estraneo agli sviluppi e alle strategie della

rispetto al pubblico ministero. Tutto deriva dalla selezione effettuata dal magistrato inquirente. Questi dovrebbe essere in grado di valutare se da un atto di indagine può ricavarsi un elemento di prova “a favore”, tale da dimostrare anche soltanto l’attenuazione di una misura cautelare²³⁸: è una valutazione difficile perché deve essere fatta prima di conoscere la posizione della difesa²³⁹ ed evitando di trasmettere tutto il fascicolo delle indagini, che avrebbe un pericoloso effetto di anticipata *discovery* non voluto dal legislatore²⁴⁰. In questo modo, però, in evidente controtendenza rispetto al proposito di esaltare la dimensione esclusivamente di parte del pubblico ministero, si finisce per accentuare la fisionomia di «organo di giustizia», soprattutto nella fase preliminare²⁴¹. L’altro correttivo riguarda le esigenze cautelari; si è operato su entrambe le lettere espressive delle due ragioni di cautela già menzionate attraverso una analoga interpolazione: da un lato, si è puntualizzato che il pericolo di fuga o di reiterazione del reato per poter giustificare la misura deve essere non solo «concreto» ma anche «attuale»; dall’altro, si è precisato che le situazioni di concreto e attuale pericolo di fuga di cui alla

procedura investigativa lo colloca nella condizione migliore per svolgere la sua funzione di garante» (V. GREVI, *La garanzia dell’intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari*, in Giust. Pen., 6 (I), 1988, p. 373); contro questa tesi, prima del 1995, si poneva una gran parte della dottrina: G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, p. 1261; E. ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali*, cit., p.70-71. Anche dopo il 1995 il dissenso continua: M. FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante»*, cit., p. 185 che afferma come «L’intervento giurisdizionale non assicura appaganti garanzie, in quanto l’estraneità – quando non si risolve in una presa d’atto di prospettazioni dall’una parte avanzate e dall’altra non contraddette – può trasmodare in interferenza» Aggiunge che la decisione del giudice per le indagini preliminari sia una «mera ratifica», una «acritica accettazione di richieste» o una «indebita invadenza in sfere di competenza funzionale esclusive di altri»; C. MORSELLI, *Libertà personale, “giusto processo” e contraddittorio anticipato: prospettive de iure condendo*, in *Diritto penale e processo*, 10, 2006, cit., p.1305, che descrive l’attività decisoria del giudice per le indagini preliminari come «a bassa intensità cognitiva».

²³⁸ Ibidem.

²³⁹ Questo correttivo introdotto con la legge del 1995 è percepito dalla magistratura requirente come una forte limitazione dell’attività investigativa. Ciò, inoltre, viene considerato pericoloso quando si perseguono reati di associazione criminale, perché i pubblici ministeri si trovano di fronte ad una angosciata alternativa: depositare tutti gli atti di indagine e chiedere la misura con il rischio però che gli altri consociati vengano a conoscenza delle strategie investigative, o, non chiedere la misura, mantenere nascoste le attività di indagine, ma non soddisfare le esigenze cautelari (così in C. MORSELLI, *Libertà personale*, cit. p. 1305).

²⁴⁰ Anche perché, in seguito alla riforma del 1995, l’art. 293 co. 3 c.p.p. permette al difensore di visionare ed estrarre copia della ordinanza cautelare e di tutti gli elementi posti a fondamento della richiesta e se questi avessero per oggetto l’intero fascicolo delle indagini preliminari si verificherebbe una piena *discovery anticipata* verso tutti i soggetti parti del processo.

²⁴¹ V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, p. 50.

lett. *b* «non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede»; similmente, si è operato sulla lett. *c*, sul cui testo si è inciso per sottolineare che le situazioni di concreto e attuale pericolo di reiterazione di un reato «anche in relazione alla personalità dell'imputato, non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede»²⁴². L'ultimo correttivo investe il potere decisionale del giudice. Diversamente dal passato²⁴³, quando la motivazione dell'ordinanza poteva essere sommaria, con la legge n.47 del 2015 questa deve essere esaustiva e rispettare una struttura ben precisa a pena di nullità rilevabile anche *ex officio*. Il giudice deve motivare le «specifiche esigenze cautelari e gli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza»²⁴⁴ tenendo anche conto del tempo trascorso dal verificarsi del fatto. Inoltre, deve contenere i motivi per i quali si ritengono «non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, nonché, in caso di applicazione della misura della custodia in carcere, l'esposizione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. non possono essere soddisfatte con altre misure»²⁴⁵. In sostanza, deve risultare una autonoma valutazione del giudice non appiattita sulla richiesta del pubblico ministero e non carente di una ricostruzione

²⁴² L. GIULIANI, *Editoriale*, par.6. Ma, in senso critico «l'adozione di una misura cautelare, proprio perché funzionale al soddisfacimento delle specifiche esigenze selezionate dalla legge processuale, è forse più di qualsiasi altra decisione giudiziaria ancorata alle particolarità del caso concreto, il che rende incompressibile uno spazio autonomo di valutazione del giudice e sostanzialmente inutili regole calibrate su fattispecie tipologiche inidonee ad abbracciare un orizzonte applicativo caratterizzato da variabili pressoché infinite» in L. PISTORELLI, *Discrezionalità del giudice e ruolo di garanzia della motivazione*. In: L. GIULIANI, *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 337 s., non meno nettamente, P. GAETA, *Esigenze cautelari ed efficienza delle indagini*, In: L. GIULIANI, *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 306 s.

²⁴³ Il testo originario esigeva che «L'ordinanza che dispone la misura cautelare contiene a pena di nullità: a) le generalità dell'imputato o quanto altro valga ad identificarlo e, se possibile, l'indicazione del luogo in cui probabilmente egli si trova; b) la descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate; c) l'esposizione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi della loro rilevanza; d) la fissazione della durata della misura, quando questa è disposta al fine di garantire l'acquisizione o la genuinità della prova; e) la data, le sottoscrizioni del giudice e dell'ausiliario che lo assiste e il sigillo dell'ufficio».

²⁴⁴ V. Art. 292 co. 2.

²⁴⁵ Art. 292 co. 2 lett. c-bis c.p.p.

logica personale²⁴⁶. Infatti, sollevare il giudice dall'onere di motivare su nodi cruciali spiana la strada al richiedente la misura, lasciando al destinatario del provvedimento al più la *chance* di una *probatio diabolica*²⁴⁷ e posticipata²⁴⁸. Al contrario il *quid novi* dell'intervento normativo del 2015, rispetto a quello che lo aveva preceduto due decenni prima, sta nell'aver agito contestualmente sui poteri del giudice del riesame incidendo sulla antica *querelle* concernente il potere di integrazione della motivazione da parte di quest'ultimo giudice²⁴⁹. Stando al riformulato art. 309 comma 9 c.p.p.: il tribunale ha l'obbligo di «annulla[re] il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'art. 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa»²⁵⁰. Con queste riforme dopo il 1995 e il 2015, seppur il contraddittorio resta posticipato, le criticità sono meno accentuate, perché il legislatore ha cercato di rendere più rigorosa la delibazione *de qua*, limitando la possibilità di illegittime restrizioni della libertà personale e trovando una alternativa

²⁴⁶ Non si può sottacere il rischio che «per questa via il provvedimento applicativo di una misura cautelare finisca per caricarsi di un peso assai gravoso sulla sorte processuale dell'imputato, rispetto alla quale sarà poi difficile escludere l'incidenza negativa di quelle che, almeno allo stato degli atti, sembrerebbe ormai configurarsi nella sostanza (...) come un anticipato giudizio di colpevolezza»; così V. GREVI, *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, Cedam, 1985, p. 115.

²⁴⁷ L'intento del legislatore è quello di imporre al giudice la lettura congiunta di tutta la documentazione presentata dal pubblico ministero a supporto dell'istanza ex art. 291 c.p.p. (così in T. RAFARACI, *Annulamento dell'ordinanza cautelare per difetto di motivazione riconducibile all'assenza di elementi imposti da legge sopravvenuta*, in *Cass. penale*, 1997, p. 467), sì da evitare ulteriori costrizioni del diritto di difesa dell'indagato. L'assenza di una autonoma valutazione del giudice, infatti, si tradurrebbe da un lato nel dubbio che il giudice abbia effettuato realmente una valutazione sulla richiesta del pubblico ministero; dall'altro nell'impossibilità in sede di riesame di verificare passo dopo passo la congruenza dell'*iter* motivazionale seguito dal giudice cautelare. Nel giudizio del riesame l'indagato sopporterebbe una *probatio diabolica* non potendo ricostruire i motivi per cui gli atti della difesa non sono stati sufficienti a far rigettare la domanda cautelare e sarebbe tenuto a provare che la decisione non fu corretta senza poter dimostrare un ragionamento errato del giudice, poiché questo è assente. Inoltre, sarebbe indirettamente tenuto a provare l'errato ragionamento del pubblico ministero, il quale è avvalorato da una piena conoscenza degli atti di indagini e basato su atti da questo stesso scelti.

²⁴⁸ L. GIULIANI, *Editoriale*, par.6.

²⁴⁹ L. GIULIANI, *Editoriale*, p.1583; v. cap, 2 par. 9 e 9.1.

²⁵⁰ *Ibidem*. Infatti, un problema prima irrisolto era quello inerente ai poteri del tribunale di riesame, cioè se era possibile in quella sede integrare la motivazione lacunosa o mancante ovvero era doveroso annullare il provvedimento per tali ragioni. Al riguardo, l'intervento del legislatore del 2015, che ha modificato l'art. 309 comma 9 c.p.p., ha dissipato ogni dubbio chiarendo che al giudice del riesame è precluso il potere di integrare la motivazione mancante ovvero carente dell'autonoma valutazione.

al contraddittorio anticipato²⁵¹. Bisogna tuttavia osservare che – pur a seguito della nuova manovra – la giurisprudenza, come già accennato, ha continuato a esprimere un indirizzo sostanzialmente costante²⁵² a quello antecedente la riforma.

3. Il contraddittorio c.d. posticipato: una definizione

Con la modifica della l. cost. n. 2 del 1999²⁵³ l'art. 111 co.2 Cost. nell'enunciare i principi del giusto processo, validi per ogni procedimento giurisdizionale, stabilisce che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale». La norma eleva il principio al massimo rango delle fonti normative, impedendo che possa essere disatteso da scelte politiche del legislatore. Qui, si fa riferimento al contraddittorio genericamente inteso, come partecipazione dialettica delle parti, e non come contraddittorio nella formazione della prova (co.4 art. 111 Cost.) che incontra alcuni limiti, tra cui quello implicito di riguardare solo il tema principale del processo, cioè l'accertamento della colpevolezza, non anche i temi incidentali, come l'applicazione delle misure cautelari²⁵⁴. E se può considerarsi un dato acquisito da tempo che non c'è processo se non c'è contraddittorio, e che, quale elemento qualificante del processo, esso trova già fondamento nell'art. 24 co.2 Cost., una sua riaffermazione nella seconda parte della Costituzione, tra le regole minime della giurisdizione, non solo non è inopportuna, ma, al contrario, è utile a sottolineare che il contraddittorio, oltre ad essere diritto delle parti, è regola del processo per il giudizio e dovrebbe essere

²⁵¹ D. NEGRI, *La nullità dell'ordinanza cautelare*, in Cass. Pen., 4, 1999, p.1307.

²⁵² L. GIULIANI, *Editoriale*, p.1584.

²⁵³ Estremamente rapidi (un anno appena dalla presentazione del disegno di legge a firma del senatore Pera) i tempi di approvazione della riforma; superiore ai due terzi dei componenti delle Camere, tanto da evitare la sottoposizione a referendum popolare, la maggioranza delle forze parlamentari che approvò compatta la legge costituzionale; in E. MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Cost., tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in Leg. pen., 2000, p. 755-756.

²⁵⁴ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Zanichelli, 2012, p.100.

regola per ogni atto che importi una compromissione di un diritto costituzionalmente garantito²⁵⁵.

Il contraddittorio è un dialogo ad interessi contrapposti²⁵⁶; se, infatti, l'esperienza giuridica nella sua dimensione processuale è *scientia probabilis* – nel senso che non è in grado di condurre alla «verità necessaria», ma soltanto ad una «verità probabile» – essa non potrà fondarsi sulla logica dimostrativa, bensì sul metodo dialettico, sulla contrapposizione delle opinioni: non è, infatti, possibile «nessuna forma di conoscenza nel dominio del probabile, ignorando le opinioni altrui»²⁵⁷. Quella costituzionale è una formula breve ma potente, dove il contraddittorio non figura come semplice diritto individuale, alla stregua di quelli espressi dal comma precedente, ma come garanzia oggettiva, condizione di regolarità del processo²⁵⁸. Forse sarebbe stato meglio parlare di metodo anziché di principio, proprio per sottolineare la forza epistemologica del contraddittorio, la sua natura di strumento utile alla ricostruzione dei fatti, pur nella fallibilità di ogni criterio (non esiste il Metodo della Verità)²⁵⁹. Ancora oggi è lo strumento meno imperfetto per la ricerca della verità, meglio, per ridurre il più possibile lo scarto tra «verità giudiziale»²⁶⁰ e verità storica²⁶¹. Questa non è solo una scelta tecnica ma una scelta di civiltà²⁶²: verificare l'ipotesi accusatoria in contraddittorio con l'imputato significa ravvisare nella dignità del singolo un bene non meno prezioso dell'accertamento dei fatti e delle responsabilità²⁶³. Quella del contraddittorio è una scelta gnoseologica ed etico

²⁵⁵ A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, Diritto penale contemporaneo, 2013, p. 136.

²⁵⁶ G. GIOSTRA, *Il contraddittorio (principio del)*, in Enc. giur. Treccani, p.1

²⁵⁷ A. GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, in Studi delle scienze giuridiche e sociali, Pavia, 1967, p. 145.

²⁵⁸ F. ANGELI, *Il processo penale dopo la riforma dell'articolo 111 della Costituzione*, in *Questione giustizia: bimestrale promosso da Magistratura Democratica.*, Fascicolo 1, 2000, p. 55.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ Sul significato v. G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, 1979, p.129.

²⁶¹ M. TARUFFO, *Il controllo di razionalità fra logica, retorica e dialettica*, in Diritto penale, controllo di razionalità e giustizia, Padova, 1998, p. 61.

²⁶² G. CALOGERO, *Filosofia del dialogo*, Morcelliana, 1962, p. 385 s.; G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, V, Giuffrè, 1959, p. 63 s..

²⁶³ F. CORDERO, *Procedura penale*, 6° ed., Giuffrè, 2001, p. 18. Si vuole aggiungere come la realizzazione del contraddittorio denoti un processo penale assiologicamente orientato, cioè una

politica²⁶⁴. Il contraddittorio si può definire «discussione pubblica tra due persone che sostengono e professano opinioni contrarie»²⁶⁵. Ogni forma dello stesso presuppone una dualità antagonistica e paritetica, nel senso che i suoi protagonisti debbono essere portatori di interessi e obiettivi diversi, anche se nella disputa possono trovare uno o più punti di convergenza, e debbono godere di equivalenti diritti²⁶⁶. Primo fra tutti, tanto da doverlo considerare un presupposto di esistenza del contraddittorio, quello di conoscere compiutamente l'oggetto del contendere²⁶⁷; secondo, quello di conoscere la posizione e gli argomenti dell'altro per poter contraddire. La parità per essere pienamente garantita presuppone che nessuno dei due contendenti possa decidere sull'esito del diverbio. Il contraddittorio postula sempre un rapporto triadico²⁶⁸. Il soggetto terzo e imparziale di questo rapporto non può che essere il giudice. La modalità di svolgimento processuale più efficiente è quella orale, perché garantisce la contestualità del dialogo e l'immediatezza delle risposte; ciò permette anche al terzo (il giudice) di formarsi un giudizio anche osservando la voce e i comportamenti delle parti. Ma accade sovente, nel settore penale, che il legislatore neghi agli interessi in giuoco «voce» processuale o la renda così flebile da lasciarla sopraffare da quella del giudice o della controparte²⁶⁹. In particolare, a differenza del processo civile, quello penale ha una natura irriducibilmente «asimmetrica», che rende difficile assicurare la c.d. parità delle armi²⁷⁰: infatti, soprattutto nella fase delle indagini, anche se il legislatore ha cercato

concezione della giustizia in cui il metodo di accertamento della verità rappresenta di per sé un valore, per l'acquisita consapevolezza che un «giusto processo» non è socialmente ed eticamente meno importante di una «giusta decisione» (O. DOMINIONI, *L'imputato fra protagonismo dell'accusa e subalternità della difesa*, Archivio penale, 1982, p.79.). È in questo contesto che deve essere letta l'abusata ed ambigua formula secondo cui il processo penale mira alla ricerca della «verità materiale»; affermazione innocua, ancorché alquanto approssimativa, se con essa si vuol significare che il processo penale deve essere percorso da una tensione ideale verso l'accertamento della verità, compatibilmente con la tutela dei diritti fondamentali del singolo (G.P. AUGENTI, *Onere di prova e processo penale*, Rivista penale, 1930, p. 1044, nt. 2).

²⁶⁴ F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, 1966, p. 218s.

²⁶⁵ G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, 2001, p. 1.

²⁶⁶ G. CONSO, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1966, p. 405 s..

²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ Ibidem.

²⁶⁹ P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in Opere giuridiche, a cura di M. CAPPELLETTI, I, 1965, p. 572.

²⁷⁰ G. GIOSTRA, *contraddittorio (principio del)*, p. 3.

di disegnare i poteri dell'inquirente privato su quelli dell'inquirente pubblico, è impossibile una perfetta sovrapposibilità tra le controparti²⁷¹. Per di più, vi sono atti che sembra non possano essere compiuti in contraddittorio con l'interessato, pena la compromissione del risultato (ad esempio, le misure cautelari, l'emissione di provvedimenti di sequestro, di perquisizione, di cattura, ovvero le intercettazioni)²⁷².

4. L'interrogatorio di garanzia

L'inclinazione verso una accentuazione inquisitoria, seguendo quanto appena esposto, è resa evidente dalle scelte operate dal legislatore del 1988 all'interno dell'art. 294 c.p.p.. Infatti, in questo articolo il legislatore ha disciplinato il congegno difensivo del procedimento cautelare volto a garantire il diritto all'interloquazione sulla misura già adottata e la sua più immediata evoluzione. Si consente l'emissione del provvedimento sulla base del materiale acquisito e selezionato dal pubblico ministero (art. 291 c.p.p.), senza che sia consentito alla difesa d'interloquere prima della pronuncia dell'ordinanza (art. 292 c.p.p.). Ciò, ha indotto il compilatore non solo a stabilire l'obbligo del giudice a provvedere all'interrogatorio del soggetto, subito dopo l'esecuzione dell'atto, ma pure a predisporre un articolato sistema di gravami cautelari²⁷³. L'interrogatorio di garanzia è, innanzitutto, così denominato perché assume una funzione prevalentemente difensiva. Infatti, al termine di tale atto il giudice deve valutare se permangono le condizioni di applicabilità e le esigenze cautelari originarie, nonché se queste fossero fin dal principio presenti, realizzando così un controllo giurisdizionale sulla legittimità e fondatezza della misura disposta²⁷⁴. Se le esigenze

²⁷¹ Si aggiunge che nell'esercizio dei poteri inquirenti il pubblico ministero perde l'imparzialità istituzionale della magistratura requirente e mostra la sua parzialità funzionale. Infatti, la sua imparzialità viene meno a livello fattuale col nascere della prima ipotesi investigativa.

²⁷² Ibidem.

²⁷³ A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Cedam, 2006, p. 12.

²⁷⁴ P. TONINI - Carlotta CONTI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano 2022, p. 498.

erano insussistenti fin dall'origine o se sono venute meno o si sono attenuate il giudice dovrà provvedere alla revoca della misura o alla sua sostituzione con una meno gravose. Obiettivo di questo interrogatorio è offrire al giudice l'opportunità di vagliare la tenuta della prognosi di colpevolezza e delle altre valutazioni poste a fondamento della misura cautelare, alla luce dell'esposizione di elementi e argomenti a propria difesa offerti dall'imputato (o dalla persona sottoposta alle indagini) interrogato²⁷⁵. Sul presupposto che il provvedimento cautelare è atto a sorpresa, in relazione al quale l'imputato non ha avuto alcuna occasione per interloquire circa la sussistenza delle condizioni per la sua emanazione, il legislatore ha individuato nell'interrogatorio il contesto procedimentale in cui realizzare il doveroso contatto fra imputato e giudice – imposto, fra l'altro, dall'art. 5 C.E.D.U. – per consentire all'autorità giurisdizionale che ha emesso il provvedimento di confrontarsi *vis à vis* con la persona ristretta, per la prima volta posta nelle condizioni di esporre quanto ritenuto utile per la propria difesa davanti al giudice che ha disposto la misura²⁷⁶. L'interrogatorio di garanzia ha un ruolo così importante che se non viene effettuato entro cinque giorni dall'inizio dell'esecuzione della misura in carcere o entro dieci giorni dall'esecuzione del provvedimento o dalla sua notificazione per le altre misure, ne consegue la liberazione immediata dell'indagato²⁷⁷. La necessità di preservare la funzione difensiva dell'interrogatorio del giudice ha indotto il legislatore a stabilire che l'eventuale interrogatorio condotto dal pubblico ministero, che ha funzione preminentemente investigativa e non eminentemente difensiva come quello del giudice, deve seguire e non precedere quello svolto ai sensi dell'art. 294 c.p.p.²⁷⁸. Per evitare che ne derivi un pregiudizio alle indagini, è altresì stabilito che la parte pubblica possa formulare, nella richiesta di custodia cautelare, espressa istanza al

²⁷⁵ A. CAMON, C. CESARI, M. DANIELE, M. L. DI BITONTO, D. NEGRI, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano 2020, p. 966.

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ A. CAMON, C. CESARI, M. DANIELE, M. L. DI BITONTO, D. NEGRI, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano 2020, p. 966.

²⁷⁸ *Ibidem*.

giudice perché effettui l'interrogatorio entro quarantott'ore dall'esecuzione della misura²⁷⁹.

In primo luogo, il giudice procede a determinati adempimenti preliminari. Il primo riguarda l'accertamento delle persone che devono prendervi parte. In caso di presentazione dell'indagato, questi sarà tenuto ad esporre le sue generalità, con obbligo di verità. Il difensore dell'indagato, con il quale quest'ultimo se in stato di custodia cautelare ha diritto di conferire fin dall'inizio dell'esecuzione della misura²⁸⁰, è obbligato ad intervenire, mentre il pubblico ministero ricevuto tempestivamente avviso dello svolgimento dell'atto può decidere liberamente se partecipare oppure no. In caso di mancata presenza del difensore d'ufficio o di fiducia sarà necessario procedere ai sensi dell'art. 97 co.4 c.p.p.²⁸¹. È intuibile che, data la brevissima successione temporale tra la nomina e la conduzione dell'atto, l'adempimento da parte dell'autorità tende ad impedire l'invalidità delle attività processuali da compiere, piuttosto che ad assicurare l'esplicazione di un pieno diritto di difesa²⁸².

L'interrogatorio è condotto dal giudice con le modalità indicate negli artt. 64 e 65 c.p.p.. La più significativa caratterizzazione del colloquio cautelare, rispetto all'archetipo dell'interrogatorio di cui all'art. 65 c.p.p., risiede nel fatto che lo schema strutturato in seno a quest'ultima previsione sembrerebbe ipotizzare che il soggetto da interrogare non sia a conoscenza di molti degli elementi a suo carico, ancorché integrati da quanto previsto dall'art. 375 c.p.p. o da atti similari.²⁸³ Nell'ipotesi di cui all'art. 294 c.p.p., invece, l'indagato e il difensore hanno già appreso sia degli elementi contenuti nell'ordinanza cautelare, sia della richiesta del pubblico ministero e degli atti di indagine trasmessi dall'accusa ex art. 291 c.p.p.

²⁷⁹ Ibidem.

²⁸⁰ V. art. 104 c.p.p., inoltre al co. 4-bis prevede anche che «l'imputato in stato di custodia cautelare, l'arrestato e il fermato, che non conoscono la lingua italiana, hanno diritto all'assistenza gratuita di un interprete per conferire con il difensore a norma dei commi precedenti. Per la nomina dell'interprete si applicano le disposizioni del titolo IV del libro II».

²⁸¹ C. DI BUGNO, *Legittimo impedimento, tutela dell'effettività della difesa e disciplina dell'udienza preliminare*, In Cass. Pen., 1997, p. 1649.

²⁸² A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Cedam, 2006, p. 406.

²⁸³ Ibidem.

e depositati ex art. 293 c.p.p.²⁸⁴. L'inosservanza della procedura rende l'interrogatorio una pura formalità inidonea a soddisfare le esigenze di libertà tutelate dalle norme suddette e comporta la perdita di efficacia del provvedimento di custodia²⁸⁵. È indubbio che per il giudice sia difficile non varcare il confine del metodo investigativo mentre rivolge le domande, essendo tenuto a valutare il fatto e la gravità indiziaria che sono gli oggetti su cui si muove l'accusa. Pare perciò non facile scindere l'interrogatorio nella sua duplice anima – investigativa e di garanzia - nella procedura cautelare. È evidente come l'istituto costituisca una fase della più grande importanza nel processo e deve essere rigorosamente osservato²⁸⁶: è il primo atto per la tutela giurisdizionale della libertà dei cittadini; perché, appunto, esso serve a mettere direttamente in contatto l'imputato e il giudice, a cui il primo può così presentare ogni discolta²⁸⁷.

5. La richiesta di revoca e di sostituzione della misura cautelare

La necessità costituzionale di minimizzare le restrizioni della libertà personale prima della condanna definitiva rappresenta il fondamento e il limite del principio della domanda in ambito cautelare²⁸⁸. È previsto, infatti, che il giudice possa sempre disporre anche d'ufficio, vale a dire indipendentemente da una istanza di parte, la revoca del provvedimento applicativo di misure cautelari, ovvero la sua modificazione in senso più favorevole alla persona ristretta (art. 299 comma 3)²⁸⁹. Questo perché l'inviolabilità della libertà personale esige che al venir meno o al modificarsi dei presupposti di fatto o di diritto che hanno giustificato l'adozione

²⁸⁴ Ibidem.

²⁸⁵ Cass., Sez. II, 16 settembre 1994, Pace, in Cass. Pen., 1995, p.3426.

²⁸⁶ Relazione ministeriale al progetto del 1905.

²⁸⁷ L. MORTARA, U. ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, Utet, 1917, p. 662.; e continua ribadendo che «è il caposaldo della procedura istruttoria contro imputati detenuti; tanto che è non soltanto obbligatorio entro speciali termini inderogabili (...), lungi quindi dal doversi considerare come una formalità, possiamo dire che l'interrogatorio dell'imputato detenuto serve di regola ad iniziare l'attività propria dell'attività giudiziaria nella ricerca libera e imparziale del vero in confronto con l'imputato».

²⁸⁸ A. CAMON, C. CESARI, M. DANIELE, M. L. DI BITONTO, D. NEGRI, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano 2020, p. 968.

²⁸⁹ Ibidem.

della misura debba sempre corrispondere la tempestiva riespansione del diritto medesimo o l'attenuazione della sua limitazione²⁹⁰. L'ampiezza dei poteri d'ufficio del giudice cautelare in funzione del *favor libertatis* si spiega alla luce dell'art. 13 Cost., che delinea il giudice quale organo di salvaguardia dell'inviolabilità della libertà delle persone²⁹¹. In altri termini, l'inviolabilità della libertà e la presunzione d'innocenza connotano in maniera peculiare la fisionomia del giudice cautelare ed esigono un organo non solo imparziale, ma schierato a favore della libertà²⁹². Il procedimento di revoca o di sostituzione della misura presentano altri casi di interrogatorio posticipato.

In primo luogo, la revoca è una fattispecie estintiva *ope iudicis* destinata ad operare tutte le volte in cui con una valutazione *ex post* il giudice accerti l'attenuarsi dei gravi indizi di colpevolezza ovvero delle esigenze cautelari²⁹³. Deve essere immediatamente disposta quando si accerta che le condizioni generali «risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti»²⁹⁴ ovvero quando si accerti che siano venute meno completamente le esigenze cautelari.

La sostituzione è una situazione modificativa della cautela in atto, destinata ad operare allorché ricorra una variazione delle precedenti valutazioni che si risolve in senso favorevole al soggetto²⁹⁵. Deve essere disposta quando le esigenze cautelari, pur non essendo venute meno, risultano attenuate; o quando la misura non appare più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere inflitta²⁹⁶. Entrambe seguono lo stesso procedimento: possono essere applicate dal giudice su richiesta dell'imputato o del pubblico ministero; ed eccezionalmente possono essere concesse anche d'ufficio nel corso dell'interrogatorio di garanzia, oppure in udienza o in situazioni equiparate. Prima di emanare il provvedimento il giudice deve sentire il pubblico ministero, che se non è presente in udienza, deve essere avvisato e ha due giorni per far conoscere al giudice il suo parere, che non è

²⁹⁰ Ibidem.

²⁹¹ Ibidem.

²⁹² Ibidem.

²⁹³ A. MARANDOLA, L'interrogatorio di garanzia, p. 121.

²⁹⁴ V. art. 299 co. 1 c.p.p..

²⁹⁵ A. MARANDOLA, L'interrogatorio di garanzia, p.121-122.

²⁹⁶ V. art. 299, co. 2 c.p.p..

vincolante. L'ascolto dell'indagato può svolgersi o con l'interrogatorio facoltativo o con l'interrogatorio obbligatorio. Il primo va svolto prima di emettere l'ordine di revoca o di sostituzione ed è rimesso alla discrezionalità del giudice. Il secondo si ha quando lo abbia chiesto l'indagato e la sua richiesta si basa su elementi nuovi e diversi. Quest'ultimo non è un mero «interrogatorio difensivo» ma un pieno «interrogatorio di garanzia»²⁹⁷: esso deve chiarire, alla luce degli atti sopravvenuti, se vi sia la possibilità di apportare la sostituzione o la revoca, valutando il persistere dei presupposti a fondamento della misura cautelare²⁹⁸. Tuttavia, risulta «piuttosto carente dal punto di vista del contraddittorio tecnico, non essendo stato riservato al difensore alcun momento di esplicazione della propria attività difensiva, al di fuori di quanto si traduca nelle ragioni formulate a sostegno della corrispondente istanza (e salvo il diritto di assistere all'interrogatorio cui venga sottoposto l'imputato ex art. 299 co. 3-ter c.p.p.)²⁹⁹.

6. Il riesame e il ricorso *per saltum* in Cassazione

Il procedimento di riesame assicura l'esigenza di realizzare un compiuto contraddittorio il cui oggetto è costituito proprio dalla misura restrittiva della libertà personale che risulti adottata³⁰⁰. È un procedimento incidentale che si sviluppa parallelamente allo svolgersi del procedimento principale. Il ricorso all'istituto è ammesso soltanto contro le ordinanze che applicano per la prima volta una misura coercitiva; la richiesta può essere proposta esclusivamente dall'imputato o dal suo difensore, non dal pubblico ministero³⁰¹. È un mezzo di impugnazione completamente devolutivo³⁰², che permette all'imputato di ottenere un controllo

²⁹⁷ A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, p. 124.

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ V. GREVI, *Garanzie difensive*, p.106.

³⁰⁰ M. L. DI BITONTO, *Libertà personale*, p. 880.

³⁰¹ P. TONINI - Carlotta CONTI, *Manuale di procedura penale*, p. 514.

³⁰² Ciò significa che concede al tribunale una cognizione piena al pari del giudice che ha emesso il provvedimento potendo motivare l'ordinanza anche per motivi diversi da quelli sollevati dalle parti.

sulla legittimità e sul merito del provvedimento³⁰³. Resta, tuttavia, aperto il problema della qualificazione del mezzo (di impugnazione) come rimedio diretto all'invalidazione dell'ordinanza che dispone la misura coercitiva, ovvero come gravame³⁰⁴; nell'un caso risultando possibile (anzi doveroso) il controllo sulla legittimità anche formale del provvedimento impugnato, nell'altro configurandosi la pronuncia del tribunale quale statuizione *ex novo* sulla *quaestio libertatis*, rispetto alla quale l'ordinanza impugnata costituisce un mero precedente di fatto³⁰⁵. Parte della dottrina aveva negato al riesame il ruolo di mezzo tecnico d'impugnazione *strictu sensu*³⁰⁶, definendolo un rimedio particolare basato su un meccanismo di controllo *sui generis*³⁰⁷ tale da generare un procedimento incidentale anomalo³⁰⁸; secondo tale lettura, il riesame si atterrebbe alla stregua di una deviazione collaterale del procedimento principale in cui sorge la questione, per cui tra il procedimento principale e quello incidentale resterebbe un rapporto di autonomia, in virtù del quale il riesame risulterebbe disciplinato da forme proprie e per lo più giudicato da un organo distinto da quello del procedimento principale³⁰⁹. È da aggiungere come questa tesi fosse basata sulla facoltatività di addurre motivi alla richiesta di riesame, condizione che invece è considerata una peculiarità necessaria dei mezzi di impugnazione³¹⁰. La particolarità dell'istituto del riesame va ravvisata nel fatto che il destinatario della misura cautelare non solo non ha richiesto al giudice il provvedimento, ma lo ha anche subito in forma immediatamente esecutiva, senza aver avuto l'opportunità di contrastare la richiesta del pubblico ministero, esponendo le proprie ragioni³¹¹. Da ciò discende che il riesame ha la

³⁰³ P. TONINI- C. CONTI, op.ult.cit., p.514. Mediante il controllo di merito la parte interessata a rimuovere un pregiudizio mira ad ottenere un giudizio *ex novo* su quanto già deciso sulla base della ingiustizia o perfettibilità; viceversa, quello di merito a quale obiettivo quello di condurre all'invalidazione del relativo provvedimento in cui il giudizio è trasfuso adducendo il vizio (così D. FERRAIOLI, op. ult. Cit., p. 759).

³⁰⁴ CORDERO, *Procedura penale*, 9° ed., Giuffrè, 2012, p. 539.

³⁰⁵ R. ORLANDI, *Riesame del provvedimento cautelare privo di motivazione*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1521.

³⁰⁶ A. VIRGILIO, *Riesame e misure cautelari personali*, Jovene, 2005, p. 49-50.

³⁰⁷ G. CHIAVARIO, *Commento al nuovo c.p.p.*, p. 258.

³⁰⁸ V. Cass. Se. I, 7 luglio 1994, Ardino, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 227.

³⁰⁹ M. POLVANI, *Le impugnazioni de libertate. Riesame, appello, ricorso*, Cedam, 1999, p. 14.

³¹⁰ *Ibidem*, questa tesi trova validi referenti nel combinato disposto degli artt. 581 lett. c e 591 co.1 lett c c.p.p.

³¹¹ A. FURGIUELE, *Concetto e limiti dell'acquiescenza nel processo penale*, Jovene, 1998, p. 90.

funzione di consentire, appunto, l'integrazione del contraddittorio, anche se *a posteriori*: per cui con l'istanza il destinatario esercita il diritto di controdedurre agli argomenti addotti dal pubblico ministero con la sua richiesta e parzialmente o totalmente accolti dal giudice nella relativa ordinanza applicativa³¹².

Altra parte della dottrina considera il riesame, invece, come un vero e proprio mezzo di impugnazione, poiché ha come scopo quello di rimuovere gli effetti pregiudizievoli che derivano dal provvedimento impugnato³¹³. Questa teoria sembra essere supportata dalle scelte legislative che collocano il riesame nel libro IV, capo VI, rubricato "impugnazioni".

Il tribunale competente è il tribunale della libertà, cioè quello del capoluogo di corte d'appello nel quale ha sede il giudice che ha disposto la misura. Il procedimento si apre con la richiesta di riesame dall'imputato o dal suo difensore entro il termine di dieci giorni a pena di inammissibilità, che decorre dall'esecuzione o dalla notificazione del provvedimento per l'imputato e dall'avviso di deposito dell'ordinanza per il difensore. L'imputato può comparire personalmente all'udienza ma se vuole esercitare questa facoltà deve specificarlo nella richiesta. Viene dato immediato avviso all'autorità inquirente che entro i cinque giorni successivi dovrà trasmettere al tribunale della libertà gli atti presentati quando aveva chiesto la misura e tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini. Se la trasmissione di questi atti non avviene entro il termine la misura perde efficacia e ciò è dichiarabile anche d'ufficio da parte del giudice. L'udienza si svolge in camera di consiglio (art. 127 c.p.p.) e cioè con un contraddittorio facoltativo. L'imputato che ne abbia fatto richiesta con l'atto introduttivo del riesame ha il diritto di comparire personalmente. Il pubblico ministero e il difensore dell'imputato devono essere preavvisati almeno tre giorni prima che possono partecipare all'udienza. Se presenti potranno interloquire oralmente sulle proprie ragioni. Il tribunale deve decidere con ordinanza entro dieci giorni dalla ricezione degli atti e depositare il provvedimento in cancelleria entro

³¹² Ibidem; infine, conclude evidenziando come se l'istanza di riesame fosse un mezzo di impugnazione, non avrebbe motivo di esistere, neanche come garanzia di giudizio da parte di un organo collegiale, poiché tale garanzia è già assicurata dalla possibilità di proporre appello, in virtù dell'art. 310, avverso ordinanze di revoca o sostituzione delle misure cautelari.

³¹³ D. FERRAIOLI, *Manuale di dir. proc. pen.*, Cedam, 2018, p. 823 ss.

trenta giorni dalla decisione, salvo il caso in cui la motivazione sia particolarmente complessa per numero di arrestati o per gravità delle impugnazioni. Tutti questi termini sono previsti a pena di inefficacia della misura cautelare e senza possibilità di rinnovo.

Il tribunale ha un potere cognitivo limitato; non può decidere sulla base di tutti gli atti di indagine raccolti fino a quel momento, ma solo sulla base di quelli effettivamente presentati dal pubblico ministero e dal difensore (artt. 309 co.5 e 391-*octies* c.p.p.)³¹⁴. Inoltre, non può disporre l'audizione di persone, né l'assunzione di prove non rinviabili. Anche se, quindi, il materiale cognitivo sul quale il tribunale del riesame deve adottare la propria decisione è costituito anzitutto dagli atti trasmessi dal pubblico ministero e da quelli trasmessi dal difensore; ai sensi dell'art. 309, c. 9, è tuttavia riconosciuta la possibilità per le parti di presentare nuovi elementi nel corso dell'udienza, producendo documenti o altri atti rappresentativi del fatto oggetto della decisione³¹⁵. L'acquisizione di atti da parte del giudice al di fuori dell'udienza camerale è invece vietata poiché viola il principio del contraddittorio, determinando una nullità a norma degli artt. 178 lett. c) e 181 c.p.p., in quanto il difensore deve poter interloquire su tutta la documentazione utilizzabile ai fini della decisione³¹⁶: al tribunale deve comunque intendersi precluso l'esercizio di poteri istruttori *ex officio* volti all'acquisizione di nuovi elementi di prova³¹⁷. Pertanto, vengono presi in considerazione esclusivamente elementi sopravvenuti (quindi diversi rispetto a quelli posti a base del provvedimento emesso del giudice che ha disposto la misura) presentati dalle parti. Tuttavia, se è il pubblico ministero ad introdurre all'udienza di riesame nuovi elementi probatori a carico, il tribunale, al fine di assicurare la piena applicazione del contraddittorio, deve assegnare all'indagato un congruo termine a difesa, in

³¹⁴ P. TONINI – C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, p. 518.

³¹⁵ Sez. un., 29 maggio 2008, n. 25932, Ivanov, in CP 2008, 4533, in motivazione; Sez. II, 21 ottobre 2008, n. 39382, DPP 2009, 1020; sez. III, 6 febbraio 2007, n. 11468, Martinello, CP 2008, 1510; Sez. IV, 24 gennaio 2004, n. 17601, Becheri, CP 2005, 2316.

³¹⁶ Sez. III, 17 dicembre 2014, n. 5935, S.G., in C.E.D. *Cass.*, 262271; sez. IV, 17 giugno 2003 n. 34925, Cadri, in C.E.D. *Cass.*, 226384; sez. VI, 19 febbraio 2003, n. 19045, Georgiev, C.E.D. 225736; sez. I, 25 giugno 1998, n. 3820, Selis, in C.E.D. *Cass.*, 211443.

³¹⁷ Sez. I, 22 aprile 2016, n. 23869, in C.E.D. *Cass.*, 267993; Sez. II, 1 aprile 2015, n. 17454, E.M., One LEGALE; sez. II, 21 gennaio 2008, n. 3103, Di Vincenzo, in C.E.D. *Cass.*, 239267; contra in tema di decisioni su eccezioni, v. sez. VI, 20 febbraio 2009, n. 7475, A.R., in C.E.D. *Cass.*, 242918.

difetto del quale si configura un'ipotesi di nullità ex art. 178, lett. c), in relazione all'assistenza del medesimo, che comporta eccezionalmente il rinvio della udienza ad altra data, essendo di regola sufficiente una contenuta sospensione della trattazione del procedimento per consentire alla difesa di esaminare le nuove produzioni³¹⁸.

Per ciò che concerne gli esiti di questo procedimento essendo il riesame un mezzo di impugnazione completamente devolutivo, ai sensi dell'art. 309 co.9 c.p.p., il tribunale può riformare il provvedimento anche «per motivi diversi da quelli enunciati» nell'impugnazione; inoltre, può confermare il provvedimento «per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso»³¹⁹. Merita allora esaminare i possibili esiti decisori del procedimento di riesame: il tribunale può dichiarare l'inammissibilità della richiesta; può riformare il provvedimento impugnato, in senso favorevole o sfavorevole all'imputato anche per motivi diversi da quelli enunciati dal ricorrente nonché per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso³²⁰; infine, può annullare il provvedimento impugnato³²¹ sia perché l'ordinanza manca degli elementi essenziali indicati a pena di nullità, sia perché la motivazione dell'ordinanza è carente dei nuovi elementi introdotti dalla legge n. 47 del 2015³²².

Si evince dalla procedura una partecipazione dialettica delle parti, legittimate a presentare nuovi elementi di prova nel corso dell'udienza, che può esprimersi attraverso «quel gioco di interventi alternati o contestuali, quell'andirivieni di domande e di repliche, di asserzioni e negazioni»³²³ in cui si compendia il principio

³¹⁸ Sez. III, 6 maggio 2015, n. 22137, B.G. e altri, in C.E.D. *Cass.*, 263664; sez. II, 3 giugno 2015, n. 36451, S.A., in C.E.D. *Cass.*, 264545; sez. VI, 25 settembre 2014, n. 53720, F.L., in C.E.D. *Cass.*, 262092; contra sez. V 16 gennaio 2012, n. 13569, P.S., in C.E.D. *Cass.*, 253298.

³¹⁹ P. TONINI – C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, p. 518.

³²⁰ Il giudice del riesame cautelare reale, pur avendo il potere di confermare il provvedimento applicativo del sequestro per ragioni diverse da quelle indicate nel provvedimento impugnato, trova un limite nella necessaria correlazione ai fatti posti a fondamento della misura, che non possono essere sostituiti o integrati da ipotesi accusatorie autonomamente formulate in base a dati di fatto diversi, spettando, invece, al p.m. il potere di procedere nella fase delle indagini preliminari, in qualsiasi momento ed anche nel corso dell'udienza per il riesame delle misure cautelari, alle modificazioni fattuali della contestazione (così G. SPANGHER – A. GIARDA, *Codice di procedura penale commentato*, p. 1426).

³²¹ *Ibidem*.

³²² V. cap.2 par. 2.1.

³²³ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, p. 46.

dell'*audiatur et altera pars*, che rappresenta l'anima del contraddittorio medesimo³²⁴. Il carattere dialettico che contrassegna la procedura di riesame, quindi, è tutto incentrato sulla *ratio* giustificativa di tale istituto che, si è visto, consiste nell'offrire alla difesa un rimedio esperibile in tempi brevi, per attivare il controllo di un diverso organo giurisdizionale sulla correttezza sostanziale e formale della misura coercitiva³²⁵. Rimane immutata, però, l'assenza di un contraddittorio anticipato. Questo perché al procedimento di riesame non può essere attribuita sia la funzione di integrare il *deficit* di contraddittorio che sempre caratterizza il provvedimento applicativo della misura cautelare; sia quella di consentire la sindacabilità, sotto il duplice profilo della legittimità e della fondatezza nel merito, del provvedimento cautelare nella misura in cui risulti assicurata una di queste due finalità, non può che rimanere trascurata l'altra³²⁶.

In definitiva, il rimedio in cui consiste il riesame costituisce espressione di un altro connotato fondamentale del fenomeno giurisdizionale penale, consistente nell'esigenza che i provvedimenti pregiudizievoli per l'imputato non siano sottratti alla possibilità di controllo anche nel merito da parte di un altro giudice³²⁷.

Mezzo di impugnazione alternativo al riesame, previsto anche questo contro le sole ordinanze cautelari che dispongono una misura coercitiva per la prima volta, è il ricorso *per saltum* in cassazione. Per ricorso *per saltum* si intende la facoltà dell'indagato di impugnare l'ordinanza cautelare disposta dal giudice procedente direttamente con ricorso in Cassazione, "saltando", appunto, il giudizio di appello. Tale impugnazione è concessa esclusivamente all'imputato e al suo difensore, non anche al pubblico ministero. I motivi, però, a differenza del riesame possono riguardare soltanto la «violazione di legge», così il controllo di legittimità è limitato ai soli casi di motivazione inesistente o meramente apparente, e non all'adeguatezza delle linee argomentative o alla congruenza logica del discorso giustificativo della

³²⁴ M. L. DI BITONTO, *La libertà personale*, p. 880.

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ *Ibidem*.

³²⁷ M. L. DI BITONTO, *La libertà personale*, p. 881.

decisione³²⁸. La ratio dell'istituto è evidentemente quella di garantire un percorso processuale più celere qualora la parte fosse interessata soltanto o principalmente all'annullamento dell'ordinanza cautelare³²⁹. Per quanto riguarda il procedimento si applica la disciplina del ricorso in Cassazione³³⁰.

7. L'appello e il ricorso in cassazione

La centralità del ruolo rivestito dal riesame, nell'ambito dei rimedi esperibili dalle parti contro provvedimenti *de libertate*, è testimoniata anche dalla considerazione che gli altri due mezzi di impugnazione riconosciuti dal codice in tema cautelare, ovvero l'appello ex art. 310 c.p.p., nonché il ricorso per cassazione ex art. 311 c.p.p., si richiamano espressamente, per quanto concerne alcuni aspetti procedurali, all'art.309 c.p.p.³³¹. Il legislatore nell'*incipit* dell'art. 310 c.p.p. stabilisce che l'appello cautelare si applica «fuori dai casi previsti dall'art. 309 co.1»; mostra, così, la scelta inequivocabile di considerare l'istituto come uno strumento residuale rispetto alla richiesta di riesame. Pertanto, i provvedimenti oggetto del giudizio vengono individuati per esclusione rispetto a quelli impugnabili tramite riesame; sono tutte le ordinanze emesse in tema di cautela personale (dalla proroga del termine delle misure alle decisioni concernenti ogni trattamento relativo alla misura) diverse da quelle applicative per la prima volta di una misura coercitiva³³². L'appello, a differenza del riesame, è un mezzo di impugnazione limitatamente

³²⁸ Sez. un., 26 febbraio 1991, Bruno ed a., in C.E.D. *Cass.*, 186999. V. pure, con riguardo alla fisionomia del ricorso per violazione di legge in altri ambiti, Sez. un., 28 maggio 2003, Pellegrino, in C.E.D. *Cass.*, 224611; Sez. un., 28 gennaio 2004, Bevilacqua, ivi 226710; Sez. un., 29 maggio 2008, Ivanov, ivi 239692.

³²⁹ Anche perché, almeno in passato, la Sez. VI, 1 febbraio 2000, in C.E.D. *Cass.*, n. 218488 aveva chiarito che al giudice del riesame fosse negato ogni potere di integrazione dell'impianto argomentativo quando la motivazione fosse “radicalmente assente o meramente apparente”, o ancora “mancante in senso grafico” o consistente in mere “clausole di stile” di consistenza argomentativa nulla: permaneva invece il dovere, in capo a questo giudice dell'impugnazione, di colmare le carenze argomentative quando la motivazione fosse illogica o incompleta per la violazione dei canoni contenutistici di cui all'art. 292 c.p.p..

³³⁰ V. cap.2 par. 10.

³³¹ A. VIRGILIO, *Il riesame delle misure cautelari personali*, p. 66-67.

³³² Ciò che accomuna, però, i due mezzi di impugnazione è la finalità di garantire un controllo nel merito del provvedimento.

devolutivo³³³. Infatti, mentre il giudice del riesame ha gli stessi poteri e la stessa cognizione piena di quello che ha applicato la misura restrittiva e perciò può decidere anche sulla base di motivi differenti da quelli proposti a base della richiesta; il giudice d'appello, al contrario, è tenuto all'enunciazione contestuale degli specifici motivi sollevati dalle parti nel ricorso a pena di inammissibilità. Rispetto a questa premessa, in passato era sorto un problema legato ai poteri di cognizione del giudice d'appello che riguardava la possibilità, di produzione di nuovi atti e documenti in questa sede, negata da un indirizzo giurisprudenziale³³⁴ che faceva leva, sul mancato riferimento nell'art. 110 c.p.p. al co.9 dell'art. 309 c.p.p., che prevedeva questa facoltà. Tale giurisprudenza riteneva un'integrazione della piattaforma conoscitiva del giudice assolutamente incompatibile con l'appello cautelare, non essendo il potere cognitivo del tribunale suscettibile di spingersi oltre i confini tracciati dai motivi dell'appellante³³⁵. Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite con la sent. 18399/04, esplicitando che tanto il pubblico ministero quanto il difensore possono presentare al giudice d'appello elementi probatori nuovi ovvero preesistenti ma mai sottoposti o valutati dal giudice che ha applicato la misura³³⁶.

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo, tra legittimati a proporre appello vi è anche, oltre che l'imputato e il difensore contro i provvedimenti differenti da quelli che applicano per la prima volta una misura coercitiva, il pubblico ministero³³⁷, che può appellare contro le ordinanze del giudice che ha applicato una misura meno grave di quella da lui richiesta o che ha rigettato la domanda o che ha concesso la revoca o la sostituzione della misura. Il giudice competente è, anche in questo caso, il tribunale delle libertà che a pena di inammissibilità deve ricevere il ricorso entro

³³³ Necessita nella richiesta, a pena di inammissibilità, i motivi per cui il soggetto ritiene che il provvedimento debba essere annullato o modificato. I motivi hanno la funzione di «delineare l'oggetto del giudizio d'appello, circoscrivendone la relativa cognizione ai punti della decisione» che hanno formato oggetto di doglianza (cit. MENNA, *Il giudizio d'appello*, Esi, 1995, p. 133 ss.)

³³⁴ Sez. Un., 25 giugno 1997, n. 8, in C.E.D. Cass., 208313; Sez. VI, 2 giugno 1999, n. 2033, in C.E.D. Cass., 214319; Sez. I, 29 aprile 2010, n. 19992, in C.E.D. Cass., 247615.

³³⁵ A. NAPPI, *Guida al c.p.p.*, Giuffrè, 2007, p. 811.

³³⁶ Per una tesi intermedia v. Corte Cass., sez IV, Sent. 3213/1998.

³³⁷ La competenza spetta all'ufficio della procura presso il giudice che ha emanato l'ordinanza impugnata, mentre le competenze funzionali saranno esercitate dal magistrato che ha il proprio ufficio presso quel giudice; così approfondisce G. SPANGHER, *C.p.p. Commentato*, p. 1918.

dieci giorni dall'esecuzione o notificazione del provvedimento. Il tribunale decide entro venti giorni (termine ordinatorio). Per il resto il procedimento è costruito sul modello di quello del riesame. L'ordinanza del tribunale deve essere depositata in cancelleria entro trenta giorni dalla decisione, salvi i casi previsti dall'art. 310 co. 2 c.p.p.. L'esecuzione della decisione con cui il tribunale, accogliendo l'appello del pubblico ministero, dispone una misura cautelare, è sospesa fino a che la decisione non sia divenuta definitiva.

Il successivo art. 311 c.p.p. disciplina il ricorso per cassazione in materia cautelare. Il rimedio *de quo* trova la sua giustificazione nel richiamo che la Costituzione opera al co. 7 dell'art. 111, proprio in riferimento ai «provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali», per i quali è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge³³⁸. Costituisce una impugnazione esperibile contro i provvedimenti del tribunale del riesame e dell'appello. Il ricorso deve essere proposto entro dieci giorni dalla comunicazione o dalla notificazione dell'avviso di deposito del provvedimento che viene impugnato. Legittimati a ricorrere sono il difensore, l'imputato e il pubblico ministero che ha richiesto l'applicazione della misura e il pubblico ministero presso il tribunale delle libertà. La corte non può valutare nel merito le decisioni ma soltanto la mancanza, contraddittorietà o illogicità della motivazione del provvedimento impugnato e anche il travisamento della prova (elemento probatorio omesso, inventato o male interpretato). Si decide in camera di consiglio entro dieci giorni dalla ricezione degli atti osservando le forme dell'art. 127 c.p.p.³³⁹.

8. La parità conoscitiva tra giudice e difensore

Al di là delle prospettive *de iure condendo* di cui si tratterà in seguito³⁴⁰, la ricostruzione effettuata consente una riflessione sull'attività difensiva esercitabile *medio tempore*, cioè nel periodo che intercorre tra la richiesta del pubblico

³³⁸ A. VIRGILIO, *Il riesame delle misure cautelari personali*, p. 77.

³³⁹ Per un approfondimento v. TONINI, *Manuale di procedura penale*, p. 521.

³⁴⁰ V. cap.3.

ministero e l'avviso dell'interrogatorio. Va notato come la completezza della *discovery*, l'ampiezza della motivazione, la tempestività dell'informativa e la correttezza degli adempimenti esecutivi abbiano svariate ricadute sul concreto esercizio del diritto di difesa³⁴¹. Tutti questi adempimenti sono funzionali al garantire al soggetto di poter interloquire immediatamente con il proprio difensore sul tema cautelare³⁴². In linea con le indicazioni costituzionali (artt. 3, 13 co.1, 15 co.2, 24 co. 2 Cost.), la nuova norma processuale prospetta un diritto assoluto, disponibile e tendenzialmente incondizionato³⁴³, e non una semplice facoltà, al colloquio con il proprio patrono, anche in funzione dell'interrogatorio, e, quindi, prima di esso³⁴⁴. Questo permette al soggetto di godere di una competenza tecnica e giuridica che personalmente non possederebbe, e allo stesso tempo permette al difensore di esercitare la propria attività in maniera tempestiva e completa. Infatti, ciò che inficiava un corretto dispiegarsi della procedura di controllo *ex. art. 294 c.p.p.* era la mancanza di una diretta conoscenza degli atti da parte dell'imputato e del suo difensore, nonché la «subalternità cognitiva»³⁴⁵ del giudice per le indagini preliminari, il cui orizzonte conoscitivo era segnato dalle scelte del pubblico ministero³⁴⁶. Al cospetto del giudice, infatti, prima della riforma del 1995 l'imputato perveniva spesso non correttamente edotto degli elementi a suo carico, essendo la conoscenza degli addebiti e dei motivi della misura affidata alla sola ordinanza cautelare da consegnarsi in copia al momento della cattura *ex. art. 293*

³⁴¹A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Cedam, 2006, p. 335.

³⁴² L'art. 135 c.p.p. del 1930 abrogato nel 1988 non prevedeva il diritto al colloquio prima degli interrogatori; il colloquio era ammesso, previa autorizzazione, rimessa alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria procedente.

³⁴³ L'art. 104 c.p.p. (per come modificato dalla legge n. 103 del 2017, c.d. Riforma Orlando) prevede al primo comma che «L'imputato in stato di custodia cautelare ha diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della misura», ma nel co.3 disciplina che nel corso delle indagini preliminari e limitatamente ai delitti di mafia e terrorismo ed assimilati (art. 51, comma 3-*bis* e 3-*quater*), il diritto dell'indagato a conferire con il difensore può essere dilazionato, per un tempo non superiore a 5 giorni, con un decreto motivato emanato dal giudice su richiesta del pubblico ministero. Il giudice è tenuto ad accertare che sussistano «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela»: deve esserci il pericolo che attraverso il colloquio col difensore le indagini possano essere pregiudicate.

³⁴⁴A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Cedam, 2006, p. 356.

³⁴⁵ G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, p.1261.

³⁴⁶ L. GIULIANI, *Interrogatorio di garanzia [Annali III, 2010]*, Enciclopedia del diritto, Giuffrè, 2010, p. 787

comma 1 c.p.p., ovvero da notificarsi ai sensi del comma 2 del medesimo articolo. Una disciplina non solo non del tutto idonea ad integrare la garanzia prevista dall'art. 5 C.E.D.U.³⁴⁷, ma soprattutto insufficiente per un'adeguata difesa (e quindi passibile di censura anche alla luce dell'art. 6 co.3 lett. b C.E.D.U., là dove tale disposizione impone di assicurare all'imputato le condizioni necessarie per preparare la propria difesa)³⁴⁸. Anche la presenza del difensore (tra l'altro solo facoltativa, secondo la versione originaria della disciplina in esame) si rivelava una garanzia meramente formale, tenuto conto dell'impossibilità, da parte di quest'ultimo, di prendere conoscenza degli atti presentati a sostegno della richiesta cautelare: l'art. 293 comma 3 c.p.p. prescriveva infatti, tra gli adempimenti esecutivi, la necessità del deposito del solo provvedimento³⁴⁹. Inoltre, ad una difesa ignorante rispetto agli elementi indiziari dell'accusa si aggiungeva un giudice «senza braccia» e «senza occhi»³⁵⁰. È alla già citata legge n. 332 del 1995 che si deve il diritto del difensore di prendere cognizione, in un momento immediatamente successivo alla esecuzione del provvedimento, non solo – come in precedenza – dell'ordinanza applicativa emessa dal giudice ma anche della richiesta del pubblico ministero nonché del compendio probatorio a supporto della stessa³⁵¹. È la Corte Costituzionale che esplicita come la *ratio* fosse quella di «consentire al difensore pieno accesso agli atti depositati dal pubblico ministero, sul presupposto che, dopo l'esecuzione della misura cautelare, non sussistono ragioni di riservatezza tali da giustificare limitazioni al diritto di difesa»³⁵². Viene così imposta una anticipazione della *discovery* degli atti di indagine prima rinviata alla fase della impugnazione, con il proposito e l'effetto di rendere funzionale la conoscenza così acquisita ad una immediata realizzazione del contraddittorio sulla cautela³⁵³. Ci sono voluti, però,

³⁴⁷ O. MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea*, Giappichelli, 2005, p.58.

³⁴⁸ L. GIULIANI, *Interrogatorio di garanzia [Annali III, 2010]*, Enciclopedia del diritto, Giuffrè, 2010, p. 787

³⁴⁹ *Ibidem*.

³⁵⁰ M. NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito?* in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, 1998, p. 31 s..

³⁵¹ L. GIULIANI, *Editoriale*, p. 1568.

³⁵² C. cost. 24 giugno 1997, n. 192, in *Giur. cost.*, 1997, 1876; e ancora prosegue affermando come debba «essere consentito il pieno esercizio del diritto di difesa [...], assicurando al difensore la più ampia ed agevole conoscenza degli elementi su cui è fondata la richiesta del pubblico ministero».

³⁵³ L. GIULIANI, *Editoriale*, p. 1568.

circa dieci anni affinché la giurisprudenza delle sezioni unite della cassazione attuasse questa tutela affermando che la conoscenza degli atti dovesse essere necessariamente anticipata rispetto all'interrogatorio di garanzia³⁵⁴. Essa, infatti, affermava che gli adempimenti non dovevano avere luogo con carattere di immediatezza e aggiungeva che ciò non comportava di per sé la nullità dell'ordinanza che disponeva la custodia cautelare, non essendo tale conseguenza, nel contesto del principio di tassatività delle nullità³⁵⁵, espressamente prevista, ma nemmeno «violazione del diritto di difesa, assicurato dall'interrogatorio di garanzia»³⁵⁶. In conclusione, la Cassazione riteneva che il diritto di difesa fosse assicurato dall'avviso e dall'interrogatorio di garanzia. Come accennato, solo nel 2005 la Cassazione ha ribadito che «l'omesso deposito dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare, della richiesta del pubblico ministero e degli atti allegati, compromette ingiustificatamente il debito esplicarsi del diritto di difesa e pertanto determina la nullità dell'interrogatorio dell'indagato o dell'imputato ai sensi degli artt. 178 comma 1 lett. c, 180 e 182 c.p.p.»³⁵⁷, con la conseguente perdita di efficacia della misura. Con queste modifiche si è giunti ad una parità conoscitiva tra difensore e giudice; entrambi possono basarsi per le rispettive valutazioni sugli stessi atti che il pubblico ministero decide di porre a fondamento della richiesta cautelare. Infatti, le interpretazioni precedenti trascuravano i tratti essenziali del

³⁵⁴ Cass., sez. un., 28 giugno 2005, Vitale, in Cassazione penale, p. 3260 s.; inoltre in Cass. 12 febbraio 1997, Riccioli, cit.; in senso conforme Cass. 27 aprile 1994, Agnello, cit.; Cass. 26 gennaio 2000, Bellante, in Cass. pen., 2001, 1547; Cass. 20 novembre 2003, Croce, in Mass. CED, n. 226632.

³⁵⁵ L'art. 177 c.p.p. enuncia il principio di tassatività per le ipotesi di nullità: questa causa di invalidità colpisce solo quegli atti del procedimento che sono stati effettuati senza osservare quelle disposizioni che il legislatore appunto richiede a pena di nullità. Per la giurisprudenza l'ipotesi della mancata *discovery* anticipata degli atti da parte del difensore non solo non poteva rientrare nei casi di nullità speciale, cioè in quelli previsti per una determinata inosservanza precisata nella *species*: questo perché il legislatore non richiede questa attività del difensore "a pena di nullità". Ma, per la giurisprudenza non rientrava neppure tra le ipotesi nullità generali, cioè quelle previste per ampie categorie di inosservanze, indicate all'art. 178 c.p.p.. Infatti, l'art. 178 lett. c, anche se prevede tra le varie ipotesi anche «la rappresentanza dell'imputato», la giurisprudenza non riteneva che questa facoltà del difensore vi rientrasse, essendo il diritto di difesa comunque pienamente garantito dall'interrogatorio di garanzia.

³⁵⁶ Cit. Cass., sez. un., 28 giugno 2005, Vitale, in Cassazione penale, p. 3260 s.

³⁵⁷ Cass., sez. un., 28 giugno 2005, Vitale. Cassazione penale, Milano, p. 3260 s., 2005, con nota di GIULIANI, Livia. Nullità dell'interrogatorio "di garanzia" per omesso deposito degli atti ex art. 293 comma 3 c.p.p.: le Sezioni unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare. Cassazione penale, Mila-no, 2005, p. 3265 s.

diritto al contraddittorio. E, per giunta, rispetto ad una situazione in cui già tale diritto sembrava integrare gli estremi di una minorata difesa, per il fatto di svolgersi in un momento successivo alla richiesta proveniente dal pubblico ministero e alla stessa decisione della cui legittimità si doveva discutere³⁵⁸. Si deve ricordare, al proposito, che vi è «una condizione minima perché il dialogo a battute asincrone possa ancora qualificarsi contraddittorio, ed è che ognuno degli antagonisti conosca non soltanto l'oggetto della contesa, ma anche la posizione e gli argomenti dell'altro, per poter 'contraddire'»³⁵⁹. Di qui, in primo luogo, la necessità logica, ancor prima che giuridica, che la difesa venga posta in condizione di conoscere — quali coordinate essenziali per il futuro “dibattito” — non solo l'ordinanza cautelare ma anche, secondo quanto previsto dall'art. 293 comma 3 c.p.p., la richiesta del pubblico ministero e gli atti posti a sostegno della medesima³⁶⁰.

9. La non sovrapponibilità dell'interrogatorio di garanzia al contraddittorio

Nonostante il tentativo del legislatore di calibrare esigenze di efficienza e di garanzia, il modo in cui è tutelato il diritto al contraddittorio della persona sottoposto a misura cautelare, quale funzione difensiva, non appare soddisfacente³⁶¹. Lo svolgimento del contraddittorio ha inizio dalla cancelleria del giudice, la quale dà tempestivo avviso del compimento dell'interrogatorio al pubblico ministero e al difensore³⁶². Il mancato avviso al difensore di fiducia, nominato prima che l'interrogatorio di garanzia sia stato disposto dal giudice

³⁵⁸ L. GIULIANI, *Interrogatorio di garanzia [Annali III, 2010]*, Enciclopedia del diritto, Giuffrè, 2010, p.791.

³⁵⁹ GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, p.1.

³⁶⁰ L. GIULIANI, *Interrogatorio di garanzia [Annali III, 2010]*, Enciclopedia del diritto, Giuffrè, 2010, p.791.

³⁶¹ A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, p. 139.

³⁶² P. TONINI – C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, p. 501; continua precisando in nota che «tempestivo è quell'avviso che mette il difensore in grado di intervenire all'atto in modo da fornire un'assistenza professionalmente adeguata e di conferire con l'imputato prima dell'interrogatorio (art.104 c.p.p.).

competente, produce una nullità generale a regime intermedio (art. 178 lett. c) che, se ritualmente rilevata dalla difesa, invalida il successivo interrogatorio e determina la conseguente immediata perdita di efficacia della restrizione³⁶³. Soltanto il difensore ha l'obbligo di intervenire all'atto; viceversa, il pubblico ministero può anche non essere presente³⁶⁴. Il compito di svolgere le domande spetta al giudice³⁶⁵ e quest'ultimo conduce l'interrogatorio con le modalità indicate dagli artt. 64 e 65 c.p.p.³⁶⁶. Da ciò si possono evincere degli elementi che non permettono di ravvisare una piena sovrapposibilità dell'interrogatorio di garanzia col contraddittorio.

La prima considerazione riguarda la partecipazione del difensore. Seppur, infatti, il difensore debba obbligatoriamente partecipare il suo ruolo resta un ruolo solo passivo, in quanto deve limitarsi ad assistere alle domande del giudice senza poterne suggerire³⁶⁷. Inoltre, è previsto dal codice di rito che il colloquio col difensore possa essere posticipato limitatamente ai delitti di mafia e terrorismo ed assimilati (art.

³⁶³ Sez. un., 26 marzo 1997, Procopio, in C.E.D. *Cass.*, 208269.

³⁶⁴ P. TONINI – C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, p. 501.

³⁶⁵ *Ibidem*; come si approfondirà meglio successivamente in realtà il giudice può avere difficoltà a svolgere l'interrogatorio perché le indagini sono state condotte dal pubblico ministero. Dall'altra parte, il pubblico ministero sarebbe capace di porre direttamente le domande, poiché conosce bene i risultati delle indagini. Il codice però glielo impedisce: può esclusivamente chiedere che il giudice rivolga determinate domande all'indagato.

³⁶⁶ L'art. 64 c.p.p. prevede che «La persona sottoposta alle indagini, anche se in stato di custodia cautelare o se detenuta per altra causa, interviene libera all'interrogatorio, salve le cautele necessarie per prevenire il pericolo di fuga o di violenze. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interrogata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti. Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che: a) le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti; b) salvo quanto disposto dall'articolo 66, comma 1, ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso; c) se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'articolo 197 e le garanzie di cui all'articolo 197-bis. L'inosservanza delle disposizioni di cui al comma 3, lettere a) e b) rende inutilizzabili le dichiarazioni rese dalla persona interrogata. In mancanza dell'avvertimento di cui al comma 3, lettera c), le dichiarazioni eventualmente rese dalla persona interrogata su fatti che concernono la responsabilità di altri non sono utilizzabili nei loro confronti e la persona interrogata non potrà assumere, in ordine a detti fatti, l'ufficio di testimone».

L'art. 65 c.p.p. prevede che «L'autorità giudiziaria contesta alla persona sottoposta alle indagini in forma chiara e precisa il fatto che le è attribuito, le rende noti gli elementi di prova esistenti contro di lei e, se non può derivarne pregiudizio per le indagini, gliene comunica le fonti. Invita, quindi, la persona ad esporre quanto ritiene utile per la sua difesa e le pone direttamente domande. Se la persona rifiuta di rispondere, ne è fatta menzione nel verbale. Nel verbale è fatta anche menzione, quando occorre, dei connotati fisici e di eventuali segni particolari della persona.

³⁶⁷ Inoltre, manca la possibilità di chiedere uno spostamento dell'udienza per poter consultare più adeguatamente gli atti e rendere effettiva la difesa».

51, comma 3-bis e 3-quater) per «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela»³⁶⁸ per un tempo non superiore a 5 giorni, con un decreto motivato emanato dal giudice su richiesta del pubblico ministero. Il giudice è tenuto ad accertare il pericolo che attraverso il colloquio col difensore le indagini possano essere pregiudicate. Quest'ultima disciplina è ritenuta da alcuni insuscettibile di dar luogo a dubbi di costituzionalità³⁶⁹, attesa la presenza del legale all'atto, idonea per ciò stesso a garantire la parità processuale³⁷⁰. Ma dubbi di legittimità costituzionale, rispetto al diritto di uguaglianza, al diritto a non subire violenza fisica o morale quando si è ristretti nella libertà personale e rispetto al diritto di difesa³⁷¹, sorgono quando si limita questo diritto a ridosso dell'interrogatorio di garanzia per diversi interessi di giustizia³⁷²; al contrario, l'interrogatorio dell'imputato in custodia cautelare non può più costituire il momento discriminante fra il tempo in cui sono impediti e il tempo in cui sono consentiti i colloqui con il difensore³⁷³. Così, è evidente come in

³⁶⁸ V. anche art. 104 e nota 272 par. 4.1.

³⁶⁹ Cass., Sez. I, 12 ottobre 1995, Agostino, in Giur. it, con nota adesiva di L. IAFISCO, *Due ipotesi controverse di nullità dell'interrogatorio ex art. 294 c.p.p.* per il quale tale disciplina non presenta alcun elemento di contrasto con il principio di uguaglianza sancito dalla Costituzione e neppure con l'art. 6 C.e.d.u., le cui clausole non precludono minimamente una ragionevole posticipazione del primo contatto fra accusato in stato di restrizione della libertà e difensore, nel superiore interesse dell'amministratore della giustizia; tanto più che la legge processuale assicura un controllo giurisdizionale sulla legittimità del provvedimento *ex ante* e non *ex post*, come nel caso dell'arresto e del fermo.

³⁷⁰ A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, p. 358.

³⁷¹ Rispetto agli artt. 3, 13 co.4 e 24 co.2 Cost.. Per un approfondimento v. A.A. DALIA – D. CIMADOMO, voce Difensore (dir. proc. pen.), in Enc. dir., Vol. III, Agg., 1999, p.508 ss.

³⁷² Infatti, il differimento può protrarsi fino a cinque giorni, termine entro il quale deve essere effettuato anche l'interrogatorio di garanzia.

³⁷³ G. CONSO, *Relazione al progetto preliminare 1988*, p. 46.; inoltre, continua evidenziando come «un diverso modo d'intendere la deroga alla previsione rischia di far scemare in maniera considerevole la tutela e le garanzie che la norma intende salvaguardare» e cita M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, p.78. che chiarisce come «il temperamento concesso ad una immediata presa di contatto porta a sovvertire progressivamente l'ordine metodologico tra regola ed eccezione». In senso contrario, però, R.E. KOSTORIS, *Commento all'art. 1 l. n. 332/1995*, in Aa. Vv., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Cedam, 1995, p. 51, che ritiene che il differimento preserverebbe la genuinità dell'interrogatorio. E, ancora, V. GREVI, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantiste ed efficienza del processo*, Giuffrè, p. 22; che ritiene la deroga fisiologica rispetto ad eventuali rischi di connivenza tra imputato e difensore. E, in ultimo, P. CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?* in Ind. Pen, 1999, p. 1079; che appare «diffidente del difensore e timoroso per le conseguenze del suo intervento. Il detenuto non deve parlare con il difensore perché quest'ultimo potrebbe assumere il ruolo di tramite tra carcere e ambiente esterno e assicurare anche formalmente a favoreggiatore».

questi casi il diritto di difesa rimanga riconosciuto solo formalmente e si leda la partecipazione paritaria tra accusa e difesa, perché viene tutelata la «difesa personale» ma non anche la «difesa tecnica»³⁷⁴. Si può inoltre riflettere sulla insoddisfacente presenza obbligatoria del difensore, introdotta con l'art. 12 della legge n. 63 del 2001 all'art. 294 co.4³⁷⁵, al fine di assicurare la garanzia fondamentale del «giusto processo»³⁷⁶: questa è garanzia di parità dialettica tra accusa e difesa, nel senso della reciprocità e della idoneità dell'una a controbilanciare l'altra in funzione delle opposte prospettive, in modo da assicurare il contraddittorio e il rispetto delle garanzie a questo funzionali e connesse³⁷⁷. La Suprema Corte ha puntualizzato come la previsione opera nel solo caso dell'interrogatorio di garanzia e non per la disciplina dell'interrogatorio reso al pubblico ministero, per il quale si continua ad applicare l'art. 364 c.p.p., il quale prevede il diritto alla presenza del difensore come non obbligatoria, per questo motivo, purché ci sia stato tempestivo avviso, l'assenza del difensore non impone né la sospensione dell'atto, né la nomina del difensore d'ufficio³⁷⁸. Invece, per ciò che riguarda l'interrogatorio di garanzia il legislatore parla di «obbligo di intervenire»³⁷⁹, è dunque un obbligo imposto dalla legge in cui difensore è figura *sine qua non*, cioè necessaria³⁸⁰ (in caso di violazione si integra una nullità assoluta³⁸¹ con perdita di efficacia della misura e inutilizzabilità dell'atto). Da questa disciplina se ne fa conseguire, in mancanza del difensore, la necessità della nomina di un difensore d'ufficio³⁸². A consolidare l'impostazione secondo la quale si tratta di una presenza «necessaria», induce la *ratio* cui è proteso l'intervento

³⁷⁴ Senza, inoltre, dimenticare di sottolineare come ciò possa essere in contrasto con l'art. 5 C.e.d.u. nella parte in cui riconosce il diritto di ogni persona detenuta o arrestata di essere tradotta al più presto dinanzi ad un giudice e di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere posta in libertà durante l'istruttoria.

³⁷⁵ La versione originaria dell'art. 294 prescriveva soltanto una semplice facoltà del difensore.

³⁷⁶ A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, p. 399.

³⁷⁷ P. FERRUA, voce *Difesa*, p. 467.

³⁷⁸ Cass., sez. II, 20 novembre 2002, Purpura, in *Guida al dir.*, 2003, p.81.

³⁷⁹ V. art. 294 c.p.p..

³⁸⁰ F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2003, p. 285.

³⁸¹ *Ex. art.* 179 co.1 c.p.p.

³⁸² Nonché *ex. art.* 97 co.4. di altro difensore immediatamente reperibile, in caso di mancato reperimento, di non comparsa ovvero di abbandono della difesa da parte del difensore di fiducia o d'ufficio.

difensivo³⁸³. La norma non mira a proteggere il soggetto costretto *in viculis* dall'*edere contra se*³⁸⁴: a sollecitare la protezione dell'imputato sarebbero i pericoli derivanti da dichiarazioni etero accusatorie, dalle quali possono scaturire ex art. 64 co.3 lett. c) c.p.p.³⁸⁵ futuri obblighi testimoniali³⁸⁶. La presenza del difensore sarebbe quindi finalizzata alla tutela delle scelte dell'indagato che durante il procedimento è tenuto ad effettuare. Questa, tuttavia, seppur necessaria, come già accennato, non è del tutto soddisfacente; infatti, convive con alcune discrasie della prassi che ne svuotano l'efficacia. Tra queste, l'avviso al difensore, che deve essere effettuato tempestivamente per garantire la sollecita convocazione del legale, non ha modalità vincolate e tipiche. Questo lo rende molto diverso dalle notificazioni, ritenute sul piano applicativo, il giusto punto di equilibrio verso il quale confluiscono i diversi interessi della difesa e dello *status libertatis*, di cui è titolare la persona da interrogare, da un lato; e quello della pronta conduzione dell'atto, di cui è responsabile l'autorità giudiziaria, dall'altro³⁸⁷. Questa atipicità è molto diversa dalle forme tradizionali con cui è procurata la conoscenza legale delle attività giudiziarie e vanifica, spesso, il diritto del destinatario di verificare l'ufficialità dell'avviso o della convocazione³⁸⁸ del suo legale di fiducia. Bisogna quindi evidenziare che la presenza necessaria del difensore ex art. 294 co. 4 c.p.p. rappresenta, di per sé, una doverosa garanzia ma non può costituire un succedaneo del diritto di difesa, così come assicurato dalla trama delle altre

³⁸³ A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, p. 394; F. CORDERO, *Procedura penale*, 7° ediz., 2003, p. 285.

³⁸⁴ P. BRONZO, *Tutela cautelare e «giusto processo»*, in Aa. Vv. *Guida alla riforma del giusto processo*, a cura di G. LATTANZI, 2002, p. 161; R. CANTONE, *Il giusto processo*, 2001, p.85; A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, p. 394, il quale continua affermando come se questa fosse stata la giustificazione della modifica normativa, quell'esigenza avrebbe imposto l'adozione della disposizione fin dall'entrata in vigore del nuovo rito ovvero in ogni altro, successivo, intervento operato sull'impianto codicistico del 1988.

³⁸⁵ Questo articolo rubricato «Regole generali per l'interrogatorio» prevede che se un soggetto rende durante l'interrogatorio dichiarazioni su fatti che riguardano la responsabilità di terzi, sarà tenuto ad assumere, in ordine a questi fatti, l'ufficio di testimone. Prima che abbia inizio l'interrogatorio la persona deve essere avvertita di questa evenienza a pena di inutilizzabilità di queste stesse dichiarazioni nei confronti dei terzi e divieto della persona interrogata di assumere, riguardo a questi fatti, l'ufficio di testimone.

³⁸⁶ *Ibidem*.

³⁸⁷ Sez. I, 17 luglio 1999, Soriano, in C.E.D. *Cass.*, n. 214021.

³⁸⁸ A. MACCHIA, *Commento all'art. 149 c.p.p.*, p. 206.

disposizioni codicistiche³⁸⁹: la presenza del difensore è una condizione necessaria per istaurare un rapporto processuale, ma non sufficiente ad assicurare un reale contraddittorio³⁹⁰.

La seconda considerazione riguarda la posizione del pubblico ministero. Si osserva che il contraddittorio si impernia tutto in una contrapposizione dualistica funzionale alla persuasione di un terzo, nella quale le parti devono poter disporre di strumenti adeguati per influenzare il corso del procedimento e il suo esito finale; mentre di tutt'altro segno è lo schema che si realizza nell'interrogatorio in parola³⁹¹. Ben difficilmente, la mera deposizione dell'interrogato può essere considerato un mezzo adeguato a contrastare le copiose allegazioni del pubblico ministero sulla cui base è stato emesso il provvedimento³⁹². Senza contare che la presenza del pubblico ministero è solo facoltativa, in quanto con difficoltà ne potranno derivare conseguenze pregiudizievoli per l'accusa. A questo riguardo, è da aggiungere come la mancata presenza dell'accusa possa implicare negativamente un ritardo nella valutazione da parte del giudice delle richieste difensive sviluppate a seguito delle dichiarazioni rese dall'indagato e degli elementi favorevoli introdotti, dovendosi attendere il parere del pubblico ministero³⁹³ per sostituire o revocare il provvedimento³⁹⁴.

La terza considerazione è legata alle cadenze temporali piuttosto serrate che connotano l'intero meccanismo di controllo, anche se chiaramente finalizzate alla tutela della libertà dell'imputato, finiscono per ripercuotersi in chiave negativa nei confronti del medesimo soggetto, rendendo difficoltoso in concreto l'esercizio delle prerogative difensive³⁹⁵. Se da un lato, infatti, la compressione anticipata della

³⁸⁹ L. GIULIANI, *Interrogatorio di garanzia*, p. 793.

³⁹⁰ V. BONINI, *Commento all'art. 12 l. 1/3/2001 n. 63*, in *Legisl. pen.*, 2002, p.258.

³⁹¹ M. L. DI BITONTO, *Libertà personale*, p. 879.

³⁹² *Ibidem*.

³⁹³ SPANGHER, *Obbligatoria la presenza del difensore all'interrogatorio di garanzia*, In *Giusto processo* a cura di Tonini, Cedam, 2001, p.429.

³⁹⁴ L'art. 299 co. 3-bis c.p.p. dispone così «Il giudice, prima di provvedere in ordine alla revoca o alla sostituzione delle misure coercitive e interdittive, di ufficio o su richiesta dell'imputato, deve sentire il pubblico ministero. Se nei due giorni successivi il pubblico ministero non esprime il proprio parere, il giudice procede».

³⁹⁵ MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, in *Il giusto processo* a cura di Kostoris, Giappichelli, 2002, p.406.

libertà personale esige riscontri rapidi sia nell'intervento, sia nel controllo³⁹⁶; dall'altro, questi brevi termini creano delle problematiche pratiche legate alla presa di contatto tra difensore ed assistito e concernenti i tempi per conoscere e studiare tutti gli atti al fine di preparare una effettiva difesa.

L'ultima considerazione riguarda il contenuto stesso del principio del contraddittorio. Questo, infatti, prevede che la parte sia posta in grado di conoscere i presupposti di fatto utilizzabili dal giudice e di esporre le proprie ragioni *prima* che sia emesso un provvedimento che produrrà effetti nei suoi confronti. Inoltre, questo si attua anche garantendo il diritto costituzionale (ex. art. 111 co.3) dell'imputato di interrogare e far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico; tale diritto deve essere esercitato davanti al giudice già nel corso delle indagini preliminari e quindi anche e soprattutto dopo la esecuzione di una misura coercitiva custodiale³⁹⁷. Le norme del codice attualmente vigenti riconoscono all'indagato il diritto a confrontarsi con l'accusatore soltanto rispetto all'imputato connesso o collegato. Infatti, è sufficiente la richiesta di incidente probatorio perché il giudice sia tenuto a disporre l'esame dell'imputato connesso o collegato o l'esame dell'indagato sul fatto altrui (art. 392 co. 1 lett. c e d)³⁹⁸. Analogo diritto a confrontarsi non è garantito rispetto al testimone che ha reso dichiarazioni a carico; questi di regola può essere esaminato in incidente probatorio soltanto se è in fin di vita o è stato minacciato³⁹⁹. In tale ipotesi l'art. 111 Cost. è ancora in attesa di una piena attuazione, resa peraltro indispensabile in base alla considerazione che l'indagato è presunto innocente anche ai fini della applicazione delle misure cautelari⁴⁰⁰.

In conclusione, l'interrogatorio di garanzia appare più un mezzo di difesa che un congegno di attuazione del contraddittorio⁴⁰¹. Ed è questo il nodo centrale che

³⁹⁶ A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, p.148.

³⁹⁷ A. MOLARI, *Introduzione alla tavola rotonda*, in Aa. Vv., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Atti del convegno organizzato dall'associazione tra gli studiosi del processo penale, Ferrara, 13-15 ottobre 2000, Milano, 2002, p. 137.

³⁹⁸ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2001, p. 482.

³⁹⁹ Ibidem.

⁴⁰⁰ Ibidem.

⁴⁰¹ M. L. DI BITONTO, *Libertà personale*, p. 879.; v. anche A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, p. 607 s.; per una rassegna di orientamenti giurisprudenziali v. L. GIULIANI, *Nullità dell'interrogatorio di garanzia*, p. 3269.

l'evoluzione dell'istituto (da potere-dovere di verifica da parte del giudice, da compiersi sulla scorta delle dichiarazioni di un indagato ristretto e sostanzialmente inerme, a diritto al contraddittorio dell'imputato) consegna ora agli interpreti insieme all'esigenza di prospettare *de iure condendo* più compiute modalità di difesa⁴⁰².

10. L'esigenza di rafforzamento di un contraddittorio posticipato di fronte allo stesso giudice

Vi è da chiedersi, a questo punto, se non sia giunto il momento di considerare un intervento normativo che abbia almeno per oggetto proposte coinvolgenti l'attuale schema procedimentale: l'idea è quella di rafforzare le modalità e i contenuti del confronto fra le parti⁴⁰³ nell'interrogatorio di garanzia. Invero, parte della dottrina, ritiene che se s'intende la giurisdizione quale metodo di tutela di situazioni soggettive o quale diritto di *contra dicere* sulla questione, è chiaro che il sistema vigente, pur difettoso, è capace di soddisfare tale garanzia⁴⁰⁴. Per questi motivi, occorre superare la pretesa necessità di costruire un modello decisorio triadico tendenzialmente simmetrico⁴⁰⁵: una parità delle parti non sarà perseguibile non foss'altro perché è una delle parti ad attivare il giudice, vantando un diritto potestativo ad ottenere una decisione⁴⁰⁶. Ove si volesse perseguire questa logica, sarebbe necessario prendere in considerazione – parallelamente – un rafforzamento del ruolo del difensore dell'indagato⁴⁰⁷ e un rafforzamento dei poteri del giudice.

⁴⁰² L. GIULIANI, *Interrogatorio di garanzia*, p. 795.

⁴⁰³ La prospettiva non è condivisa da quanti identificano la procedura cautelare in termini di sequela a «formazione progressiva» che termina con il giudizio di riesame, in questo senso v. G. RICCIO, *Introduzione*, in Aa. Vv. *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, Atti del convegno (Firenze 7 maggio 1996), Napoli, 1997, p. 16.

⁴⁰⁴ C. CONTI – P. TONINI, *Custodia cautelare e struttura del processo: come perseguire una durata ragionevole*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p.363.

⁴⁰⁵ S. MONTONE, *Prassi cautelare e proposte di intervento: note a margine*, in Aa. Vv., *Il giudice delle indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Atti del Convegno (Mattinata, 23-25 settembre 1994), Milano, 1996, p. 239.

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

⁴⁰⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, p. 568; G. GIOSTRA, *Il giudice delle indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, p. 1262.

Per ciò che concerne i poteri del giudice, un indirizzo dottrinale propone la trasmissione del pubblico ministero al momento della domanda cautelare dell'intero fascicolo delle indagini preliminari, cosicché il giudice possa valutare l'intera documentazione in *favor libertatis* in maniera autonoma. Si esonera così il pubblico ministero dal compito di scegliere gli atti anche a favore dell'indagato da porre a base della richiesta cautelare. Si avverte come, però, occorrerebbe modificare il quadro normativo delle competenze del g.i.p., al fine di rendere effettivo tale ruolo di garanzia, anche affidando allo stesso la responsabilità diretta della gestione di un vero e proprio "fascicolo della libertà" per la fase delle indagini preliminari, proprio presso l'ufficio del g.i.p. che emise il titolo restrittivo⁴⁰⁸. Questo ampliamento dei poteri istruttori non costituirebbe motivo di incompatibilità tra il giudice che procede all'interrogatorio e quello che ha disposto la misura⁴⁰⁹: nel caso in cui il giudice disponga il titolo cautelare e provveda, successivamente, all'interrogatorio non sembrano ricorrere le condizioni sulle quali riposa l'incompatibilità che trova il proprio punto focale nella tipologia delle pronunce che il giudice è chiamato ad assumere⁴¹⁰, e segnatamente, nel pregiudizio che esse possono determinare nel giudice, rispetto alle parti, in relazione allo sviluppo del procedimento⁴¹¹. Sintetizzando ciò che "pregiudica" la necessaria imparzialità dell'organo giudicante è che questi abbia conosciuto e valutato le

⁴⁰⁸ E. ROSI, *Un giudice gatekeeper per la libertà personale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 1412.; ma ad una tale proposta si oppone, tuttavia, la giurisprudenza v. Cass., Sez. IV, 28 settembre 2001, Patruno, in CED, dove riconosce come il sistema per conservare la terzietà, sulla quale è strutturata ontologicamente la terzietà del g.i.p. «non prevede che egli quando sia stato chiamato a rendere uno specifico atto, debba formare e custodire un fascicolo che lo costituisca permanentemente incaricato di svolgere una qualche nuda funzione, neppure di controllo o di stimolo o qualcos'altro nei riguardi dell'attività del pubblico ministero; funzione non prevista dalla legge e, pertanto, predicabile di arbitrarietà se esplicita».

⁴⁰⁹ G. DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale*, Giappichelli, 2000, p. 83.

⁴¹⁰ La coincidenza funzionale permette di realizzare appieno le finalità cui l'atto è predisposto: affinché possa sviluppare i suoi scopi e le sue funzioni l'interrogatorio deve essere condotto da colui che è a conoscenza delle ragioni giustificatrici del provvedimento cautelare (così in A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, p. 230). La soluzione si pone in linea con il pensiero legislativo che, sotto l'aspetto ordinamentale, canalizza tutte le richieste delle parti, nel corso delle investigazioni, verso il medesimo organo giudicante, chiamato a decidere con completa cognizione, tutte le vicende relative alla concreta *rei giudicanda*, così da assicurare continuità allo svolgimento delle sue funzioni: competente all'interrogatorio di garanzia sarebbe lo stesso giudice che ha emesso la misura (*ibidem*).

⁴¹¹ G. DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale*, Giappichelli, 2000, p. 83.

risultanze delle indagini e, su tali basi, abbia assunto una delibazione in ordine al fatto addebitato; mentre la sede “pregiudicata”, vale a dire il contesto procedimentale in cui la predetta delibazione “pregiudicante” determina l’estromissione del giudice, è la valutazione sul merito dell’accusa⁴¹². In questo caso però il giudice non effettua una valutazione sul merito dell’accusa quando applica la misura, ma sulla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza e di almeno un’esigenza cautelare, e successivamente in sede di interrogatorio è tenuto a pronunciarsi sul persistere di questi presupposti o sull’esistenza originaria degli stessi potendosi in questa sede basare però anche sugli atti di difesa dell’indagato. Sulla stessa linea, si è pensato in dottrina anche di ampliare i poteri istruttori del giudice⁴¹³. Questo non farebbe correre il rischio di trasformarlo in una specie di giudice istruttore, perché, in ogni caso, la sfera della sua cognizione rimarrebbe pur sempre limitata alla tematica cautelare, secondo il tradizionale criterio della competenza *ad acta*, ma soprattutto perché il suddetto potere dovrebbe comunque rimanere circoscritto all’acquisizione di elementi, o allo svolgimento di accertamenti, la cui utilità ai fini del decidere sia emersa dal confronto dialettico delle parti⁴¹⁴. Si dovrà di conseguenza scegliere se questo potere di integrazione probatoria possa essere esercitato *ex officio* o su richiesta di parte, magari utilizzando l’istituto dell’incidente probatorio. Ad ogni modo, qualora si volesse ammettere un potere istruttorio questo dovrebbe essere esercitato – residualmente – solo a fronte dell’incompletezza, insufficienza o ambiguità del quadro probatorio⁴¹⁵, perché ammettere lo svolgimento di un’attività istruttoria in questa fase significherebbe appesantire ancora di più il processo.

Per quanto concerne il difensore, per rafforzare il contraddittorio posticipato si potrebbe riconoscere anche a questo, oltre che al pubblico ministero, la facoltà di controesaminare il proprio assistito, per meglio esercitare una difesa attiva,

⁴¹² M. L. DI BITONTO, *Fondamenti di procedura penale*, p. 200.

⁴¹³ V. per approfondire L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell’indagato e alternative al silenzio*, Giappichelli, 2000, p. 173 ss.; O. MAZZA, *L’interrogatorio e l’esame dell’imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, 2004, p. 207 e 212.

⁴¹⁴ V. GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari personali*, p.112.

⁴¹⁵ A. MARANDOLA, *L’interrogatorio di garanzia*, p. 621.; così anche M. CHIAVARIO, *Interventi e comunicazioni*, in Aa. Vv., *Il giudice delle indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, p.209; G. ILLUMINATI, *Relazione*, p. 34.

rendendola partecipe di una dialettica con la persona sottoposta alla misura, al fine di far assurgere all'atto la sua efficacia euristica, sia nella valutazione dei presupposti e delle esigenze di cui agli artt. 273 e 274 c.p.p., sia, come è di fatto, ai fini della valenza probatoria⁴¹⁶. Un'altra proposta è quella riguardante la tempestività dell'avviso al difensore del compimento dell'audizione⁴¹⁷. Infatti, il riconoscimento a livello sovranazionale del diritto del patrocinatore di poter usufruire del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la difesa richiede di superare il profilo formale della presenza difensiva tesa a garantire la validità dell'atto a tutto vantaggio di una tutela sostanziale⁴¹⁸. A ben vedere, infatti, più che l'aspetto tecnico si privilegia il momento della mera presenza come requisito formale della validità degli atti al fine di un agevole esercizio della funzione giurisdizionale⁴¹⁹. L'avviso deve, perciò, essere effettivo e celere con informazioni complete fin dal momento in cui il soggetto è ristretto nella sua libertà personale. Infine, si aggiunge l'ulteriore problema dei tempi strettissimi per svolgere l'interrogatorio e di conseguenza di quelli per prepararlo. I celeri tempi per la *discovery* e il quantitativo enorme degli atti di cui si compone rendono difficile la produzione di un qualsiasi contributo difensivo che non si risolva in pure «considerazioni di ordine logico-giuridico volte ad evitare un'acritica adesione all'iniziativa del pubblico ministero od al massimo all'allegazione di fatti che, una volta provati, potrebbero neutralizzare i contenuti accusatori»⁴²⁰. La conseguenza di questa forma di interrogatorio è un pregiudizio per la posizione dell'indagato che nella prassi viene indotto a collaborare, onde evitare la sottoposizione alla misura⁴²¹, ovvero a rifiutare l'interrogatorio (avvalendosi della facoltà di non rispondere), onde eludere l'aggravamento della sua condizione⁴²². Si potrebbe allora prevedere in capo al difensore la facoltà di differire l'atto qualora lo stesso

⁴¹⁶ G. VARRASO, *Interrogatorio in viculis dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, Riv. it. Dir. e proc. pen., 1999, p. 1425.

⁴¹⁷ A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, p. 624.

⁴¹⁸ Ibidem.

⁴¹⁹ Ibidem.

⁴²⁰ E. MARZADURI, *Commento all'art. 2 l. 16 luglio 1997, n. 234*, in *Leg. Pen.*, 1997.

⁴²¹ A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Edizioni scientifiche italiane, 2000, p. 120.

⁴²² A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, p. 338.

sia stato emesso immediatamente ovvero vicinissimo all'adozione della misura. Tutto ciò, per evitare che quando la struttura è squilibrata per la predominanza del rappresentante dell'accusa o l'invadenza del giudicante, il significato della presenza difensiva risulta indebolito: il difensore sarà, allora, incline alla passività e tenderà a limitarsi al controllo del rispetto delle regole; fino al ridursi al ruolo anomalo di «organo di giustizia»⁴²³.

11. La rinunciabilità del riesame

Sulla premessa che le prospettive di attuazione del contraddittorio anticipato spesso si accompagnano all'idea di sopprimere la procedura di riesame⁴²⁴, in passato⁴²⁵ si sosteneva che questa riforma non potesse essere introdotta proprio in virtù dell'irrinunciabilità del riesame: si riteneva che questa proposta finisse per non spostare di molto le garanzie rispetto a quanto già caratterizzasse il diritto vigente⁴²⁶ e anzi le riducesse. Questo si sosteneva perché, prima della l. n. 332 del 1995, anche se vi fosse stato un contraddittorio anticipato comunque questo mezzo di impugnazione rimaneva l'unica sede in cui l'indagato potesse contraddire basandosi su una piena conoscenza degli atti di causa. A ciò si aggiungeva la convinzione che (ove non sussistesse contrasto tra loro) i provvedimenti del giudice procedente e del tribunale del riesame si integrassero vicendevolmente, dando luogo ad un documento, formalmente distinto, ma logicamente e giuridicamente unitario sotto il profilo della motivazione⁴²⁷. Pertanto, nell'impianto normativo del legislatore il riesame doveva porsi, essenzialmente, come uno strumento in grado di offrire all'imputato e, dunque, al suo difensore un'ulteriore possibilità di tutelare i propri interessi in un campo particolarmente delicato quale quello cautelare⁴²⁸. È

⁴²³ P. CORSO, *Sulla configurabilità di un obbligo del difensore di «concorrere a creare le condizioni di una sentenza giusta»*, Cass. Pen., 1982, p. 946.

⁴²⁴ V. cap.3.

⁴²⁵ Vedi A. BEVERE, *Tribunale della libertà*, Sapere, 1984, p.33, il quale definiva la procedura *de libertate* bilanciata «dall'opera di supplenza del tribunale».

⁴²⁶ E. VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare: fotografia del presente e alcuni spunti per il futuro*, Il mulino, 2011, p. 311.

⁴²⁷ Cass. Sez. VI, 1° giugno 1998, Incontro, CED 210921.

⁴²⁸ A. VIRGILIO, *Il riesame delle misure cautelari personali*, p. 143.

indubbio che la soluzione passava attraverso un contesto di chiaro rafforzamento del ruolo che la difesa tecnica aveva nel procedimento *de quo*⁴²⁹. Infatti, la l. n. 532 del 1982 disciplinò un nuovo istituto caratterizzato da molti più spazi per la difesa, perché introduceva la possibilità dell'imputato di richiedere il riesame, anche nel merito, dei provvedimenti limitativi della libertà personale. Tuttavia, una consapevole inversione di rotta non poteva stare soltanto nella possibilità per la difesa di farsi sentire davanti al giudice del riesame, lasciando comunque a quest'ultimo il compito di decidere conoscendo tutti gli atti del procedimento, ignoti invece a quest'altra perché coperti dal segreto. La riforma andava piuttosto ricercata in un meccanismo che consentisse alla difesa di "giocare" le sue *chances* con reale cognizione di causa di fronte all'accusa ed al tribunale del riesame, secondo il modello dell'*habeas corpus*, dove l'accusatore scopre alcune carte o tutte; la difesa le discute; il giudice stabilisce se bastino o no a una misura coattiva⁴³⁰. In seguito con il codice del 1988, si è introdotto un contraddittorio eventuale e successivo per le misure coercitive con il dovere di depositare gli atti in cancelleria. Infine, la l. n. 332 del 1995⁴³¹ e il d.l. n. 533 del 1996 conv. in l. n. 652 del 1996, come visto precedentemente, ha previsto la possibilità per il difensore di esaminare gli atti del pubblico ministero posti a base della richiesta cautelare e di estrarne copia; affinché si garantisse una conoscenza paritaria tra giudice e difensore ed un esercizio consapevole del diritto di difesa. Questo breve *excursus* sull'evoluzione dell'istituto permette di intuire come l'irrinunciabilità del riesame avesse la sua ragion d'essere in un tempo in cui una piena *discovery* per la difesa vi era esclusivamente durante il riesame, ma questo oggi non è più necessario visto che la piena conoscenza degli atti si verifica già prima dell'interrogatorio di garanzia (e si verificherebbe anche prima del contraddittorio anticipato). Inoltre, è da sottolineare come un pieno contraddittorio non si attua neppure in questo gravame: il co. 3 dell'art. 127 non comporta, in pratica, alcun obbligo di garantire una partecipazione effettiva del pubblico ministero e del difensore, rimandando alla loro valutazione la scelta di prender parte di persona al rito camerale ovvero

⁴²⁹ Ibidem.

⁴³⁰ G. CHIAVARIO, *Commento al nuovo c.p.p.*, p. 267.

⁴³¹ V. per un approfondimento il par. sulla parità conoscitiva tra giudice e difensore.

sottrarvisi⁴³² e lasciando al giudice decidere sostanzialmente sul solo materiale cartaceo⁴³³.

Va rimarcato come il rinvio al co. 3 dell'art. 127 c.p.p. è configurato nel senso che la partecipazione al procedimento «si esaurisce nella (eventuale) semplice audizione degli intervenuti, senza, cioè, che s'instaurasse tra le parti un vero e proprio rapporto di contrapposizione dialettica e di opposizione delle tesi, degli argomenti e dei dati probatori»⁴³⁴. L'eventuale oralità lascia spazio alla documentazione cartacea e ad una solitudine del giudice. Permane una perplessità sulla irrinunciabilità del riesame dato che «garantisce solo l'intervento, non già il contraddittorio; e la nozione di garanzia, per quanto incerta, non può certo essere compressa sino al punto di essere snaturata attraverso l'assimilazione al concetto di eventualità»⁴³⁵.

Per questi motivi, secondo una tesi dottrinale, si potrebbe rinunciare al riesame soltanto per come oggi è configurato (cioè come procedimento che in sostanza deve sostituire la mancanza di un contraddittorio sull'applicazione della misura basata su una completa conoscenza degli atti) e non come mezzo di impugnazione generale delle misure cautelari⁴³⁶. Il provvedimento adottato dal giudice per le indagini preliminari non sarebbe più assoggettato a riesame perché di questo, in fin dei conti, non c'è più bisogno nel momento in cui il contraddittorio ha luogo in primo grado e con piena conoscenza degli atti; mentre un'impugnazione nel merito andrebbe mantenuta, altrimenti si rischierebbe di fare un passo indietro rispetto alla situazione attuale⁴³⁷.

Qualche rilievo critico verso l'eliminazione di questo istituto, a dire il vero, rimane in dottrina anche dopo il 1995 ed anche tra coloro che promuovono l'introduzione di un contraddittorio anticipato nel *procedimento de libertate*. Questi argomentano dall'art. 391 c.p.p. che disciplina l'ipotesi del fermo e dell'arresto⁴³⁸, la quale

⁴³² V. TODISCO, *Il riesame delle misure cautelari personale*, Cedam, 1995, p.82.

⁴³³ A. VIRGILIO, op. ult. Cit., p. 146.

⁴³⁴ Ibidem.

⁴³⁵ C. GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel proc. pen.*, Giuffrè, 1993, p. 138.

⁴³⁶ G. ILLUMINATI, *Relazione*, p. 35-36.

⁴³⁷ Ibidem; continua sottolineando come del resto un contraddittorio in primo grado potrebbe di fatto comportare una riduzione delle impugnazioni e ad una semplificazione delle procedure.

⁴³⁸ V. par. 7.3.

prevede un contraddittorio anticipato ma anche il riesame del provvedimento, perché «contraddittorio anticipato e riesame sono aspetti slegati dal tema *de libertate*, sicché la soluzione in un senso di uno dei due aspetti non incide sull'altro»⁴³⁹.

12. Modelli di contraddittorio anticipato nell'ordinamento italiano

Se è vero che una disciplina codicistica ben congegnata e numerose riforme legislative settoriali non sono riuscite ad assicurare, nel corso dell'ultimo trentennio, un esercizio del potere cautelare scevro da tensioni e prassi critiche, il quesito che ci si pone è se la inedita congiuntura politica rappresenti il momento per una svolta da tanto tempo attesa⁴⁴⁰. Tirando le fila delle considerazioni svolte fino a questo punto risulta un quadro assolutamente inidoneo ad integrare i requisiti del giusto processo cautelare stabiliti nell'art. 111 Cost.⁴⁴¹. Nella situazione attuale il giudice, prima dell'emissione del provvedimento, sente solo le ragioni dell'accusa, e la difesa è posta nelle condizioni di interloquire in contraddittorio sul merito della misura cautelare solo nella fase d'impugnazione, che però rappresenta un'estrinsecazione della funzione giurisdizionale ulteriore rispetto al previo contraddittorio e anch'essa insopprimibile, com'è dimostrato dalla pacifica appellabilità dei provvedimenti cautelari contemplati nelle altre branche del diritto processuale⁴⁴². Non pare quindi potersi condividere la comune opinione secondo la quale la particolare natura della misura cautelare giustificerebbe la posticipazione

⁴³⁹ G. SPANGHER, *Relazione*, p. 54; ancora G. SPANGHER, *Il riesame delle misure coercitive*, cit., p. 60 «il tema sarebbe mal posto, atteso che il mantenimento del controllo del tribunale del riesame non dovrebbe sanare l'assenza del contraddittorio e, quindi, non pare opportuno scindere la funzionalità in base al maggior o minor grado di tutela riservato all'imputato dallo specifico momento processuale: ciò che rileva, infatti, è l'interesse al controllo sulla legittimità ed opportunità degli atti coercitivi, e non già l'integrazione di eventuali carenze inerenti al meccanismo applicativo degli stessi». Analogamente si esprime L. SARACENI, *L'impugnazione dei provvedimenti sulla libertà personale emessi in dibattimento*, in *Cass. Pen.*, 1989, II, cit., p. 43 il quale osserva come lo scopo del riesame vada individuato «nella necessità di assicurare non tanto la garanzia della collegialità o del contraddittorio, ma secondo la prescrizione della delega, un secondo giudizio di merito sui presupposti specifici delle misure coercitive».

⁴⁴⁰ L. GILIANI, *Editoriale*, p. 1589.

⁴⁴¹ M. L. DI BITONTO, *Libertà personale*, p. 882.

⁴⁴² *Ibidem*.

del contraddittorio davanti al tribunale del riesame⁴⁴³. Queste scelte dipendono dalle «ascendenze di tipo inquisitorio»⁴⁴⁴ e dall'«l'abitudine al codice di procedura penale abrogato»⁴⁴⁵. Si evince come lo sfavore del legislatore per un contraddittorio anticipato è legato soprattutto a matrici culturali. Occorre, quindi, mutare prospettiva, e trarre le dovute conseguenze dal necessario carattere giurisdizionale dei provvedimenti del giudice in materia di libertà personale, che esige moduli procedurali che assicurino un effettivo contraddittorio tra le parti, poste in condizione di parità davanti un giudice terzo e imparziale⁴⁴⁶. Se così è, allora è necessario capovolgere il tradizionale approccio e avvicinarsi allo studio di altri istituti e normative che nell'ordinamento italiano prevedono in tema *de libertate* un contraddittorio anticipato per l'applicazione di una misura restrittiva. È uno sguardo funzionale alla ricerca di modelli riproducibili nel procedimento cautelare nel codice di procedura penale. D'altra parte, se il contraddittorio è da garantire in ogni procedimento non si vede perché debba essere sacrificato proprio in quella fase in cui la presunzione di non colpevolezza rischia di essere maggiormente sacrificata.

12.1 Il procedimento cautelare per l'applicazione delle misure interdittive nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231

Il decreto legislativo 231 del 2001 costruisce una forma di responsabilità amministrativa dell'ente dipendente dal verificarsi di un reato⁴⁴⁷. Il decreto è tutto incentrato su una disciplina che spinge l'ente a dotarsi di una struttura organizzativa suscettibile di ridurre il rischio di verifica di eventi criminosi attraverso

⁴⁴³ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, p.47.

⁴⁴⁴ G. ILLUMINATI, *Relazione*, in Aa. Vv. *G.i.p. e libertà personale*, p.24.

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁴⁶ M. L. DI BITONTO, *op. ult. Cit.*, p. 882.

⁴⁴⁷ Si intende non un qualsiasi reato ma uno tra i reati presupposto previsti dal decreto stesso. Inoltre, ai fini della responsabilità è necessaria la sussistenza del criterio oggettivo (art.5 d. lgs. 231/2001), cioè che questo reato sia stato commesso da un soggetto apicale o sottoposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Ed è necessario l'accertamento del criterio soggettivo (artt. 6 e 7 d. lgs. 231/2001), cioè la sussistenza di una colpa di organizzazione dell'ente per aver agevolato il verificarsi di quello specifico reato attraverso la non predisposizione, prima del fatto criminoso, di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

l'adozione di modelli organizzativi, che basano l'attività d'impresa su una politica improntata alla legalità. Questi modelli, se adottati prima del verificarsi del reato, escludono la responsabilità dell'ente e, se adottati successivamente, prevedono altri benefici (riduzione della sanzione pecuniaria, rinuncia alla applicazione delle sanzioni interdittive, sospensione o esclusione o sostituzione o revoca delle misure cautelari disposte a carico dell'ente, ed infine per la fase esecutiva la conversione delle pene interdittive in pecuniarie). Il sistema delle sanzioni, infatti, si caratterizza per una forte tensione verso il tentativo di rieducazione dell'ente, valorizzando gli aspetti della prevenzione e della deterrenza attraverso modelli premiali in cui la riduzione del *quantum* di sanzione è collegato a condotte riparatorie⁴⁴⁸. La deterrenza viene perseguita attraverso la valorizzazione delle misure organizzative che l'ente deve apprestare in vista della minimizzazione del rischio-reato, che trova nel riferimento ai c.d. *compliance programs* il segno più evidente che la funzione di prevenzione per essere davvero efficace deve essere realizzata all'interno dell'ente stesso⁴⁴⁹. Questa finalità è perseguita anche dalle disposizioni processuali del decreto in particolare da quelle relative al procedimento cautelare.

In termini generali il procedimento a carico dell'ente è disciplinato dalle disposizioni contenute al capo III del decreto stesso e, in quanto compatibili, dalle norme del codice di procedura penale (art. 34 del d. lgs 231/2001). In sostanza il capo III contiene le deroghe, in un rapporto di specialità, al codice di rito, giustificate dalla natura del soggetto oggetto del procedimento. Tra queste deroghe rientra la struttura del procedimento cautelare a carico dell'ente. In primo luogo, questo ha una bassa valenza strumentale rispetto al processo⁴⁵⁰. Tale conformazione è dovuta, prevalentemente, al fatto che si rivolge ad un soggetto collettivo, la cui caratteristica strutturale non consente di prendere in considerazione esigenze cautelari del pericolo di fuga o di inquinamento delle prove, condotte necessariamente legate all'azione di una persona fisica⁴⁵¹. Le misure cautelari del

⁴⁴⁸ G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2005, p. 395.

⁴⁴⁹ C. DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, n. 11, p. 1348.

⁴⁵⁰ G. LATTANZI, *op. ult. Cit.*, p. 456.

⁴⁵¹ *Ibidem*.

decreto sono, in sostanza, più protese ad anticipare la decisione che a volgere una funzione strumentale al processo, in una trasfigurazione che, almeno per i contenuti, le avvicina alla categoria delle misure di sicurezza⁴⁵². Infatti, viene valorizzata la finalità preventiva e l'indice più evidente di questa tendenza è la presenza della sola esigenza relativa alla pericolosità dell'ente, che tra tutte, è quella che presenta maggiori connotati di sostanzialità⁴⁵³. In secondo luogo, il decreto supera la struttura bifasica del procedimento cautelare a carico delle persone fisiche: si opta per un contraddittorio anticipato al provvedimento, che in questo modo perde le caratteristiche di «atto a sorpresa». Si potrebbe dubitare della costituzionalità rispetto all'art. 3 Cost. in virtù di una differenziazione nel trattamento tra le persone fisiche e quelle giuridiche, senonché, a bene vedere, la diversificazione non è irragionevole per queste ragioni: la prova liberatoria ex art. 6 del decreto fa ricadere un onere di allegazione sull'ente⁴⁵⁴ al fine di escludere la sua responsabilità, onere che può essere agevolato da una acquisizione delle prove anticipata, che non solo potrebbe evitare all'ente l'interdizione, ma anche costi minori che deriverebbero dalle lungaggini del processo; durante questo procedimento l'ente potrebbe chiedere di adottare quelle condotte riparatrici, ex art. 17 del decreto, che sospendono le misure interdittive, raggiungendo la finalità prima del decreto, cioè la funzione rieducativa dell'ente; infine, poiché il giudice, ex art. 45 co. 3 d.lgs., se emergono condizioni stabilite dall'art 15, può sostituire alla misura che sarebbe applicabile, il «commissariamento» per la prosecuzione dell'attività societaria,

⁴⁵² Ibidem; lo si evince anche dal fatto che il legislatore prevede come tipi di misure cautelari solo misure interdittive che coincidono con le sanzioni interdittive del decreto.

⁴⁵³ Ibidem; il quale specifica come «il rischio che corre un sistema teso a dar prevalenza alle esigenze di prevenzione è quello di applicare con la misura cautelare una «criptopena» senza che vi sia stato un accertamento pieno della responsabilità e una condanna. Questo rischio è accentuato dalla tecnica utilizzata nell'individuare le tipologie di misure cautelari, attraverso il richiamo totale delle sanzioni interdittive, salvo per la pubblicazione della sentenza e le misure pecuniarie».

⁴⁵⁴ Per come interpretato dalle Sez Un. Thyssenkrupp. Infatti, l'art. 6 di questo decreto prevede che l'ente non risponda del reato, quando questo è stato commesso da un soggetto che riveste una posizione apicale all'interno dell'ente, se prova che «a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)».

l'obbligatorietà d'un contraddittorio tra accusa e difesa preventivo rispetto alla delibera sulla misura provvisoria appare congruo rispetto all'esigenza d'offrire all'ente un'occasione tale da consentirgli di domandare il predetto trattamento sostitutivo⁴⁵⁵.

È allora necessario fare brevi cenni alle norme processuali del decreto. Innanzi tutto, anche per le misure in esame vige il principio della domanda cautelare: l'art. 45 prevede che sia il pubblico ministero a richiedere l'applicazione delle stesse, escludendo così ogni iniziativa officiosa da parte del giudice⁴⁵⁶. L'organo dell'accusa deve presentare al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi quelli a favore dell'ente e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate. Deve trattarsi, ovviamente, di una domanda motivata, in cui il pubblico ministero rappresenti il suo punto di vista in relazione alla sussistenza dei gravi indizi di responsabilità dell'ente⁴⁵⁷ e del *periculum in mora*⁴⁵⁸ così come indicato dall'art. 45 del decreto⁴⁵⁹. Il giudice competente è il giudice precedente. Il contraddittorio non è differito, non segue una decisione già assunta, ma è anticipato in funzione della stessa decisione circa l'applicazione della misura richiesta⁴⁶⁰. Soltanto dopo aver sentito le parti contrapposte, il giudice è in grado di pronunciare una decisione che deve prendere in esame una serie di parametri richiesti dalla

⁴⁵⁵ P. MOSCARINI, *Le cautele interdittive nel procedimento penale "de societate"*, Aracne, 2010, p. 54-55.

⁴⁵⁶ G. LATTANZI- P. SEVERINO, *Responsabilità da reato degli enti. Diritto processuale*, Vol II, Giappichelli, 2020, p. 151.

⁴⁵⁷ I gravi indizi di responsabilità dell'ente sono un presupposto applicativo delle misure interdittive. L'oggetto di valutazione da compiere allo stato degli atti da parte del giudice è il grado di responsabilità dell'ente. Questo non riguarda solo il fatto di reato ma anche la sussistenza dell'interesse o del vantaggio derivante all'ente ed il ruolo ricoperto dai soggetti indicati all'art. 5 co. 1 lett. a) e b) verificando se abbiano agito nell'interesse proprio o di terzi; infine, si aggiunge l'accertamento di uno dei due modelli di imputazione all'art. 6 e 7 del decreto. Il livello di gravità degli indizi deve sussistere in relazione a ciascun elemento che forma l'illecito attribuito all'ente. Il secondo presupposto applicativo delle misure sono le condizioni all'art. 13 del decreto, v. per un approfondimento G. LATTANZI- P. SEVERINO, *Responsabilità da reato degli enti. Diritto processuale*, Vol II, Giappichelli, 2020, p.144.

⁴⁵⁸ È il pericolo di recidiva basato su elementi fondati e precisi che facciano ritenere concreto il pericolo di commissione di illeciti della stessa indole di quello per cui si procede. La valutazione deve essere complessiva concernendo sia elementi obiettivi (specifiche modalità e circostanze del fatto) sia l'elemento soggettivo (personalità dell'ente).

⁴⁵⁹ G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti*, p. 484.; l'ordinanza del giudice che non fosse preceduta da una richiesta motivata sarebbe comunque affetta da nullità assoluta, anche in presenza di tutte le condizioni previste dalla legge per l'emissione di un provvedimento cautelare.

⁴⁶⁰ G. LATTANZI-P. SEVERINO, op.ult. cit., pag. 154.

complessa fattispecie oggetto dell'accertamento incidentale⁴⁶¹. Dispone l'art. 47 co. 2, che «se la richiesta di applicazione della misura cautelare è presentata fuori udienza, il giudice fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso al pubblico ministero, all'ente e ai difensori». Tra il deposito della richiesta e la data dell'udienza non può intercorrere un termine superiore a quindici giorni, ma si tratta di una prescrizione priva di sanzione «se non nei limiti in cui l'art. 124 c.p.p. sanziona l'inadempimento da parte del magistrato degli obblighi di osservanza delle norme processuali»⁴⁶². L'art. 47 co.3 del decreto richiama, per la celebrazione dell'udienza, le forme previste per il rito camerale (art. 127 c.p.p.) debitamente accelerato⁴⁶³. Il contraddittorio, pur assicurato quale diritto dell'ente a partecipare all'udienza e ad essere ascoltato dal giudice sulla richiesta, non è tuttavia garantito come diritto al confronto dialettico con il proprio antagonista; la partecipazione delle parti, infatti, nel procedimento di adozione della misura cautelare è solo eventuale, trovando qui applicazione la disposizione secondo cui «il pubblico ministero, gli altri destinatari dell'avviso nonché i difensori sono sentiti se compaiono» (art. 127 co. 3 c.p.p.)⁴⁶⁴. La conseguenza è che la società può essere obbligata ad un ascolto solo differito e cartolare con il pubblico ministero, rimanendo in una posizione di svantaggio. Potrà essere prodotto, però, materiale preesistente e sopravvenuto acquisito anche all'esito di investigazioni difensive (art. 372-bis e 391-octies c.p.p.) e comunque idoneo a contrastare gli assunti accusatori ovvero a dimostrare, più in generale, che non sussistono le condizioni e i presupposti di applicabilità della misura cautelare richiesta⁴⁶⁵. La circostanza che

⁴⁶¹ Ibidem.

⁴⁶² R. BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, in Aa. Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, 2002, p. 279.

⁴⁶³ M. C. GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Giappichelli, 2021, p. 119.; a norma dello stesso art. 47 co. 3, i termini previsti ai commi 1 e 2 dell'art. 127 c.p.p., ossia quelli che devono intercorrere tra l'avviso della fissazione dell'udienza e la data della stessa udienza, e quello entro cui possono essere presentate le memorie in cancelleria, sono ridotti rispettivamente a cinque giorni e a tre giorni.

⁴⁶⁴ Ibidem; precisa che «non aver previsto qui una deroga alle regole del procedimento camerale, prescrivendo la necessaria partecipazione del pubblico ministero e del difensore, finisce indubbiamente per indebolire la funzionalità dell'udienza cautelare, che pure, nelle dichiarate intenzioni del legislatore, dovrebbe avere l' «effetto di ampliare l'orbita cognitiva del giudice e di evitare i rischi di una decisione adottata sulla scorta del materiale unilaterale».

⁴⁶⁵ G. LATTANZI-P. SEVERINO, op. ult. cit., p. 156.

nell'udienza ex art. 127 c.p.p. non vi sia spazio istruttorio – con la conseguenza che il confronto critico tra le parti finisce per essere limitato da «un patrimonio cognitivo preconstituito»⁴⁶⁶ – non necessariamente reca un pregiudizio all'imputato-ente, il quale anzi, attraverso il ricorso alle indagini difensive, comprese quelle c.d. preventive, ha la possibilità di portare all'attenzione del giudice elementi nuovi a suo favore⁴⁶⁷. Si amplia così la cognizione del giudice e si evita una decisione adottata esclusivamente su materiale acquisito unilateralmente dall'accusa⁴⁶⁸. Come già specificato, in questa sede il giudice compie valutazioni ulteriori rispetto alla mera sussistenza dei presupposti e delle condizioni di applicabilità delle misure interdittive. Ciò mostra una natura collaborativa di questo contraddittorio, che assolve non solo una funzione difensiva incentrata sui diritti del soggetto, ma si estende a questioni ulteriori legate ad opportunità amministrative al fine di spingere l'ente a quelle condotte riparatorie in grado di escludere le sanzioni interdittive a norma degli artt. 17 e 49 del decreto. L'aspetto collaborativo prevale su quello difensivo, nel senso che la garanzia per la migliore decisione del giudice mai come in questo caso è offerta dalle informazioni acquisibili nell'udienza camerale⁴⁶⁹, perché l'apporto informativo può essere dato solo dall'ente e nel suo stesso interesse.

Secondo autorevole dottrina, è la stessa natura dell'ente a giustificare il ricorso al previo contraddittorio⁴⁷⁰, rendendo il modello del decreto 231 non esportabile anche nel procedimento a carico delle persone fisiche. L'impossibilità è legata in primo luogo alla diversa funzione delle misure cautelari nel procedimento a carico della persona fisica. Queste, infatti, avendo esclusivamente la funzione di non vanificare i risultati del processo⁴⁷¹, non possono coincidere con le sanzioni

⁴⁶⁶ F. PERONI, *Il sistema cautelare*, in Aa. Vv., *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, 2002, p. 257 s.

⁴⁶⁷ G. LATTANZI-P. SEVERINO, op. ult. cit., p. 156; prosegue evidenziando come vi siano prassi applicative volte ad ammettere uno spazio istruttorio del giudice cautelare, quasi sempre costituito da perizie e acquisizione di pareri tecnici per la valutazione di modelli adottati dall'ente (in questo senso, G.i.p. Trib. Roma, ord. 22 novembre 2002, Soc. Finsa, Foro.it, 2004, p. 325).

⁴⁶⁸ In termini problematici su tale prassi v. Di BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 76 ss.

⁴⁶⁹ G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti*, p. 493.

⁴⁷⁰ G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti*, p. 491.

⁴⁷¹ V. cap. 1 par. 3 nt. 52.

definitive. In secondo luogo, il sistema cautelare degli enti ha carattere «monofunzionale»⁴⁷², in quanto l'unica esigenza cautelare considerata dal d.lgs. n. 231 del 2001 è la prevenzione speciale, che meno di tutte le altre necessita dell'effetto sorpresa del provvedimento⁴⁷³. La necessità di soddisfare quest'unica esigenza è dovuta dal fatto che in questa procedura ci si rivolge ad un soggetto collettivo, la cui caratteristica strutturale non consente di prendere in considerazione le esigenze cautelari del pericolo di fuga o di inquinamento delle prove, legate necessariamente all'azione di una persona. In terzo luogo, è la valutazione più complessa e ampia che richiede il giudizio sull'ente a legittimare un trattamento differenziato, poiché questa è resa possibile in gran parte dalla storia di organizzazione dello stesso che non può che essere conosciuta attraverso un confronto diretto con lo stesso. Infine, anche ad ammettere come esportabile il modello dell'ente nel procedimento a carico delle persone fisiche, comunque, questo contraddittorio non sarebbe soddisfacente: è disciplinato in modo simile a quello del riesame, dove la partecipazione delle parti non è obbligatoria, andandosi così a ripresentare le stesse critiche mosse a questo istituto⁴⁷⁴.

Per concludere, in questo modello di contraddittorio anticipato scompare la dicotomia riesame-appello. Principalmente perché anche nel codice di procedura penale le misure interdittive non possono essere impugnate col riesame; ma, soprattutto, perché proprio in virtù della presenza di un contraddittorio anticipato prevedere anche il riesame avrebbe significato creare un *surplus* di garanzie, superiori anche al procedimento cautelare avente ad oggetto la libertà personale⁴⁷⁵.

⁴⁷² IELO, sub *artt.* 45-54, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO PALIERO, Cedam, 2007, p.2369.

⁴⁷³ Mentre, infatti, per soddisfare l'esigenza cautelare del pericolo di fuga e dell'inquinamento probatorio è necessario che il provvedimento venga eseguito a sorpresa; altrimenti, il rischio è che nel tempo intercorrente tra l'avviso del contraddittorio cautelare e l'esecuzione della misura questi stessi atti, che si vogliono evitare, vengono attuati. Questo rischio è meno presente se si vuole soddisfare il pericolo di recidiva, perché le valutazioni per applicare la misura in questo caso sono più legate a elementi prognostici, che si basano sull'analisi delle modalità e circostanze dell'illecito già compiuto e sulla "personalità" dell'ente-imputato. Questa esigenza può essere soddisfatta anche in assenza dell'effetto sorpresa.

⁴⁷⁴ V. paragrafi 5 e 5.1.

⁴⁷⁵ F. PERONI, *Il sistema cautelare*, p. 268.

12.2 Il procedimento applicativo della misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio

L'art. 2 co.1 della l. n. 234 del 1997 introduce al co.2 dell'art. 289 c.p.p. una nuova forma di contraddittorio anticipato per applicare la misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio. S'introduce in tal modo una fattispecie del tutto singolare di contraddittorio anticipato rispetto all'adozione della cautela⁴⁷⁶. Vi si prescrive che «nel corso delle indagini preliminari, prima di decidere sulla richiesta del pubblico ministero di sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, il giudice procede all'interrogatorio dell'indagato, con le modalità indicate agli articoli 64 e 65»⁴⁷⁷.

Prioritario ad ogni approfondimento è l'inquadramento funzionale della formalità dell'interrogatorio: è indiscutibile che l'atto in parola si impronti alle stesse finalità di garanzia proprie dell'omologa formalità prevista dall'art. 294 c.p.p.⁴⁷⁸. Si tratta, dunque, di un adempimento connotato da una spiccata strumentalità alla difesa, qui posta in condizione di articolare, al cospetto del giudice, un contraddittorio con il titolare dell'accusa sotto lo specifico profilo della legittimità e dell'opportunità dell'iniziativa cautelare⁴⁷⁹. È da chiarire che la presenza effettiva del soggetto non è condizione necessaria per la validità dell'atto, ciò che è veramente necessario è che questo venga messo a conoscenza dell'iniziativa cautelare che lo riguarda ed invitato a partecipare, se lo ritiene opportuno, al contraddittorio. L'atto di invito a comparire potrà contenere la «sommatoria enunciazione del fatto quale risulta dalle indagini fino a quel momento compiute»⁴⁸⁰ e le attività che verranno svolte,

⁴⁷⁶ F. PERONI, *Misure interdittive*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 2000, p. 746 ss.

⁴⁷⁷ La l. n. 47 del 2015 ha teso ad ampliare l'operatività della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, allo scopo di evitare, nei limiti del possibile, la carcerazione cautelare. A tal fine, ha previsto l'ipotesi che il pubblico ministero chieda una misura coercitiva e il giudice, in base ai principi di adeguatezza e proporzionalità, ritenga di applicare la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, sola o congiunta ad altra misura cautelare. Ove ciò avvenga l'interrogatorio di garanzia anziché volgersi prima della misura interdittiva, si svolge successivamente nel termine di dieci giorni dalla notificazione della misura stessa, (così in TONINI-CONTI, *Manuale di procedura penale*, p. 475.).

⁴⁷⁸ F. PERONI, *Misure interdittive*, p.476.

⁴⁷⁹ Ibidem.

⁴⁸⁰ G. SALVI, *Commento all'art. 375 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, vol. IV, 1990, p. 335.

arricchendosi, per taluni delle informazioni sulla finalità perseguita⁴⁸¹. L'avviso conterrà, anche, l'invito alla nomina di un difensore d'ufficio, non essendo prescritta l'obbligatoria presenza del legale: qualora l'avvocato non compaia non troverà, allora, applicazione l'art. 97 co. 4 c.p.p.⁴⁸².

La *ratio* di questo modello di procedimento cautelare sembra doversi rinvenire nell'esigenza di verificare anticipatamente che la sospensione dall'ufficio o dal servizio non rechi, senza effettiva necessità, pregiudizio alla continuità della pubblica funzione o del pubblico servizio⁴⁸³. Infatti, sebbene la norma ampli la sfera delle garanzie, con particolare riferimento al diritto di difesa, tale maggiore tutela è un effetto secondario rispetto alla primaria finalità extraprocessuale di tutela della pubblica amministrazione⁴⁸⁴. In altre parole, lo scopo di anticipare il contatto con il giudice non è quello di una verifica d'impatto del provvedimento giudiziario sull'attività amministrativa⁴⁸⁵, in quanto «se le esigenze processuali sussistono, al di là di ogni considerazione sulla ricaduta amministrativa del provvedimento, esso va adottato»⁴⁸⁶.

L'istituto presenta delle problematiche, innanzi tutto, relative al diritto di difesa, poiché manca il meccanismo di deposito dell'art. 293 c.p.p. e quindi l'apporto della difesa non potrà spaziare al di là della mera «offerta di considerazioni di ordine logico-giuridico volte ad evitare un'acritica adesione all'iniziativa del pubblico ministero od al massimo nell'allegazione di fatti che, una volta provati, potrebbero neutralizzare i contenuti accusatori»⁴⁸⁷. Altro profilo problematico inerisce il rapporto tra interrogatorio preventivo e interrogatorio successivo all'adozione della misura, previsto dall'art. 294 co. 1-*bis*. Infatti, quando il legislatore ha introdotto l'interrogatorio preventivo non ha ritenuto di dover coordinare la previsione con l'art. 294 co. 1-*bis* c.p.p.⁴⁸⁸. In dottrina non sono mancate prospettazioni inclini a

⁴⁸¹ A. MITTONE, *Commento all'art. 289 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, Vol. II, 1998, p. 36.

⁴⁸² A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, p. 461.

⁴⁸³ G. SPANGHER – A. GIARDA, *Codice di procedura penale commentato*, p.283.

⁴⁸⁴ P. BRONZO, *Le modifiche alle misure cautelari interdittive*, p. 160.

⁴⁸⁵ G. SPANGHER – A. GIARDA, *Codice di procedura penale commentato*, p.283

⁴⁸⁶ DE STEFANO, *L'interrogatorio preventivo ex art. 289 c. 2 c.p.: restano le perplessità sulla ratio e sulla coerenza costituzionale dell'istituto*, in *Cass. Pen*, 2002, p. 216.

⁴⁸⁷ E. MARZADURI, *Commento all'art. 2 l. 16 luglio 1997, n. 234*, in *Leg. Pen.*, 1997, p. 754.

⁴⁸⁸ *Ibidem*.

superare l'incongruenza di un doppio adempimento formale ispirato ad identica *ratio*⁴⁸⁹. La identità funzionale e formale dei due istituti giustificherebbe un assorbimento della funzione dell'interrogatorio di garanzia in quello preventivo, così come avviene nel caso dall'audizione dell'arrestato in sede di convalida, in relazione alla quale il legislatore ha espressamente ritenuto superflua la reiterazione dell'indagato⁴⁹⁰. Tuttavia, in questo modo si lederebbero le garanzie del soggetto in quanto i due tipi di interrogatori sono diversi; infatti, come visto, quello preventivo non permette una previa visione degli atti che oggi invece è consentita nell'interrogatorio di garanzia⁴⁹¹. Piuttosto l'art. 289 co. 2 c.p.p. può essere indicato come il diretto «ascendente» dell'art. 47 del d. lgs. 231/2001⁴⁹². In entrambi gli istituti, infatti, la collocazione preventiva rispetto alla assunzione della misura si giustifica (anche) in relazione alla necessità di consentire al giudice la valutazione di elementi tendenzialmente estranei all'oggetto principale della domanda cautelare⁴⁹³. La Corte costituzionale ha chiarito che la *ratio* della scelta è rintracciabile «nell'esigenza di verificare anticipatamente che la misura della sospensione dall'ufficio o dal servizio non rechi senza effettiva necessità, pregiudizio alla continuità della pubblica funzione o del servizio pubblico»⁴⁹⁴, con ciò addossando al giudice il compito di operare una valutazione inerente all'interesse pubblico sul quale la misura interdittiva è destinata potenzialmente ad incidere, cioè un tipo di accertamento che nulla a che fare con le esigenze di garanzia dell'imputato, se non indirettamente, nel senso che alla positiva verifica del pregiudizio nello svolgimento della funzione amministrativa consegue l'inapplicabilità della misura cautelare interdittiva⁴⁹⁵. Oltre a questa funzione il rinvio all'art. 64 e 65 c.p.p. mostra anche la finalità di tutela assegnata a questo istituto, al punto che è previsto a pena di nullità di ordine generale a regime

⁴⁸⁹ D'ORAZI, *Profili processuali della legge di riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Le nuove leggi penali* (autori vari), 1998, p. 73.

⁴⁹⁰ SPANGHER, op. ult. cit.

⁴⁹¹ Per questi motivi la giurisprudenza di legittimità si è espressa favorendo la duplicazione degli interrogatori (v. Cass. Sez. IV, 12 giugno 2018, Cecchini, CED 273416); in senso contrario v. Cass. Sez. IV, 10 gennaio 2018, Mileto, CED 272769.

⁴⁹² G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti*, p. 491.

⁴⁹³ *Ibidem*.

⁴⁹⁴ Corte cost., (ord) 22 giugno 2000, n. 229, Cass. Pen., 2000, p. 2931.

⁴⁹⁵ G. LATTANZI, op.ult.cit., p. 491.

intermedio. Questa è la stessa dicotomia funzionale del modello del decreto 231 all'art. 47, anche se qui l'ente ha la possibilità di vedere anticipatamente gli atti del pubblico ministero e di partecipare così più attivamente e con cognizione di causa durante il contraddittorio⁴⁹⁶.

Si comprende, allora, perché anche questo modello non sia stato disciplinato dal legislatore come modello tipo per tutte le misure cautelari personali: da un lato, questo interrogatorio preventivo prevede un *minus* di garanzie rispetto allo stesso interrogatorio di garanzia che rimarrebbe comunque irrinunciabile; dall'altro lato, la differenziazione delle procedure è legata ad un accertamento del giudice che, come nel procedimento a carico dell'ente, ha un oggetto ed una finalità più ampia della mera applicazione di una misura cautelare in ragione dei *pericula libertate*.

12.3 Il fermo e l'arresto in flagranza

L'art. 13 co.3 Cost. prevede che «in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto». Questo è il fondamento costituzionale su cui poggia la disciplina codicistica sia dell'arresto in flagranza sia del fermo di indiziato di delitto. Questi due istituti sono «un modulo ulteriormente differenziato»⁴⁹⁷ rispetto a quelli fino a qui esaminati per ciò che concerne le forme di contraddittorio anticipato; infatti, sono costituiti «dall'interrogatorio sulla misura da applicare nel corso dell'udienza di convalida (391 c.p.p.), il cui espletamento, se valido ed effettivo, rende - *ex lege* - superfluo quello di cui all'art. 294 c.p.p., nonostante la diversità dei due atti»⁴⁹⁸. È, quindi, necessaria in via preliminare una breve disamina del loro schema procedimentale. Una volta che l'autorità di pubblica sicurezza ha applicato l'arresto o il fermo si passa al procedimento di

⁴⁹⁶ Ibidem.

⁴⁹⁷ A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, p. 463.

⁴⁹⁸ Ibidem.

convalida da parte dell'autorità giudiziaria, in virtù del principio secondo il quale le misure limitative della libertà personale possono essere applicate soltanto dal giudice. Si può dividere la procedura in tre fasi: quella degli adempimenti connessi all'esecuzione dell'arresto o del fermo; dell'eventuale interrogatorio del pubblico ministero per chiedere la convalida al giudice; l'udienza di convalida davanti al giudice. Nella prima fase l'autorità di pubblica sicurezza ha l'obbligo di effettuare una comunicazione scritta con tutte le facoltà dell'arrestato (386 co.1 c.p.p.) e ha dei doveri di informazione verso il pubblico ministero, il difensore e i familiari dell'arrestato (386 co.1, 347, 386 co.2, 387 c.p.p.). Gli ufficiali e gli agenti devono poi provvedere a due ulteriori adempimenti: in primo luogo, devono porre l'arrestato o il fermato a disposizione del pubblico ministero al più presto e comunque non oltre le ventiquattro ore; in secondo luogo, devono trasmettere al pubblico ministero il verbale dell'arresto sempre entro le ventiquattro ore⁴⁹⁹. La seconda fase ha la funzione di mettere in grado la pubblica accusa sia di formulare la richiesta di convalida, sia di chiedere nella successiva udienza una delle misure cautelari personali⁵⁰⁰. A tal fine il pubblico ministero può procedere all'interrogatorio dell'arrestato o del fermato dando previo avviso al difensore che ha facoltà di essere presente all'atto (art. 388 co.2 c.p.p. che rinvia all'art. 64 c.p.p.)⁵⁰¹. Il pubblico ministero deve liberare il soggetto se, tra le altre cause⁵⁰², pur considerando giustificato l'arresto o il fermo, ritiene di non dover chiedere al giudice l'applicazione di una misura cautelare (art. 121 disp. att.). Con la richiesta di convalida del pubblico ministero al g.i.p. inizia la terza fase. Ricevuta la richiesta il giudice fissa l'udienza, comunque entro le quarantotto ore successive, dandone avviso senza ritardo al pubblico ministero e al difensore. L'udienza si svolge in camera di consiglio (art. 127 c.p.p.) con la partecipazione facoltativa del pubblico

⁴⁹⁹ TONINI – CONTI, *Manuale di procedura penale*, p. 544.

⁵⁰⁰ TONINI – CONTI, *Manuale di procedura penale*, p. 545.

⁵⁰¹ All'inizio dell'interrogatorio l'inquirente, dopo aver dato l'avviso della facoltà di non rispondere, informa l'arrestato del fatto per cui si procede e delle ragioni che hanno determinato il provvedimento, comunicandogli inoltre gli elementi a suo carico e, se non può derivarne pregiudizio per le indagini, le fonti.

⁵⁰² Ovvero: «a) quando risulta evidente che l'arresto o il fermo è stato eseguito per errore di persona o fuori dai casi consentiti dalla legge; b) la misura è divenuta inefficace perché sono decorsi i termini per porre l'arrestato a disposizione del pubblico ministero o per chiedere la convalida al giudice» ex. art. 389 c.p.p..

ministero e necessaria del difensore dell'indagato (art. 391 co.1)⁵⁰³. L'ordinanza di convalida deve essere pronunciata entro le quarantotto ore successive dal momento in cui il soggetto è stato posto a disposizione del giudice, a pena di inefficacia delle misure precautelari (art. 391 co.7c.p.p.). Come si evince sotto l'aspetto spaziale e temporale l'intera attività si conclude nel corso di una udienza e nei ristretti termini dell'art. 390 co.1 e co.2 c.p.p.. Tuttavia, non si può negare, a differenza dell'art. 289 c.p.p., che il soggetto sia edotto della sua situazione processuale: ciò emerge dall'intervenuto arresto o fermo, che consentono al soggetto di conoscere il contenuto del provvedimento, e dal possibile interrogatorio condotto dal pubblico ministero (art. 388 c.p.p.)⁵⁰⁴.

Anche qui vige il principio della domanda cautelare, infatti, il giudice è vincolato alla richiesta di convalida del pubblico ministero, che può svilupparsi in due modalità diverse: o il pubblico ministero partecipa e la effettua oralmente o non partecipa e la effettuerà in via cartolare allegando tutti gli elementi. Invece, l'obbligatoria presenza del difensore assimila la procedura agli art. 63 e 64 c.p.p. (che permettono al soggetto di avvalersi della facoltà di non rispondere), anche se non sono espressamente richiamati⁵⁰⁵. Due sono i modelli di contraddittorio prospettabili: il primo, completamente orale, in cui il pubblico ministero espone direttamente in udienza gli elementi posti a fondamento della convalida; il secondo, in parte orale, per la presenza obbligatoria del difensore, e in parte cartolare, per la scelta di non partecipare dell'accusa. In quest'ultimo caso è assegnata al giudice la funzione di contestare le circostanze e gli elementi di prova palesati dal pubblico ministero a sostegno della domanda⁵⁰⁶, per questo motivo alcuni contestano che il decidente dismetta le vesti di garante per assumere quelle di contraddittore dell'arrestato o del fermato, derivandone una censurabile distorsione del suo ruolo

⁵⁰³ Quest'ultimo non è obbligato ad intervenire, ma, se è presente, deve essere interrogato dal giudice (art. 391 co.3)

⁵⁰⁴ A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, p. 463.

⁵⁰⁵ L. BRESCIANI, *Fermo*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Utet, 1991, p. 238; F. PERONI, *Sulle dichiarazioni dell'indiziato in udienza di convalida come equipollente dell'interrogatorio ex art. 294 c.p.p.*, in *Giust. Pen.*, 1990, p. 608; G. VARRASO, *Interrogatorio in viculis dell'imputato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, vol. 42, fasc.4, 1999, p. 1409.

⁵⁰⁶ M. CHIAVARIO, *Premessa al commento del d.lgs. 14/1/1991 n. 12*, in *Legisl. Pen.*, 1991, p.21.

processuale⁵⁰⁷. Altri al contrario, ritengono che tale forma di contraddittorio sia riscontrabile anche nell'ambito di altri istituti come quello camerale dell'interrogatorio di garanzia⁵⁰⁸ e che la terzietà del giudice sarebbe assicurata dall'accentuazione dell'iniziativa cautelare in capo al pubblico ministero: di conseguenza, l'omessa o insufficiente indicazione degli elementi non comporterà il cumularsi, nel giudice, delle funzioni del pubblico ministero, ma la pronuncia negativa sulla convalida⁵⁰⁹. Un altro dubbio su questo modello sono le rigide scadenze temporali. Queste, infatti, impediscono allo stesso giudice di giungere veramente informato all'udienza, con la conseguenza che verranno effettuate non specifiche e selezionate domande ma semplicemente verrà chiesto all'arrestato o fermato di enunciare quanto sia utile per la sua difesa. Infine, la difesa conoscerà degli elementi posti a base della richiesta soltanto durante l'udienza, poiché non è previsto il previo deposito degli stessi a differenza di quanto statuito dall'art. 293 c.p.p.. Questa discrasia è passata indenne dal vaglio costituzionale⁵¹⁰ e di legittimità in ragione del fatto che «considerato il complessivo contesto in cui la relativa udienza si svolge, essa sarebbe in grado di soddisfare compiutamente l'esigenza di tutela dell'indagato, anche con riferimento alla misura disposta, così da escludere qualsivoglia lesione del diritto di difesa, coperto dalla garanzia della pienezza di contestazione e di informazione e un'udienza *ad hoc*»⁵¹¹.

Ciò che consente in questo modello di anticipare il contraddittorio è l'esigenza, prevista dall'art. 13 Cost, che un giudice effettui un controllo giurisdizionale volto a verificare l'operato del pubblico ministero e quello della polizia giudiziaria, organi non giurisdizionali; sebbene tale controllo non riguardi l'esercizio dell'azione penale ma, a contrario, la verifica che non vi sia esercizio apparente dell'azione penale⁵¹². Nulla vieta in ogni caso che il legislatore, nell'ambito delle

⁵⁰⁷ P. FERRUA, *La revisione del codice 1988: correzioni e integrazioni nel quadro della legge-delega*, in *Studi sul processo penale*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, 1992, p. 138.

⁵⁰⁸ G. SALVI, *Commento all'art.24*, p.96.

⁵⁰⁹ G. SALVI, *Commento agli artt. 390 – 391 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. CHIAVARIO, 1993, p. 318.

⁵¹⁰ Corte Cost., 5 febbraio 1999, n. 16, in *Giur. cost.*, 1999, p. 146.

⁵¹¹ Cass. Sez. II, 7 maggio 1998, Catacchio, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, p. 749.

⁵¹² G. SPANGHER – A. GIARDA, *Commento al codice di procedura penale*, p. 3426.

scelte rimesse alla sua discrezionalità, possa prevedere che l'udienza di convalida, anche se non più necessaria ai fini dell'immediata verifica circa la restituzione della libertà, sia tenuta dopo la liberazione dell'arrestato o del fermato⁵¹³.

In conclusione, seppure si necessiterebbero accorgimenti legati alla diversità dei presupposti e delle funzioni che distinguono misure precautelari e cautelari, ciò non ha impedito alla dottrina⁵¹⁴ di farsi ispirare da questo modello per pensare ad una riforma del procedimento cautelare a carico delle persone fisiche a contraddittorio anticipato.

⁵¹³ Ibidem.

⁵¹⁴ V. cap.3 par.4 e ss.

CAPITOLO III

UNO SGUARDO COMPARATO E ALCUNE PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1. Il modello francese – 2. Il modello inglese – 3. Il modello statunitense – 4. Le soluzioni proposte dalla dottrina – 4.1 L’ipotesi di “accompagnamento coattivo” o “accompagnamento cautelare” – 4.2 L’ipotesi del “fermo allargato” – 5. Il problema dei c.d. “maxi processi” e l’ipotesi del doppio binario – 6. Il disegno di legge Nordio

1. Il modello francese

L’ordinamento processuale francese è basato sul *code d’instruction criminelle* del 1808. In questo codice si può individuare una misura equivalente alla custodia cautelare italiana, vale a dire la *détention provisoire*, che può durare mesi e anche anni⁵¹⁵. Per l’applicazione di questo tipo di misura cautelare il codice di procedura penale francese disciplina all’ art. 145⁵¹⁶ un procedimento cautelare che garantisce un c.d. contraddittorio anticipato, vale a dire implica l’intervento del destinatario della misura ad un procedimento in contraddittorio che si svolge prima della adozione della medesima⁵¹⁷. Questo procedimento si applica esclusivamente

⁵¹⁵ Per approfondire vi sono accanto a questo tipo di misura altre forme diverse quali le varie tipologie di *rétenion*, limitate a poche ore, e la *garde à vue*, che può prolungarsi sino a parecchi giorni.

⁵¹⁶ Per ultimo modificato dall’ art. 11 della legge 17 agosto 2015, n. 993.

⁵¹⁷ M. G. AIMONETTO, *Processo penale francese*, p. 738.

quando il pubblico ministero richiede al giudice istruttore l'applicazione della *détention provisoire*.

Figura cardine di questa procedura, insieme al giudice istruttore, organo istituzionale che sovrintende la fase istruttoria del procedimento francese nel caso in cui l'organo d'accusa opti per il promovimento dell'azione penale, è il *juge des libertés et de la détention*, istituito con la legge n. 2000-516 del 15 giugno 2000. Al giudice istruttore fanno capo due competenze, quella di organo «inquirente» e quella di organo «giudicante»⁵¹⁸: da un lato, ricerca gli elementi probatori a favore e a sfavore dell'indagato, dall'altra può chiedere l'intervento della forza pubblica o nella fase cautelare sottoporre l'individuo a controllo giudiziario⁵¹⁹.

Al *juge des libertés et de la détention* è stata affidata la competenza a disporre la detenzione provvisoria e la proroga della misura⁵²⁰. Il fine è stato chiaramente quello di rafforzare la presunzione di innocenza prevedendo che la limitazione provvisoria della libertà fosse attribuita ad un giudice terzo e imparziale, estraneo all'inchiesta. Si sono, ovviamente, succeduti nel tempo plurimi interventi di riforma, tra i quali la l. 9 marzo 2004, n. 204 che ha rafforzato il ruolo della polizia e del pubblico ministero, cui si è accompagnata una erosione della posizione di centralità del giudice istruttore, con il trasferimento di buona parte dei suoi tradizionali poteri di controllo in capo al *juge des libertés et de la détention*⁵²¹.

Quest'ultimo è un giudice non a conoscenza delle indagini e che non ha predisposto l'arresto dell'indagato; per questi motivi, può garantire la terzietà e l'imparzialità nei casi di richiesta di detenzione provvisoria in maniera più compiuta rispetto al giudice istruttore⁵²².

I motivi che legittimano la richiesta di applicazione di una misura cautelare ai sensi dell'art. 144 del codice di procedura penale francese sono: a) la detenzione come l'unico mezzo per conservare le prove o gli indizi materiali, ovvero per impedire una pressione sui testi o sulle vittime, oppure una concertazione fraudolenta fra la

⁵¹⁸ M. CHIAVARIO, *Procedure penale d'europa, Belgio – Francia – Germania – Inghilterra – Italia*, Cedam, 2001, p. 104.

⁵¹⁹ Ibidem.

⁵²⁰ A. CIAVOLA, *Il rafforzamento*, p. 142.

⁵²¹ Organo giudicante inserito con la legge del 15 giugno 2000, n. 2000.516.

⁵²² A. CIAVOLA, *Il rafforzamento*, p. 142.

persona incriminata e dei complici; b) essa deve essere l'unico mezzo per proteggere la persona incriminata, per garantire il permanere a disposizione della giustizia, per mettere fine al reato o prevenirne la reiterazione; c) il reato, a causa della sua gravità, delle circostanze in cui è stato commesso o dell'entità del danno che ha prodotto, ha provocato un turbamento eccezionale e persistente all'ordine pubblico, per porre fine al quale l'unico mezzo è la detenzione. La detenzione cautelare può essere altresì disposta quando la persona *de qua* si sottrae volontariamente agli obblighi del *contrôle judiciaire*⁵²³.

Il procedimento prevede che, ove ricorrano questi presupposti, il pubblico ministero formuli la richiesta di applicazione della detenzione provvisoria al giudice istruttore, il quale, se la ritiene fondata, emette un'ordinanza motivata⁵²⁴ e la trasmette, insieme al *dossier* del procedimento e alla richiesta del pubblico ministero al *juge des libertés et de la détention*⁵²⁵. Alla luce degli elementi del *dossier* e dopo avere, se ritenuto utile, raccolto le osservazioni dell'interessato, il giudice informa quest'ultimo della sua intenzione di disporre la detenzione provvisoria e che egli ha diritto a richiedere un termine per preparare la difesa⁵²⁶, a

⁵²³ M. CHIAVARIO, *Procedure penali d'europa*, Cedam, 2001, p. 160-161. Il *Contrôle judiciaire* è una misura che consente di limitare la libertà di una persona sospettata di un reato. La persona posta sotto controllo giudiziario deve rispettare gli obblighi imposti dal giudice, durante le indagini.

⁵²⁴ Il giudice può emanare questa decisione provvisoria di arresto o mandato che limita in qualche modo la libertà dell'imputato; ma dal punto di vista psicologico non si sente ad esso vincolato perché sa che il vero e proprio provvedimento di custodia in carcere, quello definitivo, sarà preso soltanto dopo aver sentito le eventuali ragioni esposte dalla difesa (così in P. TONINI, *Intervento*, p. 100).

⁵²⁵ A. CIAVOLA, *Il rafforzamento*, p. 142. In realtà vige una variante all'art. 137 co. 4 del codice di procedura penale francese che prevede che «quando, accolte le richieste del pubblico ministero di collocamento in custodia cautelare, il gip ritiene che tale detenzione non sia giustificata e decida di non trasmettere gli atti del procedimento al giudice delle libertà e della detenzione, è tenuto a pronunciarsi senza indugio con ordinanza motivata, immediatamente portata a conoscenza del pubblico ministero.

In materia penale o per delitti puniti con la reclusione di dieci anni, il pubblico ministero può poi, se le richieste sono motivate, in tutto o in parte, dai motivi previsti dai numeri da 4° a 7° dell'articolo 144 e che specificano che intende applicare le disposizioni del presente comma, rivolgersi direttamente al giudice delle libertà e della detenzione, portando davanti a sé senza indugio l'imputato; l'ordinanza emessa dal giudice delle libertà e della detenzione, ove applicabile, comporta la nullità dell'ordinanza del gip che ha posto la persona sotto controllo giudiziario. Se decide di non rivolgersi direttamente al giudice della libertà e della detenzione, il pubblico ministero avvisa il giudice istruttore e la persona può essere rilasciata».

⁵²⁶ *Ibidem*.

cui segue peraltro l'*incarceration* ad evitare la fuga del richiedente⁵²⁷, comunque non superiore a quattro giorni. Nel caso in cui il soggetto non eserciti immediatamente tale diritto, si procede immediatamente al *débat contradictoire*⁵²⁸. Su queste premesse si deduce come a livello sostanziale l'udienza di differimento richiesta dall'indagato sia soprattutto incentrata sulla richiesta di revoca dell'*incarceration* da parte di quest'ultimo e la richiesta di conversione in *détention* da parte del pubblico ministero. L'udienza, salvo alcune eccezioni, è pubblica; vi partecipano il pubblico ministero, la persona e il difensore, nominato d'ufficio o di fiducia⁵²⁹. Il pubblico ministero non può essere assente (come invece avviene da noi nell'interrogatorio di garanzia – art.294 c.p.p.); al contrario deve presentare oralmente le proprie richieste e la difesa può controbattere⁵³⁰. Al termine dell'udienza il giudice decide con ordinanza motivata applicando la custodia cautelare in carcere o misure alternative che hanno efficacia deterrente nei confronti dell'imputato o anche la libertà su cauzione; soltanto nell'ipotesi in cui è disposta la misura custodiale, deve indicare le ragioni dell'insufficienza del controllo giudiziario⁵³¹.

Si evince come il legislatore francese abbia insistito sull'idea del *double regard*, ossia sull'idea secondo la quale per privare una persona della sua libertà, occorre l'esame di due magistrati, mentre ne basta uno per rimetterlo in libertà⁵³². Poiché in questo modello la decisione che dispone la custodia in carcere è resa in

⁵²⁷ M. G. AIMONETTO, *Processo penale francese*, p. 738; l'*incarceration* non può avere durata superiore a quattro giorni feriali e viene disposta con ordinanza inappellabile, trascorso questo termine si prosegue col contraddittorio come si illustrerà.

⁵²⁸ A. CIAVOLA, *Il rafforzamento*, p. 142.

⁵²⁹ Ibidem. La presenza del difensore è stata introdotta allo scopo di assicurare all'imputato una garanzia effettiva con la l. n. 291 del 2007 che ha previsto come obbligatoria la presenza del difensore accanto all'imputato nel corso del procedimento di applicazione della custodia e, nell'intento di circoscrivere il ricorso alla *détention provisoire*, ha riscritto l'art. 144, specificando in modo più analitico gli obiettivi della custodia e richiedendo che i presupposti per la sua applicazione risultino da elementi precisi e circostanziati, tutti requisiti che dovrebbero indurre il giudice a motivare in modo più puntuale l'ordinanza limitativa della libertà, così in M. G. AIMONETTO, *Processo penale francese*, p. 738.

⁵³⁰ P. TONINI, *Intervento*, p.100.

⁵³¹ A. CIAVOLA, *Il rafforzamento*, p. 142.

⁵³² V. ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport n. 1468, XI Legislature, *Rapport sur le projet de loi (1079) renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes* (Mme Christine Lazerges), in [www. Assemblee-nationale.fr](http://www.Assemblee-nationale.fr).

contraddittorio ed è motivata, l'impugnazione contro di essa è una «cosa seria»⁵³³. La dichiarazione di impugnazione deve essere motivata dal difensore ed è decisa dalla corte d'appello, e cioè da giudici più anziani rispetto a quello che ha emanato il provvedimento cautelare⁵³⁴. In particolare, l'imputato o il pubblico ministero possono, se il ricorso è proposto entro il giorno successivo alla decisione di messa in custodia cautelare, chiedere al presidente dell'autorità inquirente della camera istruttoria o, in caso di incapacità, al magistrato che lo sostituisce, di esaminare immediatamente il loro ricorso senza attendere l'udienza della camera istruttoria (art. 187 c.p.p. francese). L'indagato, il suo difensore o il pubblico ministero possono allegare eventuali osservazioni scritte a sostegno della richiesta. Su sua richiesta, il difensore dell'indagato presenta osservazioni orali davanti al presidente della sezione istruttoria o al magistrato che lo sostituisce, nel corso di un'udienza di gabinetto della quale viene informato il pubblico ministero affinché, se necessario, presenti le sue conclusioni⁵³⁵. L'avvocato ha l'ultima parola. Il presidente della sezione istruttoria delibera al più tardi il terzo giorno lavorativo successivo alla richiesta, tenendo conto degli elementi del fascicolo processuale, con ordinanza immotivata e inimpugnabile. Il presidente della sezione inquirente, se ritiene che non ricorrano le condizioni previste dall'articolo 144, può annullare l'ordinanza del giudice delle libertà e della detenzione e ordinare la liberazione della persona. La camera d'inchiesta viene quindi abbandonata. In caso contrario deve rimettere l'esame del ricorso alla Camera istruttoria.

⁵³³ P. TONINI, *Intervento*, p.100.

⁵³⁴ Ibidem. P. TONINI continua evidenziando come ciò che avviene in Francia è esattamente il contrario di ciò che avviene nel nostro ordinamento giuridico poiché «i n Italia la decisione sulla custodia in carcere non è pronunciata in contraddittorio, l'imputato ed il difensore possono impugnare senza indicare i motivi. Tutti gli imputati (anche quello più sprovveduto) presentano impugnazione, così i ruoli del tribunale del riesame risultano intasati. Inoltre, i giudici del tribunale devono «controllare» un collega che ha una anzianità di grado uguale e, a volte, maggiore».

⁵³⁵ Chi propone il ricorso previsto dall'articolo 187-1 può chiedere che sia esaminato direttamente dalla camera istruttoria. La decisione viene quindi decisa al più tardi, tenendo conto degli elementi del fascicolo, il quinto giorno lavorativo successivo alla richiesta (art.187 c.p.p. francese).

In realtà, vi sono stati molti dubbi in dottrina rispetto all'effettivo rafforzamento della presunzione di innocenza e la riduzione delle misure cautelari, al punto che si è segnalato il rischio che la riforma fosse una innovazione inutile⁵³⁶.

Soprattutto, si nutrivano perplessità sul fatto che potesse offrire maggiori garanzie in termini di imparzialità del giudice, visto che il *juge des libertés et de la détention* sarebbe stato comunque influenzato dal parere del giudice istruttore⁵³⁷ che, a differenza sua, ha piena conoscenza dell'attività istruttoria. Inoltre, si criticava che il giudice istruttore potesse essere deresponsabilizzato, poiché la decisione necessitava della approvazione del *juge des libertés et de la détention*⁵³⁸ e, così, nessuno dei due poteva apparire come responsabile per le decisioni assunte⁵³⁹.

A seguito dell'*affaire d'Outreau*⁵⁴⁰ è stata istituita in Francia una commissione d'inchiesta nominata dal parlamento per ricercare le cause del disfunzionamento della giustizia emerse da questo caso giudiziario e per formulare delle disposizioni al fine di evitare che i problemi si riverificassero. Il caso d'*Outreau* non contiene infatti disfunzioni proprie ma rivela una crisi del sistema giudiziario francese. Questo caso esprime soltanto il culmine «dell'improvviso peggioramento di una condizione cronica»⁵⁴¹. L'esito della commissione è stato il c.d. rapporto d'*Outreau* da cui è emerso che in generale la figura del *juge des libertés et de la détention* non è che una «garanzia apparente», infatti viene descritto come uno «spettatore episodico del *dossier*», che è solito condurre un contraddittorio «monco» o «artificiale» tendente a confermare le richieste del giudice istruttore. È «monco» perché il giudice non può dibattere con la persona esaminata né con il suo avvocato sui fatti del *dossier*; è «artificiale» perché, essendo privata l'essenza del dibattito, non è possibile affrontare la sostanza, che dovrebbe riguardare il contenuto del

⁵³⁶ J. PRADEL, *Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi de 15 juin 2000. Evolution ou révolution?* in *Recueil Dalloz*, Chroniques, 2001, p. 1045.

⁵³⁷ V. M. G. AIMONETTO, *Le recenti riforme della procedura penale francese*, p. 134.

⁵³⁸ A. CIAVOLA, *Il rafforzamento*, p. 143.

⁵³⁹ J. PRADEL, *Les personnes suspectes*, p. 1046.

⁵⁴⁰ È un caso giudiziario assai famoso in Francia che trae il proprio nome dal lugo in cui i fatti si sono svolti e che ha portato all'incarcerazione di diciassette persone per reati di pedofilia, poi scagionate. È stato definito un «disastro giudiziario» che ha portato ad innumerevoli ipotesi di riforma del processo penale.

⁵⁴¹ C. BESNIER – D. SALAS, *La crisi d'outreau: dall'influenza dell'emozione all'ambiguità della riforma*, *Droit et cultures*, 2008, p.87-102.

dossier, così invece viene esaminata solo la sussistenza dei presupposti delle misure⁵⁴² rendendo il contraddittorio anticipato una mera illusione. A suscitare maggiori perplessità è stato il fatto che il *juge des libertés et de la détention* interveniva per ultimo e che fosse privo di poteri istruttori (cioè non aveva la possibilità di acquisire nuove prove)⁵⁴³. Tutto ciò ha reso la sua funzione priva di quel significato di garanzia che si voleva perseguire⁵⁴⁴. All'esito di questo dibattito parlamentare emerse che non era necessario eliminare il contraddittorio anticipato, né la figura del giudice istruttore, quanto piuttosto individuare istituti che potessero migliorare queste criticità. La scelta del legislatore francese è stata quella di indirizzarsi verso un ampliamento delle conoscenze del *juge des libertés et de la détention* e, soprattutto, verso la trasformazione in organo collegiale dell'organo titolare dell'*instruction*⁵⁴⁵. Si è voluto mantenere il *juge des libertés et de la détention*, ma affidando a tre giudici piuttosto che al solo giudice istruttore la valutazione della sussistenza dei presupposti di applicazione di una misura privativa della libertà personale e delle ragioni per cui non è sufficiente il *Contrôle judiciaire*, nella convinzione che la collegialità permetta di ridurre il rischio di errore⁵⁴⁶. Con la legge del 2009 n. 2009-526 si è così introdotta la collegialità del giudice istruttore: ora l'istruttoria è affidata ad un collegio composto da tre giudici d'istruzione, di cui un magistrato di primo grado con la funzione di presidente⁵⁴⁷.

2. Il modello inglese

L'ordinamento inglese si basa sulla *rule of law* di matrice anglosassone; per questo gli appartiene l'idea che i diritti e le libertà non sono garantiti da un atto normativo

⁵⁴² Così il Procuratore della Repubblica M. Gérald Lesigne. In verità, però, vi sono opinioni diverse, infatti l'art. 15 del codice di rito francese prevede che il giudice debba decidere sulla base degli elementi del *dossier* il che significa che lo debba conoscere. Semmai il problema deriva dal fatto che essi si sono trovati ad operare in situazioni d'urgenza e, peraltro, dopo una giornata trascorsa ad occuparsi di altre questioni (così in A. CIAVOLA, *Il Rafforzamento*, p. 144.)

⁵⁴³ *Ibidem*.

⁵⁴⁴ A. CIAVOLA, *Il Rafforzamento*, p. 144

⁵⁴⁵ A. CIAVOLA, *Il Rafforzamento*, p. 145.

⁵⁴⁶ *Ibidem*.

⁵⁴⁷ *Ibidem*.

dalla cui permanenza in vigore essi sono condizionati, bensì dalla concreta prassi dei giudici, la cui funzione è quella di salvaguardare i diritti anche contro la legge⁵⁴⁸. La ricognizione delle caratteristiche fondamentali del processo penale inglese non è agevole in quanto manca un codice di rito e quindi la possibilità di rinvenire quei parametri concettuali e sistematici che sono propri di ogni opera di codificazione. La conseguenza è una mancata aggregazione della materia intorno a un nucleo normativo forte, attesa l'assenza di una costituzione scritta, e la parcellizzazione della disciplina in una serie di provvedimenti normativi e in un *case law* (costituito dalle decisioni giudiziarie considerate come fonti di diritto in virtù del principio dell'obbligatorietà del precedente)⁵⁴⁹.

I principi su cui si fonda la procedura penale inglese sono desunti principalmente dalla *Magna Charta* (1215), dalla *Petition of Right* (1628), dall'*Habeas Corpus* (1679) e dal *Bill of Rights* (1689)⁵⁵⁰. È l'art. 39 della *Magna Charta* che prescrive che «*no free man is to be arrested, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in any other way ruined, nor will we go against him or send against him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land*». Inoltre, nell'*Habeas Corpus Act* viene sancito come la libertà personale non possa essere limitata per un tempo superiore a tre giorni e che il responsabile dovrà rimettere il detenuto in persona al *Lord Chancellor*⁵⁵¹. Infine, con lo *Human Rights Act*, che ha riconosciuto la C. E. D. U, si è perseguito il risultato di rendere questa Convenzione e la relativa giurisprudenza fonte di diritti e obblighi diretti nell'ordinamento inglese in relazione a tutti i procedimenti legali, inclusi i procedimenti penali, senza tuttavia arrivare al punto di incorporare in senso tecnico la Convenzione nel diritto inglese⁵⁵². L'*Act*, infatti, stabilisce la prevalenza delle norme convenzionali su quelle interne fondate sulla tradizione giuridica di *common law*⁵⁵³. In relazione, invece, al diritto di fonte legislativa, il rapporto con i *Convention rights* si configura in termini differenti: ai giudici è fatto obbligo di interpretare e applicare le norme

⁵⁴⁸ BIN, *Stato di diritto*, in *Enc. dir.*, Annali, Vol. IV, Giuffrè, 2011, p. 1152.

⁵⁴⁹ V. PLATANÈ, voce *Processo penale inglese*, in *Enc. dir.*, Annali II – 1, Giuffrè, 2008, p. 744.

⁵⁵⁰ M. CHIAVARIO, *Procedure penali d'Europa*, p. 232.

⁵⁵¹ Il *Lord Chancellor* è un ministro del Gabinetto e attualmente membro della Camera dei Comuni.

⁵⁵² V. PLATANÈ, *Processo penale inglese*, p. 747.

⁵⁵³ *Ibidem*.

interne adeguandole alle disposizioni pattizie, i cui contenuti vanno ricostruiti alla stregua della giurisprudenza della Corte europea e di tutti gli atti non giurisdizionali provenienti dalla stessa⁵⁵⁴.

Ora, nell'ordinamento inglese, la polizia e il giudice dispongono, ambedue, di poteri coercitivi. La polizia non esercita le proprie attribuzioni alle dipendenze o sotto la direzione della magistratura; non è configurabile un'articolazione del rapporto tra polizia e *prosecutor* omologabile a quella esistente tra polizia giudiziaria e pubblico ministero nell'ordinamento italiano⁵⁵⁵. La conseguenza è che in questo modello durante la fase investigativa vi è un predominio della polizia giudiziaria. Oggi, in seguito al *Criminal Justice Act* del 2003, nella maggior parte dei casi le scelte in ordine all'esercizio dell'azione penale sono prerogativa del *crown prosecutor*⁵⁵⁶, al quale è devoluto il compito di determinare la formulazione dell'imputazione sulla scorta delle informazioni trasmesse dalla polizia in esito alle indagini⁵⁵⁷. Invece, in materia di poteri investigativi la polizia mantiene ancora dei poteri particolarmente ampi. Alcuni di questi vengono esercitati in autonomia, altri necessitano di una previa autorizzazione da parte del giudice attraverso il rilascio di *warrant*. Le iniziative della polizia non sono legate alla flagranza o urgenza quanto piuttosto alla natura e alla gravità del reato e alla sussistenza di indizi.

Per ciò che concerne l'arresto, questo rientra tra i poteri di autonoma iniziativa della polizia, anche senza mandato, quando il soggetto è colto nella flagranza o sul punto di commettere ovvero sospettato di aver commesso un reato la cui pena raggiunga

⁵⁵⁴ Ibidem; inoltre, continua spiegando che «nell'ipotesi in cui, in sede processuale, si rilevi un conflitto tra una norma di diritto interno e una clausola convenzionale, l'*Act* non consente in questo caso un potere di disapplicazione diretta ad opera dell'organo adito, come avviene nell'ipotesi di norma secondaria (*common law* o *equity*), ma predispone un meccanismo di controllo, imperniato sulla declaratoria di incompatibilità della norma rispetto alla Convenzione, ad opera di una giurisdizione superiore, atto a dare impulso ad una iniziativa governativa volta a segnalare il "vizio" al Parlamento per sollecitarlo a modificare la disposizione incompatibile».

⁵⁵⁵ Ibidem.

⁵⁵⁶ È un istituto costituito nel 1985 dal *Prosecution of Offences Act* ed ha al suo vertice il *Director of Public Prosecution*. Questo ha la funzione di proseguire o bloccare i procedimenti che sono stati avviati dalla polizia. Se la polizia non prende iniziativa di regola il *Crown Prosecution Service* non interviene. I procuratori hanno diritto di accesso davanti alla *Magistrates's Court*. (così spiega M. CHIAVARIO, *Procedure penali d'europa*, p. 238).

⁵⁵⁷ Ibidem. Diversamente dal passato quando questo potere era affidato alla polizia giudiziaria.

nel massimo almeno cinque anni di reclusione⁵⁵⁸. Questi poteri di arresto senza mandato sono stati enormemente estesi dal *Serious and Organised Crime and Police Act 2005*; prima, infatti, l'arresto senza mandato era consentito solo se il reato commesso fosse punito con una pena detentiva non inferiore a cinque anni⁵⁵⁹. Negli altri casi, l'arresto è subordinato all'autorizzazione del giudice di pace, il quale, quando emette un mandato di arresto, è tenuto a valutare il fondamento della richiesta della polizia⁵⁶⁰. Una volta eseguito l'arresto si prevede la conduzione dell'arrestato presso la stazione di polizia, al cospetto del *custody officer*⁵⁶¹, soggetto estraneo all'attività di indagine, il quale, operando verifiche ad intervalli regolari, la prima a sei ore dall'arresto, quelle successive a distanza di nove ore, se ritiene non sussistano elementi sufficienti per la formulazione del *charging* e l'eventuale rilascio incondizionato o dietro cauzione (*bail*), nelle more del procedimento o per l'eventuale applicazione di una misura cautelare, può trattenere l'arrestato fino ad un massimo di ventiquattr'ore per fini investigativi⁵⁶². Superate le trentasei ore lo stato limitativo della libertà può essere protratto solo con un mandato del giudice per ulteriori trentasei ore e comunque per un tempo non superiore di novantasei ore⁵⁶³. Entro questo tempo l'arrestato può essere accusato e allora gli viene applicata una misura cautelare o viene rilasciato dietro cauzione; oppure, può essere rilasciato con un provvedimento che attesta l'assenza di una accusa⁵⁶⁴. Una volta condotto nella stazione di polizia l'arrestato può essere interrogato e viene perquisito, però il diritto di difesa richiede che prioritariamente venga informato della possibilità di avvalersi del diritto al silenzio e di essere assistito da un difensore⁵⁶⁵.

⁵⁵⁸ O se la persona è sospettata di aver commesso un reato di terrorismo. Altrimenti sarà necessario il *warrant*.

⁵⁵⁹ V. PLATANÈ, *Processo penale inglese*, p. 763, nt. 100.

⁵⁶⁰ M. CHIAVARIO, *Procedure penali d'europa*, p. 270; qui si specifica che il *Magistrate's Court Act* consente al giudice di emettere un mandato di arresto se si tratta di un'*indictable offence* oppure se il reato è punito con una pena detentiva o, ancora, se il recapito dell'accusato è incerto.

⁵⁶¹ È un agente che ha il grado di ufficiale all'interno della polizia e che ha prestato giuramento alla legge.

⁵⁶² V. PLATANÈ, *Processo penale inglese*, p. 763; in ogni momento il *custody officer* può comunque liberarlo se ritiene che non sussistano più le ragioni che giustificavano la misura.

⁵⁶³ V. PLATANÈ, *Processo penale inglese*, p. 763.

⁵⁶⁴ *Ibidem*.

⁵⁶⁵ *Ibidem*.

Altra misura è il fermo di polizia giudiziario. La polizia può trattenere una persona per 24 ore. Con l'autorizzazione di un ufficiale, la durata del fermo potrà essere prolungata sino a 36 ore⁵⁶⁶. Oltre questo periodo la proroga è di competenza del giudice di pace. Questa specie di fermo presuppone che la polizia ritenga necessaria la detenzione di una persona per ottenere o conservare integre le prove⁵⁶⁷. Il fermo deve cessare dopo l'incriminazione da parte della polizia giudiziaria, salvo che esista un dubbio sull'esattezza della dimora o dell'identità dell'accusato, o salvo che la sua detenzione sia necessaria per proteggere un terzo o lui stesso, o, ancora, che vi sia il rischio che l'accusato non si presenti davanti al giudice⁵⁶⁸.

A questo punto in seguito a fermo o arresto se l'indagato viene accusato deve comparire davanti la *Magistrate's Court*⁵⁶⁹ al più presto possibile. Questa udienza di comparizione è chiamata *first appearance* e ha lo scopo di far richiedere il *bail*, apprendone la procedura, oppure se non richiesto o non disposto ne conseguirà l'applicazione di una misura custodiale. La *Magistrate's Court*, infatti, è l'autorità competente in materia di custodia carceraria. I *magistrates* hanno due generi di poteri al riguardo: quelli che fanno capo all'istituto del *remand in custody* e quelli che attengono all'istituto del *commit in custody*⁵⁷⁰. Il *remand in custody* consente a un *magistrate* di tenere in carcere una persona durante le more di un procedimento di competenza della stessa *Magistrates's Court*; il *commit in custody* gli permette invece di incarcerare una persona fino al giudizio, quando è stato rimesso alla *Crown Court*⁵⁷¹.

È necessario approfondire l'istituto del *bail* inglese, in quanto rappresenta quella particolare procedura di *Common law*, attraverso la quale si rimette in libertà il sospettato o l'accusato, gravato dall'obbligo di presentarsi ad intervalli regolari presso gli uffici di polizia ovvero di comparire nel giorno e nel luogo fissato per

⁵⁶⁶ Ibidem.

⁵⁶⁷ Ibidem.

⁵⁶⁸ Ibidem.

⁵⁶⁹ Questa è la corte di grado più basso nel sistema giudiziario inglese. La sua competenza, per ciò che riguarda le cause penali, concerne i reati meno gravi; mentre, quelli più gravi vengono deferiti alla *Crown court*.

⁵⁷⁰ M. CHIAVARIO, *Procedure penali d'europa*, p. 272.

⁵⁷¹ Ibidem. La *Crown Court* è la corte competente per i reati più gravi che ad essa vengono rinviati dalla *Magistrates's Court*.

l'udienza, talora, ma non sempre, dietro prestazione di adeguate garanzie, nelle forme di una cauzione, da parte dello stesso imputato o di un terzo garante⁵⁷². La procedura del *bail* consente un contraddittorio anticipato durante la procedura cautelare. Infatti, esiste un vero e proprio *right to bail*, che riconosce al *defendant* di rivolgere una *bail application*, cioè la richiesta formale di applicare il *bail* in luogo della *custody*, fin dal primo momento in cui il soggetto compare davanti alla *Magistres's Court*⁵⁷³.

Questo istituto consente di conciliare due interessi preminenti ma antitetici, quali, da un lato, il tradizionale diritto dell'accusato alla libertà, prima e durante il giudizio e, dall'altro lato, l'interesse dello Stato ad assicurare la presenza dell'accusato stesso al processo⁵⁷⁴. Efficacemente definito il «dilemma angloamericano sulla presunzione di non colpevolezza», esso delinea il trattamento da riservare ad una persona che deve reputarsi innocente, allorché non si deve escludere che possa essere anche colpevole⁵⁷⁵. Vigè una presunzione a favore dell'istituto che chiede alla pubblica accusa di indicare a *good reason* perché possa essere negato, ma nel bilanciamento dei valori sottesi al *bail*, sono meritevoli di considerazione anche i diritti della vittima e gli interessi della collettività ed è per tale ragione che due dei tre principali motivi di rigetto, ineriscono al pericolo di commissione di gravi delitti ed alla necessità di proteggere i testimoni⁵⁷⁶. L'istituto si sostanzia nel dovere del soggetto rilasciato di mettersi sotto la custodia della corte⁵⁷⁷ e nel caso di mancato rispetto del dovere egli commetterà il reato di *absconding*. Le condizioni oggetto del *bail* possono essere varie⁵⁷⁸ e sono suscettibili di costituire oggetto di negoziazione

⁵⁷² V. PLATANÈ, *Processo penale inglese*, p. 747.

⁵⁷³ J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, Oxford, 2008, p. 112.

⁵⁷⁴ C. FIORIO, *Libertà personale dell'imputato e bail*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, p. 456.

⁵⁷⁵ A. DE VITA, voce «*Bail*», in *Digesto delle Discipline Penali*, I, Torino 1989, p. 412.

⁵⁷⁶ C. FIORIO, *Libertà personale dell'imputato e bail*, p. 458.

⁵⁷⁷ Cioè la presentazione dell'accusato alla polizia ovvero all'udienza.

⁵⁷⁸ Possono costituire oggetto di negoziazione tra accusa e difesa: a) surety (fideiussione personale): impegno a pagare una somma di denaro fissata dalla Corte, quale garanzia che l'accusato ottempererà all'obbligo di presentarsi alla Corte. Il giudice dovrà valutare l'idoneità dei garanti particolarmente rispetto alle risorse finanziarie, al grado di parentela, di amicizia o di rapporti di vicinato con l'accusato. In caso di mancata comparizione, tutta o parte della somma viene incamerata; b) security (garanzia): deposito cauzionale: l'imputato consegna personalmente il suo denaro, beni mobili,

tra accusa e difesa. Laddove il *prosecutor* si opponga all'istituto, inoltre, esso sarà oggetto di una apposita udienza e sottoposto al giudizio della *Magistrates' Court*⁵⁷⁹. Precisamente, la Corte domanda alla difesa se vuole presentare una *bail application* e, in caso affermativo, chiede al prosecutor di esprimere il proprio assenso ovvero di formulare le proprie obiezioni ed opposizioni. In caso di assenso, il giudice si limita ad un ruolo «notarile» di ratifica della volontà negoziale delle parti⁵⁸⁰. Nel caso in cui il *prosecutor* si opponga deve presentare degli elementi specifici⁵⁸¹ (14.5(3) CrimPR) e richiedere una misura custodiale. Tuttavia, come mostra la dottrina⁵⁸², anche se il *prosecutor* è indipendente, spesso rimane influenzato dagli atti della polizia e ciò accade perché la polizia esercita una forte influenza non solo sulla *magistrates's court*, in quanto i giudici difficilmente hanno strumenti gnoseologici ulteriori rispetto agli atti che la polizia trasmette loro; ma anche, sul *Crown Prosecution Service*. L'esito è che sostanzialmente la posizione della polizia determina la concessione del *bail*. Una volta che sono state presentate le richieste il giudice concede all'indagato di esercitare il suo diritto di difesa, che si sostanzierà nel provare che non sussistono motivi per non rispettare il *bail*⁵⁸³. A tal proposito, il difensore può anche chiamare in giudizio un garante che, alla luce della propria solvibilità ed ai legami intercorrenti con l'imputato, potrebbe convincere la Corte a provvedere alla scarcerazione⁵⁸⁴. Se l'istanza dell'indagato viene rigettata, questo

passaporto, ecc. Detti valori sono confiscati in caso di absconding; c) reporting to a police station: presentazione alla police station ad intervalli regolari, finalizzata a contenere il rischio di absconding; c) curfew (coprifuoco): arresto domiciliare (solitamente dalle 8 pomeridiane alle 7 antimeridiane); d) residence (obbligo di dimora, incluso il bail hostel); e) avoiding a particular area: divieto di dimora; f) avoiding a particular activity (interdizione dall'esercizio di una particolare attività); g) avoiding contacts with prosecution witnesses (divieto di incontrare i testimoni d'accusa); surrendering a passport: (divieto d'espatrio); electronic monitoring (braccialetto/domicilio elettronico); così in G. MONTAGU-M. WESTON, *Legal Practice Companion*, 18a ed., London 2012-2013, p. 515 ss

⁵⁷⁹ C. FIORIO, *Libertà personale dell'imputato e bail*, p.461.

⁵⁸⁰ C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, Cedam, 2016, p. 118.

⁵⁸¹ J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, p. 111.

⁵⁸² Così A. HUCKLESBY, *Remand decision makers'*, in *Criminal Law Review*, 1997, p. 269; C. PHILIPS - D.BROWN, *Entry into the Criminal Justice System: a Survey of Police Arrests and their Outcomes*, in AA. VV., *Home Office Research Study No 185*, Home Office, 1998; B. MHLANGA, *Race and Crown Prosecution Service Decisions* Stationery Office, 1999, p. 134 s

⁵⁸³ C. FIORIO, *Il Bail nel sistema inglese*, *Archivio penale*, 2013, p. 3.

⁵⁸⁴ J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, p. 111.

potrà difendersi ancora attraverso il *full argued bail application*, che consiste in una successiva udienza dove può essere esercitata la facoltà di difendersi argomentando proprio il merito della richiesta di non concessione del *bail* proveniente dal *prosecutor*. Se anche questa richiesta verrà rigettata, in assenza di nuovi elementi probatori, la corte non ha più l'obbligo di concedere ulteriori udienze *ex. art. 154 del Criminal Justice Act 1988*. Ogni provvedimento di rigetto deve essere motivato⁵⁸⁵.

Per quanto concerne la legittimità di questo istituto a livello sovranazionale l'art. 5 co. 3 C.E.D.U. sancisce che la persona privata della libertà prima della sentenza definitiva possa essere rilasciata in seguito a non specificate garanzie (la cui scelta è rimessa agli stati parte della convenzione) che «assicurino la comparizione della persona all'udienza», dunque è assolutamente legittimo.

Per introdurre la cauzione nell'ordinamento italiano vanno però analizzati due temi: quello sulla contumacia e quello sul contraddittorio anticipato. Quanto al primo, la cauzione ha la finalità di garantire la presenza dell'imputato all'udienza, e allora il processo in *absentia*⁵⁸⁶ sembra essere incompatibile con il sistema accusatorio, che, invece, impone al soggetto solo un onere di partecipare al processo, mentre il *bail* giunge al trasporto coattivo dell'imputato se questo non compare autonomamente. Quanto al secondo tema, il tentativo di costruire la cauzione quale alternativa *ab initio*⁵⁸⁷ postula la rimeditazione della necessità di un'anticipazione del contraddittorio cautelare, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 289 co. 2 c.p.p., anche perché è onere dell'interessato fornire indicazioni al riguardo per consentire al giudice di valutare a monte ogni indicazione utile a quantificare l'entità della cauzione⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, p. 112.

⁵⁸⁶ Questo è incentrato sulla necessità di garantire la conoscenza effettiva del processo penale o quantomeno del procedimento instaurato nei confronti dell'imputato, a cui si aggiunge il dovere di questo soggetto di interessarsi (senza esserne però obbligato) agli sviluppi della vicenda giurisdizionale nella quale è personalmente coinvolto.

⁵⁸⁷ V. GREVI, voce *Libertà personale dell'imputato*, in Enc. dir., XXIV, Milano 1974, p. 403.

⁵⁸⁸ C. FIORIO, *Libertà personale dell'imputato e bail*, p. 466; inoltre continua proponendo, in attesa di soluzioni al dibattito su contumacia e contraddittorio anticipato «l'introduzione, nel corpo del vigente codice di rito, di un art. 283-bis, in cui la libertà su cauzione si configuri quale misura

3. Il modello statunitense

Il sistema processuale penale statunitense si articola in una pluralità di ordinamenti autonomi, quello federale e quelli di cinquanta stati dell'unione, tutti dotati di una propria costituzione, organizzazione giudiziaria, normativa penale sostanziale e processuale, come ogni Stato sovrano⁵⁸⁹. Tutti gli ordinamenti sono soggetti, in forza dell'art. VI della Costituzione alla Costituzione stessa (legge suprema del Paese), a cui tutti i giudici di ogni stato devono conformarsi (c.d. *supremacy clause*)⁵⁹⁰. Le disposizioni Costituzionali e il *Bill of Rights*⁵⁹¹ contengono molto diritto processuale penale⁵⁹² al punto da poter essere assimilate ad un codice di procedura penale di fonte costituzionale⁵⁹³.

cautelare autonoma, avente per oggetto il deposito di una somma di denaro, anche rateizzabile, commisurata alla gravità del fatto ed alle condizioni economiche dell'imputato. Sulla falsariga della tradizione, ma anche dell'art. 49 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, si potrebbero equiparare alla «somma di denaro» delle garanzie ipotecarie o fideiussorie, riservando al giudice la verifica sull'idoneità dei garanti».

⁵⁸⁹ V. FANCHIOTTI, voce *Processo penale statunitense*, in *Enc. dir.*, Annali II – 1, Giuffrè, 2008, p.808.

⁵⁹⁰ *Ibidem*.

⁵⁹¹ Le singole garanzie del *Bill of Rights*, originariamente indirizzate alla sola giurisdizione federale, trovano applicazione in tutti gli Stati, nella misura in cui riflettono un aspetto del *due process of law* che, secondo il XIV Emendamento del 1868, è vincolante anche a livello statale; così in V. FANCHIOTTI, *Processo penale statunitense*, p. 809.

⁵⁹² In particolare il V emendamento sancisce che «Nessuno sarà tenuto a rispondere di reato, che comporti la pena capitale, o che sia comunque grave, se non per denuncia o accusa fatta da un "Grand Jury" a meno che il caso riguardi membri delle forze di terra o di mare, o della milizia, in servizio effettivo, in tempo di guerra o di pericolo pubblico; e nessuno potrà essere sottoposto due volte, per un medesimo reato, a un procedimento che comprometta la sua vita o la sua integrità fisica; né potrà essere obbligato, in qualsiasi causa penale, a deporre contro sé medesimo, né potrà essere privato della vita, della libertà o dei beni, senza un giusto processo; e nessuna proprietà privata potrà essere destinata a uso pubblico, senza equo indennizzo». E il VI emendamento «garantisce un processo penale rapido e pubblico. Richiede il processo da parte di una giuria (di pari), garantisce il diritto alla difesa per l'accusato, e prevede che i testimoni debbano assistere al processo e testimoniare in presenza dell'accusato»

⁵⁹³ Le clausole incorporate a livello statale comprendono il diritto a non subire perquisizioni, sequestri e arresti irragionevoli senza mandato (IV Emendamento); a non essere sottoposti a due processi per lo stesso reato, a non essere costretti a testimoniare contro di sé (V Emendamento); ad un processo rapido e pubblico davanti ad una giuria imparziale nello Stato e nel distretto in cui il reato è stato commesso, all'avviso circa la natura e il fondamento dell'imputazione, ad essere posti a confronto con i testimoni a carico ed a presentare anche coattivamente quelli a discarico, a godere dell'assistenza difensiva (VI Emendamento) e a non essere sottoposti ad una cauzione eccessiva per il rilascio in pendenza del procedimento (VIII Emendamento).

Nei reati comuni l'inizio del procedimento coincide con l'atto di arresto, attuato quando si sono acquisiti fatti, circostanze, o informazioni degne di fede e sufficienti a giustificare in un uomo prudente la convinzione che l'arrestando abbia commesso un reato (*probable cause*). La *probable cause* si rivela dunque la vera chiave di volta del sistema, risultando condizione necessaria, ma anche in genere sufficiente per l'assunzione del provvedimento⁵⁹⁴. La ricorrenza di specifica esigenza cautelare, in effetti, non risulta contemplata fra i requisiti indispensabili alla legittimazione dell'arresto⁵⁹⁵. L'assunto viene in genere giustificato in base alla considerazione che tale necessità non è legalmente sancita, dovendo piuttosto trovare il proprio fondamento – quasi un principio giusnaturalistico – al di là delle strette regole di procedura penale⁵⁹⁶. L'arresto in luogo pubblico⁵⁹⁷ può, dunque, essere operato sul solo e semplice presupposto della *probable cause*.

L'arresto può avvenire con *warrant* o senza *warrant*: quest'ultimo è effettuato autonomamente dalla polizia per tutti i crimini (*felonies*) indipendentemente dalla flagranza, mentre per i reati minori serve la flagranza. Da ciò si evince come l'arresto non abbia tanto la finalità di essere un preludio per la misura cautelare, quanto quella di essere un meccanismo per condurre l'imputato di fronte all'autorità giudiziaria, rendendolo così edotto dell'esistenza di un procedimento nei suoi confronti, in un sistema che ignora il giudizio in contumacia⁵⁹⁸.

Di norma, il *warrant* va richiesto⁵⁹⁹ dalla polizia al *magistrate*⁶⁰⁰; tuttavia, la regola subisce numerose e significative eccezioni. Infatti, il *warrant* può essere concesso anche da altri soggetti terzi ed imparziali: così numerosi funzionari non propriamente investiti di funzioni giurisdizionali (ad esempio il *clerk*, sorta di

⁵⁹⁴ R. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti.*, Giappichelli, 2002, p. 5.

⁵⁹⁵ *Ibidem*.

⁵⁹⁶ *Ibidem*.

⁵⁹⁷ In luogo privato è anche necessario un mandato dell'autorità giudiziaria, poiché attraverso l'arresto viene ristretta non solo la libertà personale del soggetto, ma anche il suo diritto alla *privacy*.

⁵⁹⁸ V. FANCHIOTTI, *Processo penale statunitense*, p. 810.

⁵⁹⁹ La richiesta deve contenere tutti gli elementi della *probable cause*.

⁶⁰⁰ Il *magistrate* è il giudice delle corti federali statunitensi. La corte federale un tipo di corte distrettuale presente in ogni distretto del territorio statunitense, anche se alcuni distretti hanno più di una corte federale. Questa si caratterizza per essere a giurisdizione limitata, infatti, può occuparsi solo di casi che coinvolgono controversie tra residenti di Stati federali diversi, questioni di diritto federale o reati federali.

cancelliere, o un altro ausiliario del giudice) hanno titolo all'emanazione del provvedimento⁶⁰¹. Una volta eseguito l'arresto l'arrestato viene condotto presso la stazione di polizia dove viene eseguito il *booking*⁶⁰², e da questo momento la polizia non potrà rilasciare l'indagato senza presentarlo al giudice dell'*initial appearance*. Tra il *booking* e l'*initial appearance* la polizia può interrogare l'arrestato sotto la protezione del V Emendamento⁶⁰³ e inoltre deve informarlo dei suoi diritti, tra i quali vi è quello di chiedere l'assistenza del difensore: ogni informazione ottenuta in violazione di questi diritti non potrà essere utilizzata come prova nel dibattimento.

L'*initial appearance* è una udienza pubblica in cui l'arrestato deve essere condotto entro ventiquattro o quarantotto ore⁶⁰⁴ al massimo dalla cattura, questa ha la finalità di verificare se l'arresto è stato eseguito in presenza di tutti i presupposti (in particolare in presenza della *probable cause*), infatti se l'esito «è negativo il *magistrate* ordina l'immediata scarcerazione»⁶⁰⁵; al contrario, se l'esito è positivo il procedimento continua e l'arrestato può essere rilasciato per cauzione a garanzia della futura comparizione al processo o sottoposto a misura cautelare su richiesta dell'accusa⁶⁰⁶. L'udienza di convalida svolge pure altre finalità: informare l'imputato dell'accusa formulata a suo carico; avvisarlo della facoltà di rilasciare dichiarazioni avvertendolo allo stesso tempo che può avvalersi del *privilege against self-incrimination*; avvisarlo altresì del diritto all'assistenza difensiva; provvedere

⁶⁰¹ R. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti.*, Giappichelli, 2002, p. 6; che continua affermando come sia «evidente che, ridotto in tali termini il procedimento per il giudizio sulla sussistenza della *probable cause*, la garanzia costituzionale sembra scolorire, da garanzia fondamentale, in scontata clausola di stile. È vero, d'altronde, che l'arrestato deve comparire – in tempi brevissimi rispetto all'esecuzione della misura – dinanzi all'autorità giudiziaria per la convalida del provvedimento. Sarà dunque prevalentemente nel corso del *first appearance hearing* che, con le forme proprie del giudizio *adversary*, potrà svolgersi il pieno contraddittorio sulla fondatezza della *probable cause*».

⁶⁰² Questo consiste nell'inserire nell'apposito registro i dati anagrafici e segnaletici nonché l'indicazione del reato per cui si è proceduto all'arresto.

⁶⁰³ Questo sancisce come nessuno possa essere costretto in un procedimento penale ad essere testimone contro se stesso.

⁶⁰⁴ Il tempo varia a seconda degli ordinamenti.

⁶⁰⁵ A. GASPARINI, *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, AA.VV., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, p. 66.

⁶⁰⁶ BJ. GEORGE, *La fase anteriore al dibattimento*, in Aa. Vv. *Il processo penale negli Stati Uniti D'America*, a cura di E. AMODIO – M. C. BASSIOUNI, Giuffrè, 1988, p.112).

in ordine alla libertà personale dell'arrestato disponendo, se del caso, il rilascio dietro cauzione⁶⁰⁷. Per specificare, il magistrato della Corte federale, dopo aver verificato la legittimità della restrizione, dispone il rilascio del soggetto previa garanzia della cauzione o dell'impegno assunto dall'imputato di presentarsi alle udienze successive. L'arrestato può essere posto in libertà in base alla semplice dichiarazione con la quale si obbliga a comparire al dibattimento ovvero all'assunzione dell'obbligo di pagare una somma di denaro in caso di mancata comparizione (malleveria), pur senza essere tenuto ad offrire alcuna garanzia reale o personale (fideiussione)⁶⁰⁸. La libertà non può essere concessa se il giudice ritiene che l'imputato possa non presentarsi al dibattimento o mettere in pericolo singole persone o un numero indeterminato di persone⁶⁰⁹. Qualora l'assunzione diretta dell'obbligo o la malleveria non siano tali da far ritenere sicura la comparizione all'udienza, il giudice deve cercare altre misure idonee a far conseguire questo risultato⁶¹⁰. Se non vi è alcuna misura capace di tutelare la collettività, l'imputato continua ad essere sottoposto a custodia cautelare nel corso del dibattimento⁶¹¹.

In quest'ultimo caso, il procedimento continua prevedendo un'udienza per l'applicazione di una custodia cautelare (*detention hearing*) a ridosso di quella di prima comparizione su richiesta dell'accusa oppure *ex officio* in specifici casi⁶¹². Innanzitutto, la restrizione dello *status libertatis* nelle more del giudizio è una *extrema ratio* consentita solo per prevenire il pericolo di commissione di futuri reati e il pericolo che l'arrestato possa fuggire e sottrarsi all'esecuzione della pena⁶¹³, quando ciò non può essere soddisfatto con l'istituto della cauzione. Inoltre, la *preventive detention* può essere applicata solo per alcuni tipi di reati: i *crime of*

⁶⁰⁷ R. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti.*, Giappichelli, 2002, p.56.

⁶⁰⁸ Ibidem.

⁶⁰⁹ Ibidem.

⁶¹⁰ Ibidem.

⁶¹¹ Ibidem.

⁶¹² Ibidem.

⁶¹³ R. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti.*, Giappichelli, 2002, p. 62. In realtà il pericolo di futuri reati è stato introdotto con il *Bail Reform Act* del 1984 che ha travolto uno dei principi cardine del sistema processuale nordamericano, quello per cui la privazione dello *status libertatis* nelle more del giudizio è consentita solo in rapporto al pericolo che l'arrestato possa sfuggire o sottrarsi alla esecuzione della pena (così in R. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti.*, Giappichelli, 2002, p. 6.

violence, i delitti per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o la pena capitale; alcuni delitti in materia di stupefacenti per i quali è prevista una pena non inferiore nel massimo a dieci anni di reclusione; tutti i *felonies* quando l'arrestato abbia già riportato due o più condanne federali o statali per alcuno dei reati tra quelli ora elencati⁶¹⁴. Tuttavia, questo principio di *extrema ratio* che emerge per la *preventive detention* viene rovesciato quando sussistono situazioni di allarme, per le quali opera una presunzione di pericolosità sociale del soggetto e di sussistenza di esigenze per le quali la carcerazione cautelare è presunta misura indispensabile per impedire che il soggetto si dia alla fuga o commetta ulteriori reati⁶¹⁵.

La *detention hearing* è un'udienza pubblica davanti ad un *U.S. magistrate* nella quale l'imputato, assistito dal difensore, può prestare informalmente elementi a suo favore e sottoporre i testi dell'accusa a *cross examination*⁶¹⁶: qui si attua il contraddittorio anticipato. Non trovano applicazione le regole di prova, previste per il dibattimento, ma il giudice deve motivare la sua decisione, suscettibile di impugnazione presso l'*appellate court*⁶¹⁷.

In ultimo, è necessario sottolineare la differenza dell'accertamento che il giudice è tenuto a fare nella *first appearance* rispetto a quello della *detention hearing*: nel primo caso, basta verificare la sussistenza della *probable cause*; mentre nel secondo caso il livello probatorio è più elevato in quanto si necessita la *substantial probability*, cioè un livello non di certezza, il quale caratterizza la fase del dibattimento successiva, ma che raggiunge uno «spessore più consistente»⁶¹⁸.

⁶¹⁴ R. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti.*, Giappichelli, 2002, p. 63.

⁶¹⁵ Ibidem. si tratta di una presunzione che può essere superata soltanto se l'interessato prova la mancanza dell'esigenza cautelare: opera una inversione dell'onere della prova.

⁶¹⁶ V. FANCHIOTTI, *Processo penale statunitense*, p.815. Si specifica che devono essere esaminati «la natura e le circostanze del fatto contestato, la consistenza dell'ipotesi di colpevolezza a carico dell'indagato, la personalità ed il passato di quest'ultimo, la natura e la gravità del pericolo per la collettività che l'imputato rappresenterebbe se fosse rilasciato. Il giudizio sulla pericolosità deve essere supportato da *clear and convincing evidence*», così in A. GASPARINI, *Il prosecutor*, p. 74.

⁶¹⁷ V. FANCHIOTTI, *Processo penale statunitense*, p.815; l'autore inoltre sottolinea come oggi, diversamente dal passato, la misura cautelare può essere «introdotta come opzione iniziale e non più solo come rimedio residuale per le ipotesi in cui l'imputato non sia in grado di pagare la cauzione, anche se non va dimenticato come in precedenza il giudice di fatto potesse imporre la detenzione dell'imputato *bailable*, fissando una cauzione troppo elevata per le sue disponibilità economiche, giocando sull'ambiguità del parametro della eccessività».

⁶¹⁸ A. GASPARINI, *Il prosecutor*, p.75.

Attraverso queste due fasi (dell'arresto e dell'applicazione della detenzione preventiva) si attua un contraddittorio anticipato per l'applicazione della misura cautelare.

4. Le soluzioni proposte dalla dottrina

Dopo aver volto lo sguardo all'esistenza di modelli di contraddittorio anticipato fuori dai confini dell'ordinamento italiano, la ricerca non può che riprendere dalla già rilevata necessità di garantire il contraddittorio con l'indagato prima di applicare la misura cautelare e senza pregiudizio per il c.d. effetto sorpresa. In dottrina sono state elaborate varie ipotesi che però sono rimaste inattuata in ragione dei problemi pratico applicativi incentrati soprattutto sull'effetto sorpresa e il diritto di difesa. Alcuni hanno proposto di limitare l'istituto alla misura cautelare custodiale in quanto «è opportuno riservare la garanzia più incisiva ai casi di maggiore gravità, quando la libertà viene totalmente ristretta»⁶¹⁹; altri, al contrario, ritenendo scemare quell'effetto a sorpresa hanno preferito ipotizzare il contraddittorio anticipato esclusivamente per le misure cautelari di tipo non custodiale⁶²⁰.

⁶¹⁹ G. ILLUMINATI, *Relazione*, p. 166; L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Cedam, 2012, p. 286 ss secondo cui «un simile modello dovrebbe fondarsi sulla premessa inevitabile di una diversa procedura per le misure non custodiali», non tanto dissimile da quella attuale, che preveda «un'udienza in contraddittorio successiva all'adozione del provvedimento e che tenga luogo dell'attuale interrogatorio ex art. 294 c.p.p.». Inoltre, nel caso della custodia cautelare, è stata proposta una differenziazione in base al tipo di reato ed alla complessità del caso, talché solo i reati 'minori' e meno complessi potrebbero accedere al contraddittorio anticipato.

⁶²⁰ A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia: dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia penale*, diretta da A. GIARDA - G. SPANGHER - P. TONINI, vol. 12, Cedam, 2006, p. 628 ma v. anche M. L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, n. 3-4, p. 884 e G. SPANGHER, *Evoluzione ed involuzione del sistema cautelare*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Pisani: Diritto processuale penale e profili internazionali*, a cura di P. CORSO - F. PERONI, vol. 1, *La Tribuna*, 2010, p. 804 secondo cui proprio le misure cautelari non custodiali sono quelle prive di implicazioni negative per l'applicazione del contraddittorio anticipato. Si veda, inoltre, P. VIGNA, *Intervento*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 88 il quale precisa come l'estensione della garanzia del contraddittorio anticipato a tutte le misure cautelari è necessaria in quanto «tanto per esemplificare, un danno enorme, ben più corposo di quello conseguente a qualche giorno di arresti in casa, può derivare ad un imprenditore che debba recarsi all'estero per seguire rapporti commerciali, dal divieto di espatrio, che è, pure, la più lieve, nella scala della gradualità, fra le misure cautelari personali».

Per ciò che concerne l'effetto a sorpresa, già alla fine del secolo scorso e nei primi anni del nuovo millennio⁶²¹, plurime sono state le soluzioni ipotizzate della dottrina che, come si vedrà, hanno proposto di garantirlo attraverso l'utilizzo di misure precautelari, quali il fermo e l'accompagnamento coattivo, che hanno la finalità di assicurare la presenza dell'indagato in udienza. A tali teorie si è ribattuto che la loro applicazione avrebbe il mero effetto di modificare l'esteriorità della procedura e, conseguentemente, di trasformare il contraddittorio anticipato in una «truffa delle etichette», poiché poco rispetto all'assetto vigente cambierebbe a livello di tutela sostanziale del diritto di difesa e di libertà personale. Il dubbio in merito a ciò rimane aperto, pertanto, è una questione di bilanciamento in tema di diritti fondamentali: date simili garanzie, si è tenuti a scegliere tra il preferisce un contraddittorio anticipato oppure posticipato nella procedura cautelare custodiale a carico delle persone fisiche.

Pertanto, si tratterà dell'ipotesi del c.d. accompagnamento coattivo, nell'ipotesi in cui sia disposto dal pubblico ministero o dal giudice, e del fermo allargato. Si sono scelti questi due istituti poiché il primo problema è evitare che l'imputato, in caso di contraddittorio precedente alla decisione, possa sottrarsi all'applicazione della misura. È dunque necessario, perché l'istituto possa funzionare, prevedere uno strumento coercitivo per assicurare la presenza dell'imputato all'udienza, che escluda la necessità di preavvisarlo della possibile emanazione della misura cautelare⁶²². Un meccanismo di questo genere implica un provvedimento restrittivo della libertà personale a carattere provvisorio: ciò, tra l'altro, conferma l'opportunità di non estendere questa procedura a misure diverse dalla custodia cautelare, perché sarebbe eccessivo consentire la coercizione fisica dell'imputato quando la misura di cui è richiesta l'applicazione non sia una misura custodiale⁶²³. Per ottenere questo risultato ci si può anche avvalere (come appena visto), senza fare eccessivo sforzo di fantasia, di istituti già esistenti, che resterebbero nell'alveo del sistema vigente⁶²⁴.

⁶²¹ G. ILLUMINATI, *Ripartire dalla Costituzione*, in *Legislazione penale*, p. 387.

⁶²² G. ILLUMINATI, *Relazione*, p.26 ss.

⁶²³ Ibidem.

⁶²⁴ Ibidem.

4.1 L'ipotesi di “accompagnamento coattivo” o “accompagnamento cautelare”

L'accompagnamento coattivo si colloca in una posizione particolare tra gli atti che sono manifestazione del potere coercitivo a causa della natura degli effetti che scaturiscono da un ordine eseguibile anche con l'uso della forza (art. 46 disp. att.). Al giudice e al pubblico ministero spettano poteri coercitivi nell'esercizio delle loro funzioni, e cioè al fine del «sicuro e ordinato compimento degli atti ai quali si procede» (art. 131 c.p.p.)⁶²⁵. Sul presupposto che l'istituto in discorso si risolve in una restrizione della libertà personale resa necessaria dall'indispensabile acquisizione di un contributo probatorio, la relativa disciplina non poteva trovar posto tra le misure coercitive personali, perché oggetto di una rigida predeterminazione finalistica, quella cautelare. Come già visto, plurime sono le esigenze che le misure cautelari tutelano: il pericolo di inquinamento della prova, il pericolo di fuga o di reiterazione del reato. Pertanto, l'accompagnamento coattivo è stato collocato, da un lato, tra i provvedimenti del giudice e, dall'altro, tra le attività espletabili dal pubblico ministero (artt. 375, 376, 377)⁶²⁶ con alcune differenze⁶²⁷. La collocazione topografica dell'istituto assume, al riguardo, un importante significato sistematico: essa esclude che tali misure, in specie la custodia in carcere, possano essere strumentalizzate in vista di scopi la cui soddisfazione è demandata all'accompagnamento coattivo, istituto che impone sempre una tempestiva restituzione della libertà personale⁶²⁸.

⁶²⁵ P. TONINI – C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, p. 187.

⁶²⁶ M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2022, p.183.

⁶²⁷ Nel caso in cui a predisporre l'accompagnamento coattivo sia il pubblico ministero vi è bisogno di una autorizzazione da parte dell'organo giudicante (così in L. GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Cedam, p. 538): sono i casi in cui il magistrato invita l'indagato a presentarsi al fine di poter eseguire quelle attività che ne necessitano la necessaria presenza (art. 375 co. 2, art. 376, art. 375, art. 377 c.p.p.).

⁶²⁸ *Ibidem*.

Di questo istituto ha preso spunto la dottrina per ipotizzare un procedimento cautelare a contraddittorio anticipato, perché da un lato garantisce l'effetto sorpresa e dall'altro rende impossibile all'indagato restare in stato di completa libertà⁶²⁹.

La proposta formulata dalla dottrina ruota intorno all'introduzione del cosiddetto "accompagnamento cautelare"⁶³⁰ ai fini dell'applicazione di misure cautelari.

Si possono descrivere due modelli di contraddittorio anticipato con questo istituto a seconda dell'organo tenuto ad ordinarlo: quello dell'accompagnamento disposto dal giudice o dal pubblico ministero.

Quanto al primo, sostanzialmente si manterrebbe la stessa procedura cautelare attuale, con la differenza che il giudice non dispone la misura cautelare, ma ordina o autorizza il pubblico ministero all'accompagnamento coattivo per svolgere l'udienza di contraddittorio anticipato entro le successive ventiquattro ore.

Il secondo modello prevede un accompagnamento coattivo ordinato direttamente dal pubblico ministero, che lo dispone per un'udienza da tenersi davanti al giudice non oltre le ventiquattro ore (per lasciare fermo l'attuale termine massimo di operatività)⁶³¹.

A prescindere dal soggetto che sarebbe tenuto all'applicazione dell'accompagnamento cautelare, in generale la proposta si basa sulla disciplina dell'accompagnamento coattivo. Questa non prevede come presupposto applicativo il ricorrere di gravi indizi di reità in capo all'individuo destinatario del

⁶²⁹ Sicuramente questo ultimo passaggio rappresenta il c.d. nervo scoperto della procedura, considerato che occorre individuare uno strumento e i luoghi presso quali trattenere – nel frattempo – l'imputato (così in A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, nt. 63, p. 633). «Qualcuno ha pensato alle caserme, oppure ai locali in dotazione degli uffici giudiziari, ma comunque bisognerà provvedere ad una collocazione diversa rispetto alla custodia in carcere, per minimizzare gli effetti stigmatizzanti nei confronti delle persone che all'esito del procedimento risultasse che non debbano essere sottoposte alla misura. Di scarsa utilità sarebbe la previsione di una sistemazione in carcere in ambienti diversi dagli altri detenuti, sia per le condizioni disastrose delle nostre strutture carcerarie, sia in ogni caso, per la difficoltà di realizzare una differenziazione, soprattutto, sotto il profilo dell'immagine» (così, G. ILLUMINATI, *Relazione*, p. 32.). È altrettanto vero però che in questo elaborato si vorrà mostrare come questi problemi possano essere evitati attraverso l'adozione dell'istituto della cauzione sul modello anglosassone (v. par. 7).

⁶³⁰ G. SPANGHER, *Relazione*, p. 48.; precisa che la ragione va fatta risalire alla ragione già accennata della diversa finalità dell'accompagnamento coattivo (probatoria), che nel caso del contraddittorio anticipato deve essere esclusa. Per semplificare come già spiegato si deve evitare che lo strumento venga utilizzato a fini probatori.

⁶³¹ *Ibidem*.

provvedimento, dato che possono essere accompagnati con la forza anche testimoni o periti, ex art. 133 c.p.p.; inoltre, può essere predisposto anche in caso di reati di minima gravità per i quali non è consentita l'emissione di una misura coercitiva personale⁶³². Per precisare, la formula dell'art. 133 c.p.p. (così come modificato dall'art. 26 l. 30 giugno 2009, n. 85), concernente l'accompagnamento coattivo dei testimoni, periti, persone sottoposte all'esame del perito diverse dall'imputato, consulenti tecnici, interpreti e dei custodi di cose sequestrate, contiene una specifica indicazione dei presupposti. I soggetti indicati possono, infatti, subire l'accompagnamento solo se, regolarmente citati o convocati, omettano di comparire nel luogo e nel tempo stabiliti senza avere un legittimo impedimento: la medesima condizione vale pure per l'accompagnamento coattivo disposto dal pubblico ministero (art. 377 comma 2° lett. c). Data la qualità rivestita, le persone in discorso possono essere condannate ad una pena pecuniaria, nonché alle spese causate dalla mancata comparizione; tuttavia, la condanna viene revocata con ordinanza nel caso in cui il giudice ritenga fondate le giustificazioni addotte in seguito dall'interessato (art. 47 disp. att.). Uguali a quelle stabilite per l'accompagnamento coattivo dell'imputato sono le forme e le garanzie procedurali.

L'art. 132 c.p.p., dedicato all'accompagnamento coattivo dell'imputato, si limita a dettare, sommariamente, il relativo procedimento, rinviando per il resto ai «casi previsti dalla legge»: l'accompagnamento coattivo dovrebbe essere preceduto, a seconda dei casi, da un avviso notificato o da un decreto di citazione rimasto senza effetto; può essere disposto in sede di incidente probatorio (art. 399c.p.p.) o nel dibattimento (art. 490 c.p.p.), con esclusione, in forza della riserva assoluta di legge vigente in tema di restrizioni della libertà personale, dell'udienza preliminare, dove per regola non possono essere assunte prove⁶³³. I destinatari di questo istituto sono la persona sottoposta alle indagini, l'imputato (ancorché assente) e gli imputati in un procedimento connesso (artt. 210 comma 2° e 513 comma 2°c.p.p.) e lo scopo è l'assunzione di prove diverse dall'esame, fatta eccezione per l'esame di persona imputata in un procedimento connesso⁶³⁴.

⁶³² Ibidem.

⁶³³ Ibidem.

⁶³⁴ Ibidem.

Il decreto motivato di accompagnamento assume un'efficacia temporale predeterminata al fine di evitare che divenga una sorta di criptocustodia cautelare. Non solo non è consentito protrarre la messa a disposizione davanti al giudice oltre il compimento dell'atto previsto e di quelli consequenziali, ma se ne è stabilita la durata massima pari a ventiquattro ore. In tal modo si è tolto rilievo pratico alla questione se il provvedimento sia assoggettabile o no a ricorso per cassazione; essa va, comunque, risolta in senso positivo sulla base dell'art. 568 co.2 c.p.p.⁶³⁵. L'ordine può essere anche soltanto orale ed è riprodotto nel verbale di udienza⁶³⁶. Spetta al giudice il potere di chiedere l'intervento della polizia giudiziaria; se necessario anche l'intervento della forza pubblica⁶³⁷.

Data questa disciplina dell'istituto, da una parte, il primo modello proposto dalla dottrina potrebbe far dubitare di un possibile pregiudizio sulla decisione di merito, dato che il giudice, nel valutare se esistano i presupposti applicativi della misura cautelare, dovrebbe pronunciarsi preliminarmente sulle ragioni della richiesta⁶³⁸. D'altra parte, nel secondo modello propostoci ci sarebbe il rischio di un uso troppo esteso di questo istituto, che è una misura minore, ma pur sempre restrittiva della libertà personale: con la conseguenza di aumentare, anziché ridurre, i casi di coercizione personale non necessaria⁶³⁹. Ci sarebbe, tuttavia, il beneficio del minor coinvolgimento del giudice prima del contraddittorio, poiché l'unica forma di accertamento che il g.i.p. sarebbe tenuto a fare prima dell'udienza sarebbe quella del rispetto del termine⁶⁴⁰. Inoltre, dal punto di vista dell'accusa, si presenta lo svantaggio di esporre la procura ad una anticipata *discovery*, senza sapere se la domanda verrà o meno accolta dal giudice (anche se in tal modo si eviterebbero iniziative azzardate)⁶⁴¹.

⁶³⁵ Ibidem.

⁶³⁶ P. TONINI – C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, p. 187.

⁶³⁷ Ibidem.

⁶³⁸ G. ILLUMINATI, *Relazione*, p. 28.

⁶³⁹ Ibidem.

⁶⁴⁰ G. SPANGHER, *Relazione*, p. 50; dove continua affermando come «del resto, il provvedimento di accompagnamento cautelare dovrebbe essere essenziale, escludendo ogni elemento relativo al procedimento, ma riportando l'indicazione che gli atti sono depositati e possono essere consultati da parte del difensore. Da questa prospettiva deve restare fermo che devono essere depositati tutti gli atti favorevoli».

⁶⁴¹ A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, p. 634.

Tuttavia, la dottrina tenta almeno di descrivere tutta una serie di garanzie processuali affinché queste proposte possano soddisfare il diritto di difesa. Innanzi tutto, la richiesta di domanda cautelare sarebbe uguale a quella attuale. Il pubblico ministero presenta gli elementi su cui la richiesta si fonda, e il giudice compie una valutazione preliminare: se non ritiene la richiesta manifestamente infondata, fissa l'udienza entro un termine ragionevole e comunque tale da non vanificare le eventuali esigenze cautelari, disponendo l'accompagnamento coattivo o autorizzando il pubblico ministero a disporlo; altrimenti respinge la richiesta⁶⁴². L'accompagnamento coattivo dovrà essere eseguito non prima delle ventiquattro ore precedenti all'udienza, per rispettare il limite vigente, e costituisce il primo atto di cui l'interessato viene a conoscenza, poiché il carteggio tra pubblico ministero e giudice rimane segreto, non diversamente da quello che accade oggi⁶⁴³.

Secondo tale proposta, la deliberazione del giudice, allo scopo di ridurre il rischio di un condizionamento della successiva decisione sul merito, non riguarderebbe la fondatezza della richiesta, ma solo la sua manifesta infondatezza; cui si aggiungerebbe l'accertamento del presupposto dell'accompagnamento coattivo, che può essere individuato nel pericolo che l'imputato non si presenti all'udienza⁶⁴⁴. Inoltre, sarebbe il giudice, potendo conoscere subito gli atti, a stabilire i tempi della decisione, anche tenendo in considerazione la difficoltà della materia, e in virtù di ciò potrebbe studiare immediatamente il fascicolo.

In realtà, a ben vedere, quest'ultimo argomento potrebbe essere soggetto a critiche, poiché si ritiene⁶⁴⁵ che un vero espletamento del contraddittorio si attui quando il giudice non sia già a conoscenza di tutti gli atti. Allo stesso tempo però, una scarsa conoscenza del fascicolo da parte del giudice potrebbe rendere lo stesso più influenzato ad accogliere la prospettazione del pubblico ministero, che è l'unico veramente informato in maniera precisa sulla materia. Per questi motivi una parte della dottrina sostiene che sia «necessario eliminare tutte quelle situazioni nelle quali il giudice è in grado di avere prima degli altri, conoscenza del materiale

⁶⁴² G. ILLUMINATI, *Relazione*, p. 29.

⁶⁴³ Ibidem.

⁶⁴⁴ Ibidem.

⁶⁴⁵ Vedi G. SPANGHER, *Relazione*, p. 47.

probatorio. Invero, è necessario, per forza, che il giudice conosca, ma va escluso che ciò conduca a formulazioni di un giudizio»⁶⁴⁶.

Passando agli svolgimenti successivi, nell'ipotesi in cui l'indagato si sottragga o si rifiuti di partecipare all'udienza si può pensare ad «ad un provvedimento emesso *de plano* dal giudice»⁶⁴⁷, allo stesso modo in cui avviene oggi: se il soggetto non ha interesse ad istaurare il contraddittorio anticipato viene meno la necessità di istaurarlo. Qualora però l'imputato non rifiuti di presenziare, ma sia semplicemente irreperibile, dovrebbe essere sempre prevista l'udienza in contraddittorio con la partecipazione del suo difensore, non essendo certa la sua intenzione di rinunciare alla garanzia (e nemmeno la volontarietà dell'assenza)⁶⁴⁸.

Il giudice davanti al quale si deve svolgere questo contraddittorio è quello delle indagini preliminari. Infatti, seppur i sostenitori di questa proposta riconoscano in un giudice collegiale un organo che può sicuramente aumentare l'autorevolezza della decisione, ritengono che ciò comporti dei problemi di struttura: si dovrebbe istituire un tribunale distrettuale o una sezione della corte d'appello a competenza esclusiva sulle misure cautelari⁶⁴⁹.

In ogni caso, il giudice dovrebbe procedere all'interrogatorio dell'imputato: ciò gli consentirebbe di avere un contatto diretto, prima della decisione, con la persona da sottoporre a custodia cautelare⁶⁵⁰. L'interrogatorio avrebbe ovviamente la funzione di sostituire quello che oggi ha luogo a pena di caducazione nei cinque giorni dall'inizio della custodia in carcere⁶⁵¹. Gli atti e la richiesta del pubblico ministero, anche favorevoli all'indagato, dovranno essere depositati sin da subito e il difensore avrebbe il diritto di essere avvisato dell'avvenuto deposito e di estrarne copia⁶⁵², nonché la facoltà di prenderne visione ai fini della decisione e di conferire immediatamente con l'imputato⁶⁵³. Si valorizzano così gli atti delle indagini difensive, che possono essere prodotti come elementi a scarico, a differenza del

⁶⁴⁶ Ibidem.

⁶⁴⁷ G. ILLUMINATI, *Relazione*, p. 30.

⁶⁴⁸ Ibidem.

⁶⁴⁹ G. ILLUMINATI, *Relazione*, p. 38.

⁶⁵⁰ G. ILLUMINATI, *Relazione*, p. 30 e ss.

⁶⁵¹ Ibidem.

⁶⁵² G. SPANGHER, *Relazione*, p. 50.

⁶⁵³ G. ILLUMINATI, *Relazione*, p. 30 e ss

modello vigente dove acquisiscono importanza solo dopo l'adozione della misura cautelare. Tuttavia, il dubbio maggiore di questo modello è il poco tempo previsto per il difensore per preparare la difesa del contraddittorio che deve svolgersi entro le 24 ore, quando al contrario il pubblico ministero è perfettamente edotto degli atti di causa e anche il giudice, poiché ha già preso visione del fascicolo. Per garantire equilibrio al modello è necessario prevedere il diritto ad una proroga dell'udienza a richiesta del difensore o in casi molto difficili anche a richiesta del giudice. Nel frattempo, l'imputato dovrà essere posto in una collocazione diversa dal carcere.

La proposta prevede anche il potere del giudice di disporre l'acquisizione delle prove, quanto meno sotto forma di verifica delle allegazioni difensive, perché la mera allegazione potrebbe essere insufficiente per controbilanciare nel convincimento del giudice il peso degli atti di indagine del pubblico ministero⁶⁵⁴.

D'altra parte, si dovrebbe riconoscere anche in questo contesto il diritto alla prova contraria. Quanto meno è opinione di parte della dottrina⁶⁵⁵ che al giudice debbano essere attribuiti poteri di integrazione probatoria, magari su richiesta della parte o d'ufficio, esportando il modello dell'art. 422 o 507 c.p.p., limitando cioè l'iniziativa del giudice ai casi di assoluta necessità. Ovviamente dovrà essere assicurata che la fase di acquisizione delle prove sia orale.

La decisione dovrà essere emessa secondo lo schema di cui all'art. 292 c.p.p. e nell'atto il giudice dovrà dare atto del dibattito e del confronto avvenuto davanti a lui, nonché di tutti gli elementi che sono stati introdotti dalle parti⁶⁵⁶.

Infine, questa proposta prevede la contemporanea abolizione del riesame, perché nel modo in cui è adesso configurato, cioè come procedimento che in sostanza deve sostituire la mancanza di un contraddittorio sull'applicazione della misura, non è più necessario⁶⁵⁷. Tuttavia, un'impugnazione nel merito andrebbe mantenuta

⁶⁵⁴ G. ILLUMINATI, *Relazione*, p. 33.

⁶⁵⁵ *Ibidem*. Altra parte della dottrina come Giuseppe Riccio ritengono però che così si verrebbe a creare un'ulteriore complicazione tecnica, a causa del pregiudizio che da una decisione di questo tipo potrebbe derivare al processo principale. Se già in sede di applicazione della misura cautelare si istaura un mini-dibattimento, si rischia di anticipare il giudizio di merito, condizionandone anche pesantemente il risultato (G. ILLUMINATI, *Relazione*, p. 33).

⁶⁵⁶ G. SPAGNHER, *Relazione*, p. 53.

⁶⁵⁷ G. ILLUMINATI, *Relazione*, p. 36.

attraverso l'appello⁶⁵⁸. L'organo collegiale competente in grado di appello potrebbe essere o il Tribunale distrettuale o una sezione della Corte d'appello⁶⁵⁹. Il primo avrebbe il vantaggio di stabilizzare la giurisprudenza nel distretto; il secondo garantirebbe una maggiore osmosi tra gli uffici⁶⁶⁰.

4.3 L'ipotesi del “fermo allargato”

Il fermo è una misura precautelare della procedura penale prevista dal codice di rito, che deroga al principio generale secondo il quale soltanto il giudice è competente ad applicare una misura cautelare limitativa della libertà personale con un provvedimento avente effetti permanenti nel tempo, anche se tali misure hanno comunque un termine massimo di durata⁶⁶¹. Il pubblico ministero può disporre il fermo, misura coercitiva temporanea, in situazioni di urgenza⁶⁶², fino a quando non interviene la convalida del giudice. Le misure precautelari sono infatti così denominate perché vengono eseguite quando non è possibile attendere che si svolga il procedimento cautelare, in quanto il destinatario della misura cautelare potrebbe sottrarsi alle ricerche o perché vi è una ipotesi di flagranza. Espressione di una deroga alla riserva di giurisdizione, tali provvedimenti sono legittimi in quanto riconducibili ai «casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge» ex art. 13 comma 3° Cost.⁶⁶³. L'intervento precautelare deve essere funzionale alla successiva adozione di una misura cautelare; ne è precluso l'utilizzo

⁶⁵⁸ Ibidem.

⁶⁵⁹ G. SPANGHER, *Relazione*, p. 57.

⁶⁶⁰ Ibidem.

⁶⁶¹ P. TONINI – C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, p. 537.

⁶⁶² Infatti, anche fuori dai casi di flagranza, si procede al fermo della persona su cui gravano gravi indizi di colpevolezza, quando sussistono specifici elementi, anche in relazione all'impossibilità di procedere alla identificazione dell'indiziato, che fanno ritenere fondato il suo pericolo di fuga (così DI BITONTO, *Fondamenti di procedura penale*, p. 995). Inoltre, per adottare il fermo, il reato ascritto all'indiziato deve raggiungere certe soglie edittali ovvero rientrare fra quelli specificamente indicati dalla legge (art. 384 comma 1).

⁶⁶³ M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2022, p. 476.

ove manchi la possibilità di trasformare la misura in misura cautelare⁶⁶⁴, altrimenti viene meno la giustificazione della restrizione della libertà personale da parte di un organo diverso dal giudice⁶⁶⁵.

Fuori dalla flagranza, il pubblico ministero può disporre il fermo, previo assenso scritto del Procuratore della Repubblica, quando sussistono gravi indizi⁶⁶⁶ a carico dell'indagato e sussistono specifici elementi di prova che fanno ritenere fondato il pericolo di fuga⁶⁶⁷ e si deve procedere per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a due anni e superiore nel massimo a sei anni. Si prescinde dalla pena edittale per i delitti

⁶⁶⁴ In tal senso, C. cost., 15 luglio 2004 n. 223 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione che prevedeva una ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza che non poteva trasformarsi in misura cautelare coercitiva. In altre parole, è precluso l'intervento precautelare, ogniquale sia interdetto quello cautelare. Occorre ricordare infatti che il pubblico ministero e la polizia giudiziaria hanno anche il potere di disporre misure coercitive temporanee che non comportano una restrizione della libertà personale, bensì impongono limiti più o meno intensi alla libertà di circolazione (così P. TONINI – C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, n. 163 p. 538). Si tratta delle varie forme di accompagnamento coattivo. La differenza di queste limitazioni rispetto all'arresto, al fermo e alle misure cautelari detentive consiste nel carattere di strumentalità: infatti non si vede come poter eseguire una perquisizione personale contro la volontà del perquisito senza limitarne la libertà di spostamento, e lo stesso vale per l'identificazione, o in generale per gli atti coercitivi, o addirittura per l'accompagnamento coattivo del testimone o della persona a conoscenza dei fatti. (ancora P. TONINI – C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, n. 163, p. 538). Al contrario, le misure cautelari e precautelari hanno lo scopo di limitare in sé la libertà della persona ad esse sottoposta, poiché è questa stessa che si teme essere pericolosa (P. TONINI – C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, n. 163, p. 538). In senso critico v. M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2022, p. 519.

⁶⁶⁵ Deve ritenersi quindi illegittimo il provvedimento di arresto, fermo o di allontanamento ex art. 384-bis c.p.p., eseguito in presenza di cause di giustificazione pur se diverse da quelle menzionate dalla previsione nonché di cause di estinzione del reato o della pena (M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2022, p. 476). Si aggiunge che l'accertamento del giudice si distingue da quello del pubblico ministero perché, nel caso della convalida, si devono accertare tali presupposti al momento in cui si è verificato il fermo dell'indiziato, mentre in quello cautelare non è possibile non tenere conto degli elementi sopravvenuti in seguito al provvedimento precautelare.

⁶⁶⁶ Pur dovendo rivestire i medesimi requisiti dell'art. 273 c.p.p. è importante specificare le differenze tra fase precautelare e cautelare: la giurisprudenza ha affermato che l'accertamento in sede di convalida è finalizzato ad appurare la liceità dal provvedimento di fermo adottato dall'organo inquirente e dalla polizia giudiziaria, mentre l'esame del giudice in fase cautelare si intende focalizzato alla verifica della sussistenza dei presupposti, al fine di applicare la misura; entrambi si profilano concettualmente come due momenti differenti ed autonomi (Sez. I, 29 aprile 1999, n. 3299, in *Giur. it.*, 2000, p. 817 nota di INZERILLO).

⁶⁶⁷ Riguardo il pericolo di fuga, la Corte di cassazione ha specificato che, nella valutazione in sede di convalida, il giudice verifica se esso si presenta, nel momento in cui è stato espletato, come un «pericolo effettivo, concreto e dedotto da precise circostanze di fatto da cui si evinca il chiaro intento dell'indagato di eludere la giustizia dandosi alla fuga» (Sez. II, 30 maggio 2017, n. 31557, in *Diritto & Giustizia*, 2017, 27 giugno).

riguardanti armi da guerra ed esplosivi o commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico⁶⁶⁸.

Delineati i tratti essenziali del fermo e avendo precedentemente descritto la procedura applicativa⁶⁶⁹ caratterizzata dal c.d. contraddittorio anticipato, la proposta della dottrina di estenderla al procedimento cautelare non è complessa: basta aggiungere tra i presupposti dell'art. 324 c.p.p. anche quello di esercitare il contraddittorio anticipato in vista dell'adozione di una successiva misura cautelare. Questo si denominerebbe «fermo allargato»: un fermo i cui presupposti vadano a coincidere con quelli della custodia cautelare⁶⁷⁰.

Il giudice in sede di convalida sarebbe tenuto ad una valutazione più ampia, poiché da questa dipenderebbe anche l'applicazione di una misura cautelare e non solo la convalida di un arresto. Per chiarire, il pubblico ministero potrebbe avvalersi dell'istituto per finalità cautelari, chiedendo al giudice che in sede di udienza di convalida accerti non solo la sussistenza dei requisiti dell'arresto, ma anche l'esistenza dei presupposti applicativi di una misura cautelare attraverso un contraddittorio con l'indagato anticipato in questa sede. Il fermo cesserebbe di essere solo una misura d'urgenza che garantisce l'effettività dell'attività d'indagine e assumerebbe la funzione di anticipazione del contraddittorio e del diritto di difesa dell'indagato nell'ipotesi in cui il pubblico ministero richieda l'applicazione di una misura cautelare.

Quanto allo svolgimento dell'udienza si applicherebbe la procedura dell'art. 390 c.p.p. e seguenti. Il giudice⁶⁷¹, ricevuta la richiesta, fissa l'udienza al più presto entro le 48 ore successive all'arresto dandone avviso senza ritardo al pubblico ministero e al difensore. Il difensore dell'arrestato ha diritto di esaminare ed estrarre

⁶⁶⁸ Gli ufficiali e gli agenti di polizia possono procedere al fermo prima che il pubblico ministero abbia assunto la direzione delle indagini; dopo l'assunzione delle indagini, ma qualora sia individuato un indiziato fino a quel momento ignoto; sempre dopo l'assunzione delle indagini, ma qualora sopravvengano specifici elementi che rendano fondato il pericolo di fuga dell'indiziato e non sia possibile per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del pubblico ministero. Tra gli specifici elementi vi è anche il possesso dell'indiziato di documenti falsi.

⁶⁶⁹ V. cap. 2 par. 7.3.

⁶⁷⁰ G. ILLUMINATI, *Relazione*, p.27.

⁶⁷¹ Il giudice competente sarebbe quello ad oggi competente per la convalida del fermo.. In questa proposta, infatti, si applica la disciplina di questa misura precautelare cambiandone solo, come visto, i presupposti applicativi all'art. 324 c.p.p.

copia degli atti su cui si fonda la richiesta di applicazione della misura cautelare e di convalida del fermo⁶⁷², i quali devono essere depositati immediatamente da quando è eseguita la misura precautelare. L'udienza si svolge in camera di consiglio (art. 127 c.p.p.) con la partecipazione facoltativa del pubblico ministero e necessaria del difensore dell'indagato (art. 391 co. 1 c.p.p.). Quest'ultimo non è obbligato ad intervenire; ma, se è presente, deve essere interrogato dal giudice⁶⁷³. L'arresto cessa di avere efficacia se l'ordinanza di convalida non è pronunciata o depositata nelle 48 ore successive al momento in cui il fermato è stato posto a disposizione del giudice⁶⁷⁴. Il giudice decide entro 48 ore da quando l'arrestato è stato posto alla sua disposizione e valuta se sussistono i presupposti della misura cautelare richiesta dal pubblico ministero e quindi la applica. L'ordinanza è impugnabile presso il tribunale delle libertà.

Al conseguente ampliamento del potere di applicare tale misura precautelare, però, corrisponderebbe un abbassamento dei livelli di garanzia nei confronti di questa modalità di coercizione, nonché un aumento dei poteri coercitivi del pubblico ministero⁶⁷⁵. Una soluzione, questa, che ha suscitato molte perplessità in chi ritiene essa non vada propriamente nella direzione nella quale si vuol andare con una riforma come quella proposta⁶⁷⁶.

5. Il problema dei c.d. “maxi processi” e l'ipotesi del doppio binario

Resta da trattare del tema più delicato: la gestione dei casi in cui occorre decidere su una pluralità di richieste di applicazione di una misura cautelare nell'ambito dello stesso procedimento, specialmente quando si tratti di grandi inchieste a largo raggio per delitti tipici della criminalità organizzata⁶⁷⁷. In queste situazioni si potrebbe determinare un fenomeno di sovrapposizione delle udienze cautelari

⁶⁷² Cass. Sez. un., 30 settembre-11 ottobre 2010, n. 36212

⁶⁷³ P. TONINI – C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, p. 546.

⁶⁷⁴ Ibidem.

⁶⁷⁵ A. CIAVOLA, *Il rafforzamento*, p. 149.

⁶⁷⁶ G. ILLUMINATI, *Relazione*, p. 27.

⁶⁷⁷ A. CIAVOLA, *Il rafforzamento*, p. 153.

relative a diverse persone ma concernenti lo stesso fatto (o fatti connessi), con conseguenti difficoltà dovute alla loro necessaria contemporaneità⁶⁷⁸, altrimenti verrebbe meno l'effetto sorpresa. Per attuare un contraddittorio anticipato in questi casi bisognerebbe avere un numero di sezioni del Tribunale o un numero di g.i.p. che contemporaneamente o comunque in un arco di tempo molto breve fossero in grado di decidere⁶⁷⁹. Peraltro, vi sarebbe un'altra osservazione poiché, a differenza di oggi, non tutto potrebbe essere discusso davanti un g.i.p., ma dovrebbe essere discusso davanti a diversi g.i.p. o diverse sezioni del Tribunale e di conseguenza a seconda delle scelte che si potrebbero fare si potrebbero avere una serie di valutazioni contraddittorie⁶⁸⁰.

È possibile ipotizzare una pluralità di soluzioni anche se nessuna di esse è completamente soddisfacente: si potrebbe immaginare un cumulo di udienze oppure una celebrazione contestuale delle stesse davanti a giudici diversi⁶⁸¹. Inoltre, se le misure da adottare dovessero riguardare soggetti che si trovano in luoghi diversi, la competenza potrebbe essere assegnata al giudice del luogo nel quale va eseguita la misura; oltre a rimanere in ogni caso in vigore il fermo ex. art. 384 c.p.p., che potrebbe essere utilizzato per articolare le misure restrittive secondo modalità diverse a seconda del tipo di reato e della gravità degli indizi⁶⁸².

È anche vero che non ci si può sempre far condizionare da casi eccezionali⁶⁸³. Del resto, anche oggi può capitare di dover eseguire contemporaneamente più ordinanze evitando che ci sia reciproca conoscenza del provvedimento da parte degli imputati⁶⁸⁴. A ben considerare, poi, il problema già si pone attualmente, in termini

⁶⁷⁸ V. GREVI, *Garanzie difensive*, p.118.

⁶⁷⁹ G. PECORELLA, *Intervento*, p. 66.

⁶⁸⁰ *Ibidem*; il quale riporta l'esempio di un g.i.p. che ritiene che la chiamata di correo abbia dei riscontri, un altro g.i.p. che ritiene che non abbia dei riscontri.

⁶⁸¹ V. GREVI, *Garanzie difensive*, p.118.

⁶⁸² G. ILLUMINATI, *Relazione*, p. 35.

⁶⁸³ Anche se, per una parte della dottrina, queste non sono situazioni eccezionali, perché l'uso della custodia cautelare è molto più diffuso nell'ambito di reati associativi e di reati commessi da una totalità di persone di quanto sia a carico di una o di poche persone, non è eccezionale questa situazione, mentre sta diventando eccezionale fare dei processi che non siano dei processi di criminalità organizzata o processi che hanno per fondamento reati contro pubblica amministrazione (così, G. PECORELLA, *Intervento*, p.67).

⁶⁸⁴ G. ILLUMINATI, *Relazione*, p. 35.

pressoché identici, con riferimento al giudizio di riesame, e quindi non nasce dalla prospettiva di introdurre l'udienza in contraddittorio⁶⁸⁵.

Ad ogni modo, le soluzioni potrebbero essere plurime. Come prima quella di applicare per questi casi eccezionali un contraddittorio semplificato oppure un «doppio binario» per i casi di particolare complessità con competenza assegnata al giudice del luogo in cui va eseguita la misura. Tuttavia, si deve considerare che, esprimendo il contraddittorio anticipato il diritto di difesa, non si può avere un contraddittorio anticipato per certi reati e un contraddittorio posticipato per altri reati, dunque sarebbe una soluzione inaccettabile, forse anche contraria alla Costituzione⁶⁸⁶.

Un'altra soluzione potrebbe essere quella di pensare ad un processo, come lo voleva il nuovo codice, cioè con pochi imputati, perché è sufficiente processare gruppi di reati, gruppi di imputati ed eventualmente rimandare in una seconda fase il reato associativo⁶⁸⁷.

Infine, si è anche immaginato di escludere l'attuazione di un contraddittorio anticipato nei termini proposti (anche se l'idea del doppio binario stona sempre con il principio per cui a reati particolarmente gravi dovrebbe corrispondere un aumento e non una diminuzione delle garanzie difensive) e di prevedere che nei casi più complessi – proprio come quelli di criminalità organizzata – nel giro di novantasei ore dal provvedimento cautelare, affidato al pubblico ministero, ove non si possa svolgere la procedura in contraddittorio, il giudice debba decidere allo stato degli atti⁶⁸⁸. In tal caso, tuttavia, occorrerebbe prevedere che, nel caso in cui fosse accolta la richiesta del pubblico ministero, su istanza del difensore, il giudice debba fissare subito una nuova udienza per la prosecuzione del contraddittorio, ormai posticipato, in vista dell'eventuale revoca o sostituzione della misura applicata⁶⁸⁹.

⁶⁸⁵ Ibidem.

⁶⁸⁶ G. PECORELLA, *Intervento*, p. 68

⁶⁸⁷ G. PECORELLA, *Intervento*, p. 68, continua spiegando la ragione «cioè nel reato associativo la prova dei singoli fatti viene data dall'associazione e la prova dell'associazione viene data dal fatto c'è un collaboratore credibile, perché paghi tutta la associazione a questo punto se non si scioglie questo nodo è inutile fantasticare di aumenti di garanzia».

⁶⁸⁸ V. GREVI, *Garanzie difensive*, p.118

⁶⁸⁹ V. GREVI, *Garanzie difensive*, p.118.

Dunque, come si nota, a prescindere che si sostenga di estendere il contraddittorio ai maxi processi di criminalità organizzata o che se ne sostenga l'impossibilità, in ogni caso, vi sono una pluralità di proposte che risolvono o comunque non impedirebbero l'utilizzo di un contraddittorio anticipato nel processo penale⁶⁹⁰.

6. Il disegno di legge Nordio

Ripercorsi i principi e le criticità dell'attuale procedimento cautelare, volto lo sguardo ai tentativi passati del legislatore⁶⁹¹ e ai modelli stranieri di procedimento cautelare, nonché alle proposte della dottrina, è opportuno soffermarsi sui più recenti sviluppi della materia. Oggi, infatti, è alla Commissione Giustizia del Senato in sede referente, per l'esame in prima lettura, il disegno di legge n. S. 808 che, firmato dal Ministro della giustizia Carlo Nordio e dal Ministro della difesa Guido Grossetto, reca "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare". Tra le modifiche⁶⁹² si rinviene una proposta relativa alla disciplina della custodia cautelare in carcere. Del tema se ne occupa l'art. 2 del citato d.d.l., attraverso molteplici emendamenti agli artt. 291, 292, 294, 299, 309, 313 e 328 c.p.p..

⁶⁹⁰ In senso critico G. PECORELLA, *Intervento*, p.68-69, che ritiene inadeguata la proposta di un contraddittorio anticipato, perché bisognerebbe prima pensare all'attuale processo penale in un modo diverso. Il processo penale oggi è concepito come un processo con molti pre-citati imputati, in quanto il più delle volte si basa sul collaborante: siccome il collaborante per pochi reati dà uno scarso riscontro ed una scarsa credibilità allora si utilizza come elemento collante di moltissimi imputati la fonte di prova che acquisisce la sua credibilità e la sua validità dal fatto che non riguarda uno o due fatti che è molto difficile riscontrare sul piano oggettivo, ma riguarda una molteplicità di situazioni di cui una per traslazione conferma l'altra (ibidem). Bisogna allora ripartire da un processo con pochi imputati ed eventualmente rimandare in una seconda fase il reato associativo, in quanto la prova dei singoli fatti viene data dall'associazione e la prova dell'associazione viene data dal fatto che c'è un collaborante credibile, perché paghi tutta l'associazione. Se non si scioglie questo nodo è inutile fantasticare di aumenti di garanzia (ibidem).

⁶⁹¹ V. cap. 1 par. 8, 8.1, 8.2 sulla Commissione Dalia e Riccio.

⁶⁹² Le altre sono: abolizione del delitto di abuso d'ufficio; riformulazione del delitto di traffico di influenze illecite; modifica della disciplina delle intercettazioni (pubblicazione, riservatezza del terzo estraneo al procedimento); modifica della disciplina dell'informazione di garanzia; esclusione dell'appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento nei procedimenti per reati a citazione diretta; limite di età massima dei giudici popolari (norma di interpretazione autentica); avanzamento di grado dei militari e irrilevanza, quale condizione ostativa, del mero rinvio a giudizio o dell'ammissione ai riti alternativi per delitto non colposo.

Due sono gli assi portanti della riforma: il contraddittorio anticipato e la collegialità nell'applicazione della misura della custodia in carcere e della provvisoria applicazione della misura di sicurezza detentiva⁶⁹³. Nel caso in cui la novella fosse approvata, a seguito della richiesta del pubblico ministero, il giudice procederà all'interrogatorio anticipato ove la misura custodiale e non custodiale sia richiesta al di fuori dei *pericula* di inquinamento probatorio e di fuga⁶⁹⁴, nonché con esclusione dei delitti con l'uso di armi o altri mezzi di violenza personale⁶⁹⁵ e dei gravi delitti di criminalità organizzata⁶⁹⁶, ovvero di quelli elencati all'art. 362 co. 1-ter c.p.p.⁶⁹⁷. Tutto ciò mantenendo fermo l'art. 284, comma 2, c.p.p., e quanto è disciplinato in tema di responsabilità degli enti. Pertanto, difettando le esigenze di inquinamento probatorio e pericolo di fuga, si procederà all'interrogatorio anticipato solo in presenza delle situazioni di pericolo di reiterazione del reato per i reati non esclusi⁶⁹⁸. La previsione delle “eccezioni” *de quibus* all'applicabilità dell'interrogatorio anticipato «(eccezioni che di fatto, data la loro “vastità”, invertono l'ordine regola-eccezione al punto da mantenere l'interrogatorio anticipato nella categoria degli istituti di potenziale scarsa frequenza applicativa)»⁶⁹⁹ rendono meno innovativa l'estensione di applicabilità della novella, atteso che, date queste circostanze impeditive, la nuova disciplina dovrebbe trovare applicazione soltanto nel caso in cui sussista l'esigenza cautelare della reiterazione del reato⁷⁰⁰ (giacché la ricorrenza di almeno una delle esigenze di cui alle lettere *a*) e *b*), cioè pericolo di inquinamento probatorio e pericolo di fuga, sarebbe di per sé sufficiente a escludere l'applicabilità della norma in esame) e

⁶⁹³ Anche se questo ultimo aspetto verrà posticipato di due anni in virtù della necessità di assumere in ruolo 250 magistrati, per migliorare la funzionalità dei piccoli tribunali.

⁶⁹⁴ V. lett. a e b dell'art. 274 c.p.p.

⁶⁹⁵ V. art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p.

⁶⁹⁶G. SPANGHER, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, in w.w.w. *giustiziainsieme.it*, 2023.

⁶⁹⁷ Tra i quali vi sono i reati di omicidio, maltrattamenti contro i familiari, violenza sessuale (anche nella forma aggravata), atti sessuali con minorenni, corruzione di minore, violenza sessuale di gruppo, atti persecutori, lesione personale, deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso e le ipotesi aggravate all'art. 576 co. 1 n. 2, 5 c.p. e 577 co.1 n.1 c.p.

⁶⁹⁸ *Ibidem*.

⁶⁹⁹ F. PORCU, *Le modifiche del codice di rito nel D.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, *Penale diritto e procedura*, cit., 2023.

⁷⁰⁰ V. art. 274 co. 1 lett. c) c.p.p.

purché la menzionata esigenza del pericolo di reiterazione del reato non sia riferibile alle (numerose) fattispecie richiamate (tramite un rinvio mobile agli artt. 407, comma 2, lett. a) e 362, comma 1-ter c.p.p.)⁷⁰¹. In astratto, la *ratio* di queste eccezioni può essere condivisa⁷⁰²: infatti, laddove si presenti un pericolo di inquinamento probatorio o un pericolo di fuga, l'avviso all'indagato della fissazione dell'interrogatorio di garanzia (antecedente e funzionale all'eventuale applicazione di una misura cautelare e non successivo rispetto ad essa) sarebbe certamente percepito come un segnale di "allarme" che, anziché salvaguardare le esigenze cautelari emergenti nel caso concreto, comporterebbe un'accelerazione alla relativa messa a repentaglio⁷⁰³. In altri termini, ove fosse davvero sussistente (dunque non solo ipotizzato) un concreto e attuale pericolo per l'acquisizione e la genuinità della prova, la consapevolezza della probabilità di un'imminente limitazione delle proprie libertà potrebbe spingere il soggetto interessato a concretizzare proprio questo stesso pericolo (cioè potrebbe agire, personalmente o per interposta persona, col fine di occultare quegli elementi di prova che potrebbero essere a suo carico)⁷⁰⁴. Analogamente, ove fosse realmente sussistente un pericolo di fuga, quest'ultima si concretizzerebbe ben prima dell'interrogatorio e (anche) in ragione dell'avviso dello stesso, che eliminerebbe qualsiasi dubbio circa la presenza di indagini a proprio carico⁷⁰⁵. Come si osserva nella Relazione al D.d.l., dunque, l'ascolto anticipato dell'indagato è stato introdotto in quelle situazioni in cui, durante le indagini preliminari, non risulti indispensabile che il provvedimento cautelare sia adottato «a sorpresa»⁷⁰⁶. Di conseguenza, quindi, ove consentito dalle circostanze concrete, da un lato «si evita l'effetto dirompente sulla vita delle

⁷⁰¹ F. PORCU, *Le modifiche del codice di rito nel D.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, Penale diritto e procedura, 2023.

⁷⁰² Anche G. SPANGHER, *Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio di prospettiva*, in questa *Rivista*, 27 giugno 2023, cit.: «Non sono pochi i problemi che questa nuova procedura prospetta. È evidente che la possibilità di procedere all'interrogatorio anticipato nei limiti indicati non sia possibile in presenza di una delle esigenze di cui alle lett. a) e b) dell'art 274 c.p.p. Dovrebbe essere consentito al giudice richiesto della misura del carcere di concedere gli arresti domiciliari e le altre misure. Sembrerebbe che indagato svolga l'interrogatorio anticipato in stato di libertà».

⁷⁰³ F. PORCU, *Le modifiche del codice di rito nel D.d.l. Nordio*.

⁷⁰⁴ *Ibidem*.

⁷⁰⁵ *Ibidem*.

⁷⁰⁶ *Ibidem*.

persone di un intervento cautelare adottato senza possibilità di difesa preventiva»⁷⁰⁷, dall'altro lato «si mette il giudice nelle condizioni di poter avere un'interlocuzione (e anche un contatto diretto) con l'indagato prima dell'adozione della misura»⁷⁰⁸.

La misura cautelare sarà disposta dal collegio solo nel caso in cui si debba applicare la custodia cautelare in carcere⁷⁰⁹.

Nel valutare quale misura dover applicare, pertanto, le modalità della procedura in virtù della gravità del reato, «sarà necessario considerare le situazioni per le quali le esigenze cautelari sono presunte, in termini assoluti o relativi dell'art. 275 c.p.p., con la conseguenza nel primo caso o di non applicare nessuna misura per la mancanza di esigenze ovvero di procedere alla decisione collegiale senza previo interrogatorio; ovvero nel secondo caso, relativamente alle diverse situazioni prospettabili, di procedere alla decisione collegiale, di non procedere alla decisione collegiale e di non procedere all'interrogatorio anticipato (ferma sempre la possibilità di non applicare nessuna misura)»⁷¹⁰.

Sotto il profilo delle norme di svolgimento di questo interrogatorio, poi, è importante anzitutto evidenziare che lo stesso debba essere preceduto, visto il nuovo comma 1-*sexies* dell'art. 291 c.p.p., dalla notificazione dell'invito a presentarsi alla persona sottoposta alle indagini e al suo difensore, «almeno cinque giorni prima di quello fissato per la comparizione, salvo che, per ragioni d'urgenza, il giudice ritenga di abbreviare il termine, purché sia lasciato il tempo necessario per comparire. Il giudice provvede comunque sulla richiesta del pubblico ministero quando la persona sottoposta alle indagini preliminari non compare senza addurre

⁷⁰⁷ Relazione al D.d.l., cit. par. 2.2.

⁷⁰⁸ Relazione al D.d.l., cit. par. 2.2., 5. È da aggiungere come nella prassi questa scelta comporta una scarsa applicazione dell'istituto, al punto che ci sono state anche critiche rivolte dall'Unione delle Camere penali nel documento del 15 giugno 2023 intitolato “*La Giunta UCPI sul DDL Nordio*”, 1: «Sicuramente positiva, in linea di principio, è la introduzione dell'interrogatorio preventivo che precede la emissione della misura cautelare in carcere, segno di una concreta attenzione al tema della libertà personale e dell'abuso della custodia cautelare. Tuttavia, non si può non sottolineare la natura sostanzialmente eccezionale di questa novità, esclusa del tutto per i reati di maggiore allarme sociale, e limitata per il resto alla sola esigenza cautelare del pericolo di reiterazione del reato. Dunque, un segnale importante, ma ancora molto timido: anche qui, un primo passo».

⁷⁰⁹ G. SPANGHER, *D.d.l. Nordio*, 2023.

⁷¹⁰ G. SPANGHER, *D.d.l. Nordio*, cit., 2023.

un legittimo impedimento, oppure quando la persona sottoposta alle indagini preliminari non è stata rintracciata e il giudice ritiene le ricerche esaurienti, anche con riferimento ai luoghi di cui all'articolo 159, comma 1»⁷¹¹. Il termine dilatorio consentito, qualora si ravvisino ragioni d'urgenza (ipotesi che si preannuncia alquanto frequente dato il contesto cautelare), risulta dunque non determinato nel minimo, visto che il generico riferimento al «tempo necessario per comparire» sembra dotato di bassa definitività e rimesso – di fatto – alla discrezionalità del giudice⁷¹². Una posticipazione dell'interrogatorio per esaminare in maniera completa gli atti sarà possibile, purché, ovviamente, non comporti un grave pregiudizio alle esigenze cautelari presenti.

Quanto emerge durante l'interrogatorio anticipato trova essere contenuto, poi, nelle motivazioni dell'ordinanza applicativa della misura: si disciplina, infatti, attraverso una modifica dell'art. 292, comma 2-ter c.p.p., che «l'ordinanza sia nulla non solo qualora (come già previsto fino ad ora) non contenga la valutazione degli elementi a carico e a favore dell'imputato, di cui all'articolo 358 c.p.p., nonché all'articolo 327-bis c.p.p., ma anche laddove non contenga, nel caso di cui all'articolo 291, comma 1-*quater* c.p.p. (e cioè quando debba essere disposto l'interrogatorio anticipato), una specifica valutazione degli elementi esposti dalla persona sottoposta alle indagini nel corso dell'interrogatorio»⁷¹³. Questa nullità si aggiunge a quella che il D.d.l. prevede di introdurre al comma 3-*bis* dell'art. 292 c.p.p., secondo cui «L'ordinanza è nulla se non è preceduta dall'interrogatorio nei casi previsti dall'articolo 291, comma 1-*quater*., nonché quando l'interrogatorio è nullo per violazione delle disposizioni di cui ai commi 1-*septies* e 1-*octies*», ovvero per contrarietà alle disposizioni che descrivono il contenuto dell'invito a comparire «(con la conseguenza, forse non opportunamente valutata, che ogni violazione relativa al contenuto dell'invito dovrebbe integrare una causa di nullità dell'interrogatorio e conseguentemente della successiva ordinanza)»⁷¹⁴ e l'avviso di deposito nella cancelleria del giudice della richiesta di applicazione della misura

⁷¹¹ F. PORCU, *Le modifiche del codice di rito nel D.d.l. Nordio.*, cit..

⁷¹² Ibidem.

⁷¹³ Ibidem.

⁷¹⁴ Ibidem.

cautelare e degli atti presentati ai sensi dell'articolo 291 co.1 c.p.p., nonché della possibilità di prendere visione ed estrarre copia di tutti gli atti depositati, e quindi anche comprendendo i verbali le intercettazioni, con diritto alla copia di queste registrazioni su supporto che garantisca la riproduzione dei contenuti⁷¹⁵.

Infine, nei casi in cui verrebbe introdotto l'interrogatorio anticipato, non si provvederebbe all'interrogatorio di garanzia "posticipato" (rispetto all'applicazione della misura), che dovrebbe essere svolto *ex art. 294 c.p.p.*⁷¹⁶.

La riforma dell'art. 328 c.p.p., in cui viene aggiunto un comma *1-quinquies*, a norma del quale «il giudice per le indagini preliminari decide in composizione collegiale l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere», introduce un rafforzamento delle garanzie della persona ristretta nella libertà personale, in quanto una decisione collegiale comporta una maggiore ponderazione rispetto a quella di un organo monocratico. In conseguenza a ciò è prevista l'introduzione di un collegio-g.i.p., assolutamente innovativa, poiché oggi l'ufficio g.i.p. è organizzato su attività di giudici monocratici⁷¹⁷.

⁷¹⁵ Ibidem.

⁷¹⁶ Ibidem.

⁷¹⁷ In senso critico però si evince come «Al fine di garantire la piena esplicazione della portata garantistica della modifica sarebbe stato tuttavia più opportuno estendere la prescrizione della collegialità (quando venga richiesta l'applicazione della custodia in carcere) al giudice chiamato ad effettuare l'interrogatorio preventivo che, in base alla proposta di modifica già esaminata, dovrebbe precedere l'applicazione di tutte le misure cautelari personali: al contrario, il nuovo art. 291, comma *1-quinquies*, c.p.p. prevede (nel testo "prospettato" dal D.d.l.), che «Nel caso di cui all'articolo 328, comma *1-quinquies*» (e cioè nel caso in cui venga richiesta l'applicazione della misura cautelare più afflittiva) «all'interrogatorio procede il presidente del collegio o uno dei componenti da lui delegato»: il rischio è infatti di far degradare la garanzia della collegialità, rendendo gli altri due componenti del collegio che non hanno partecipato all'interrogatorio anticipato debitori (sotto il profilo cognitivo) del volume di informazioni, valutazioni e percezioni raccolte dal giudice che ha condotto l'interrogatorio» (così in F. PORCU, *Modifiche al codice di rito*). E ancora G. SPANGHER, *Pacchetto Nordio*, op. cit., osserva che «Il primo profilo, scontando la mancanza di un numero adeguato di giudici poste le situazioni di incompatibilità che inevitabilmente si determinerebbero, ai sensi dell'art. 8, è differito di due anni per consentire il necessario espletamento del reclutamento straordinario di magistrati (art. 8 in relazione agli artt. 3, 4 e 5)»; critica sul punto E. MACCORA, *Il cantiere sempre aperto della giustizia penale. Primissime osservazioni al DDL Nordio ed all'impatto sulle sezioni gip-gup*, in *Quest. Giust.*, 6 luglio 2023: «Né appare risolutivo l'aumento di organico previsto dall'art. 4 del DDL in esame, che peraltro non è destinato solo agli uffici gip-gup ma genericamente alle funzioni giudicanti di primo grado. I tempi tecnici per bandire ed espletare un concorso (nomina della commissione da parte del Consiglio Superiore della Magistratura, svolgimento dello stesso, correzione degli elaborati scritti e svolgimento delle prove

Ricollegandosi alle considerazioni iniziali si può sottolineare che nell'intento di rafforzare la tutela dell'indagato si assiste ad un ulteriore tentativo di interrogatorio rispetto al momento applicativo della misura, tuttavia, l'esito non solo rimane meramente marginale, in quanto coinvolge solo situazioni connesse al pericolo di reiterazione di reati in casi fattispecie non gravi⁷¹⁸; ma neppure rappresenta una reale estrinsecazione del contraddittorio. Ciò che si vuole precisare, in conclusione, è che i pochi casi in cui il disegno di legge Nordio ha l'obiettivo di introdurre anticipatamente l'ascolto della persona sottoposta alle indagini non possono essere qualificati come forme di contraddittorio anticipato. Piuttosto, si potrebbe parlare di interrogatorio anticipato, vista l'assenza di tutte quelle garanzie che un contraddittorio effettivo richiede come ad esempio una *discovery* anticipata degli atti. È un modello di riforma che sembra ispirarsi all'art. 289 co. 2 c.p.p. e che, come questo, lascia aperti molti dubbi nel poter essere definito un contraddittorio effettivo.

orali, formulazione delle graduatorie, scelta della sede e svolgimento del tirocinio) comportano che anche se il concorso fosse bandito nell'anno 2023 prima dell'inizio del 2026 non si avrebbe l'ingresso di nuovi magistrati che peraltro non potrebbero, nei primi due anni di carriera, essere destinati alle sezioni gip-gup. Analogamente l'uso della tabella infradistrettuale previsto dal DDL all'art. 3 lettera a) n. 1, per far fronte alle esigenze degli uffici piccoli (spesso composti da 2/3 magistrati), appare alquanto problematico se si considera la distanza tra gli uffici che appartengono allo stesso distretto di Corte Appello. Potrebbe accadere ad esempio che un gip del tribunale di Milano debba comporre il collegio cautelare a Lodi o a Busto Arsizio o a Varese per decidere una misura cautelare o un aggravamento. Si rischia seriamente la paralisi degli uffici, la creazione di importanti arretrati e il mancato raggiungimento degli obiettivi del PNRR. Peraltro, la stessa attuazione della Legge n. 104/2021 e del D.Lgs. n. 150/2022, indispensabile per raggiungere gli obiettivi del PNRR, rischierebbe di essere seriamente compromessa».

⁷¹⁸ G. SPANGHER, *Il D.d.l. Nordio*.

CONCLUSIONI

L'analisi svolta ha messo in luce due punti principali di riflessione: l'interrogatorio di garanzia è più un mezzo di difesa che un effettivo contraddittorio e il riesame ha perso la centralità che lo aveva caratterizzato come strumento integrativo dell'interrogatorio. Queste due considerazioni, in una prospettiva minimalista, suggeriscono delle riflessioni almeno su un rafforzamento delle garanzie degli attuali istituti cautelari; sotto una prospettiva di riforma, aprono una discussione sull'opportunità di introdurre un contraddittorio anticipato rispetto all'ordinanza cautelare.

Si è dimostrato come il modello di riferimento per una riforma non possa essere il decreto 231 del 2001, in virtù di una intrinseca diversità rispetto al procedimento a carico delle persone fisiche. In questo decreto, infatti, viene descritta una procedura tutta finalizzata alla prevenzione, nella quale le misure cautelari non assurgono a strumenti di salvaguardia del regolare svolgimento del processo, ma si atteggiavano piuttosto come strumenti di anticipazione della pena.

Diversi ordini di ragione inducono, inoltre, ad escludere che quello previsto dall'art. 289 co.2 c.p.p. rappresenti un modello adeguato per un intervento riformatore. Anzitutto, poiché prevede un *minus* di garanzie rispetto all'interrogatorio di garanzia, che rimarrebbe comunque irrinunciabile; in secondo luogo, poiché non prevede una *discovery* anticipata degli atti alla difesa. D'altra parte, poi, la differenziazione delle procedure è legata al singolare atteggiarsi dell'accertamento del giudice, in quel caso, ha un oggetto ed una finalità più ampi della mera applicazione della misura cautelare, dovendo lo stesso altresì valutare che la misura non comporti un pregiudizio per la continuità della pubblica funzione o servizio.

In tale prospettiva, la dottrina ha formulato proposte di riforma che propongono di assicurare la presenza dell'indagato in udienza attraverso l'utilizzo di misure precautelari già esistenti quali il fermo e l'accompagnamento coattivo. Questi procedimenti a contraddittorio anticipato, infatti, hanno in comune il bilanciamento tra l'effetto sorpresa delle misure e il rispetto della presunzione di innocenza.

La ricerca svolta sul piano comparatistico ha evidenziato come interessanti spunti per un intervento di riforma provengano dal sistema francese in virtù della presenza,

nello stesso, del meccanismo del *double regard* e del *juge des libertés et de la détention*, a composizione collegiale. Il primo si fonda sull'idea che per limitare la libertà di una persona occorra la decisione di due magistrati; il secondo garantisce maggiore ponderatezza nella decisione e la riduzione dei casi di errore. Si è, invece, escluso che l'istituto del *bail* tipico dei sistemi anglosassoni possa essere introdotto anche nel procedimento cautelare italiano, stante la sua inconciliabilità con le regole che, nel nostro ordinamento, disciplinano la presenza dell'imputato nel processo a suo carico.

Infine, lo studio ha consentito di formulare alcune preliminari conclusioni sull'ultima proposta legislativa formulata in materia, vale a dire il disegno di legge Nordio n. S. 808. Lo stesso attesta l'apprezzabile interesse nel cercare di riformare il procedimento cautelare. Tuttavia, l'analisi del testo presentato induce a concludere che la modifica proposta non avrebbe un forte impatto nel senso di un recupero del contraddittorio antecedente all'adozione della misura cautelare, rappresentando, piuttosto, una timida soluzione applicabile solo ad alcune ipotesi residuali della materia *de libertate*.

BIBLIOGRAFIA

M. G. AIMONETTO, voce *Processo penale francese*, in *Enc. dir.*, Annali II – 1, Giuffrè, 2008.

AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967.

E. AMODIO, *Note sul futuribile delle misure cautelari*, il *Legisl. pen.* 2006.

V. ANDRIOLI, *Sull'«Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari di Piero Calamandrei»*, *Il Foro Italiano*, maggio 2009.

V. ASSEMBLÉ NATIONALE, Rapport n. 1468, XI Legislature, *Rapport sur le projet de loi (1079) renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes* (Mme Christine Lazerges), in [www. Assemblee-nationale.fr](http://www.Assemblee-nationale.fr).

F. ANGELI, *Il processo penale dopo la riforma dell'articolo 111 della Costituzione*, in *Questione giustizia: bimestrale promosso ua Magistratura Democratica.*, Fascicolo 1, 2000.

E. APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, Giuffrè, 2003.

G.P. AUGENTI, *Onere di prova e processo penale*, *Rivista penale*, 1930.

M. BARGIS et. al., *Compendio di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano 2023.

M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2022.

C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, F. Venturi, Torino 1965.

L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 C.D.U. e art. 2 prot. 4)*, Diritto penale contemporaneo 2011.

C. BESNIER – D. SALAS, *La crisi d'outrage: dall'influenza dell'emozione all'ambiguità della riforma*, Droit et cultures, 2008.

A. BEVERE, *Tribunale della libertà*, Sapere, 1984.

BIN, *Stato di diritto*, in *Enc. dir.*, Annali, Vol. IV, Giuffrè, 2011.

L. BRESCIANI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. Giur. Dir.*, 1993.

L. BRESCIANI, *Fermo*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Utet, 1991.

R. BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, in Aa. Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, 2002.

V. BONINI, *Commento all'art. 12 l. 1/3/2001 n. 63*, in *Legisl. pen.*, 2002.

M. CAIANIELLO, *La valutazione autonoma del giudice nell'ordinanza cautelare dopo l. 16 aprile 2015, n. 47*, in *Cass. Pen.*, fascicolo 4, 2017.

P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, I, 1965.

G. CALOGERO, *Filosofia del dialogo*, Morcelliana, 1962.

A. CAMON, C. CESARI, M. DANIELE, M. L. DI BITONTO, D. NEGRI, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano 2020.

G. CANZIO, *Il progetto "riccio" di legge delega per il nuovo codice di procedura penale*, in *criminalità*, 2007.

G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, V, Giuffrè, 1959.

F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960.

F. CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, In: *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Lucca, 1874.

M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. Cost)*, in *Enc. Giuffrè*, Milano 2001.

M. CHIAVARIO, *Premessa al commento del d.lgs. 14/1/1991 n. 12*, in *Legisl. Pen.*, 1991.

M. CHIAVARIO, *Procedure penale d'europa, Belgio – Francia – Germania – Inghilterra – Italia*, Cedam, 2001.

M. CHIAVARIO, *Processo e garanzia della persona*, Giuffrè, 1984.

M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo c.p.p.*, Utet 1989.

A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, *Diritto penale contemporaneo*, 2013.

CONFALONIERI, *C'è forse posto anche in Italia per il "contraddittorio anticipato"*, in *Dir. pen. e proc.*, 9, 1997.

G. CONSO, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966.

CONSO, AMODIO, CORBI, G. ILLUMINATI, PECORELLA, RICCIO, P, TONINI, VANNI, VIGNA, *G.I.P. e libertà personale – Verso un contraddittorio anticipato?*, Jovene, Napoli 1997.

- G. CONSO, *Relazione al progetto preliminare 1988*.
- C. CONTI – P. TONINI, *Custodia cautelare e struttura del processo: come perseguire una durata ragionevole*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003.
- F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, 1966.
- F. CORDERO, *Procedura penale*, 6° ed., Giuffrè, 2001.
- G. CORSO, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo amministrativo: profili generali*, in *Aa. Vv., Il giusto processo, Accademia nazionale dei Lincei*.
- P. CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?* in *Ind. Pen*, 1999.
- P. CORSO, *Sulla configurabilità di un obbligo del difensore di «concorrere a creare le condizioni di una sentenza giusta»*, *Cass. Pen.*, 1982.
- A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Edizioni scientifiche italiane, 2000, p. 120.
- A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, Vol. II, Tomo II: *Le misure cautelari*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2008.
- G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare*, Cedam, Padova 1953.
- B. DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, n. 11.
- M. DE SALVIA, *Privazione di libertà e garanzie del processo penale nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *questa Rivista*, 1979.

DE STEFANO, *L'interrogatorio preventivo ex art. 289 c. 2 c.p.: restano le perplessità sulla ratio e sulla coerenza costituzionale dell'istituto*, in *Cass. Pen.*, 2002.

A. DE VITA, voce «*Bail*», in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, I, Torino 1989.

M. L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e giusto processo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, anno 2007.

M. L. Di BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012.

C. DI BUGNO, *Legittimo impedimento, tutela dell'effettività della difesa e disciplina dell'udienza preliminare*, In *Cass. Pen.*, 1997.

G. DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale*, Giappichelli, 2000.

O. DOMINIONI, *Le parti nel processo penale*, Giuffrè, 1985.

O. DOMINIONI, *L'imputato fra protagonismo dell'accusa e subaltermità della difesa*, *Archivio penale*, 1982.

V. FANCHIOTTI, voce *Processo penale statunitense*, in *Enc. dir.*, *Annali II – 1*, Giuffrè, 2008.

C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, Cedam, 2016.

L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 7° ed., Roma-Bari, 2002.

L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella storia del diritto*, in AA.VV., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, 2001.

D. FERRAIOLI, *Manuale di dir. proc. pen.*, Cedam, 2018.

M. FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante» del giudice delle indagini preliminari*, 3° ed., Padova 2006.

P. FERRUA, *Dibattito: quale progetto per la giustizia? La ristrutturazione del processo penale in cerca di autore*, in "Questione giustizia: bimestrale promosso da Magistratura Democratica. Fascicolo 4, Milano 2005.

P. FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in Dig. disc. Pen., vol. III, Torino 1989.

P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Zanichelli, 2012.

P. FERRUA, *La revisione del codice 1988: correzioni e integrazioni nel quadro della legge-delega*, in *Studi sul processo penale*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, 1992.

C. FIORIO, *Libertà personale dell'imputato e bail*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014.

C. FIORIO, *Il Bail nel sistema inglese*, Archivio penale, 2013.

S. FOIS, *Il modello costituzionale del «giusto processo»*, in *Rass. Parl.*, 2000.

A. FURGIUELE, *Concetto e limiti dell'acquiescenza nel processo penale*, Jovene, 1998.

R. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti.*, Giappichelli, 2002.

A. GASPARINI, *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, AA.VV., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*.

C. GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel proc. pen.*, Giuffrè, 1993.

C. GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Giappichelli, 2021.

BJ. GEORGE, *La fase anteriore al dibattimento*, in Aa. Vv. *Il processo penale negli Stati Uniti D'America*, a cura di E. AMODIO – M. C. BASSIOUNI, Giuffrè, 1988.

M. GIALUZ, *Commento all'art. 5 CEDU, par. I*, in S. BARTOLE, P. DE SENA.

V. ZAGREBELSKI (a cura di.), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, 2011.

A. GIARDA, G. SPANGHER, *C.p.p. commentato*, Ipsoa 2001.

A. GIARDA, *Persistendo 'l reo nella negativa*, Giuffrè, Milano 1980.

G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1994.

A. GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, in Studi delle scienze giuridiche e sociali, Pavia, 1967

L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Cedam, Padova 2012.

L. GIULIANI, *Editoriale del Dossier "Libertà personale dell'imputato e misure cautelari restrittive della libertà individuale nel processo penale" - La libertà*

personale dell'imputato tra principi e prassi in attesa di una riforma organica della giustizia penale italiana, Revista Brasileira de Direito Processuale Penal, 2021.

L. GIULIANI, *Interrogatorio di garanzia [Annali III, 2010]*, Enciclopedia del diritto, Giuffrè, 2010.

L. GIULIANI. *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015.

L. GIULIANI, *Motivazione "autonoma" dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del tribunale della libertà (alle soglie di una "storica" riforma?)*, in Riv. It. Dir. e proc. pen., 2015, vol. 58.

V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Giuffrè, Milano 2000.

V.GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari*, in *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi. In memoria di Gian Domenico Pisapia. Atti del convegno (Cagliari 1995)*, Giuffrè, 1997.

V. GREVI, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari*, in Giust. Pen., 6 (I), 1988.

V. GREVI, *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, Cedam, 1985.

V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano 1976.

V. GREVI, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantiste ed efficienza del processo*, Giuffrè.

Guida all'articolo 5 - Diritto alla libertà e alla sicurezza.

IELO, sub artt. 45-54, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO PALIERO, Cedam, 2007.

G. ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in Enc. Giur. Treccani.

G. ILLUMINATI, *Intervento*, in AA.VV., *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Giuffrè, 1995.

G. ILLUMINATI, *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995.

G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, Zanichelli, Bologna 1979.

G. ILLUMINATI, *Ripartire dalla Costituzione*, in *Legislazione penale*.

R.E. KOSTORIS, *Commento all'art. 1 l. n. 332/1995*, in Aa. Vv., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Cedam, 1995.

G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2005.

G. LATTANZI- P. SEVERINO, *Responsabilità da reato degli enti. Diritto processuale*, Vol II, Giappichelli, 2020.

G. LOZZI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I riti differenziati nel nuovo processo penale*, Giuffrè, 1990.

LUCCHINI, *Il carcere preventivo*, Venezia 1872.

E. MACCORA, *Il cantiere sempre aperto della giustizia penale. Prissime osservazioni al DDL Nordio ed all'impatto sulle sezioni gip-gup*, in *Quest. Giust.*, 6 luglio 2023.

A. MALINVERNI, *La riforma del processo penale (Appunti dalle lezioni)*, Giappichelli, 1970.

V. L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Giappichelli, 2000.

A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Cedam, 2006.

E. MARZADURI, *Commento all'art. 2 l. 16 luglio 1997, n. 234*, in *Leg. Pen.*, 1997.

E. MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Cost., tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Leg. pen.*, 2000.

E. MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, in *Il giusto processo* a cura di Kostoris, Giappichelli, 2002.

O. MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea*, Giappichelli, 2005.

O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, 2004.

MENNA, *Il giudizio d'appello*, Esi, 1995.

MICELI, *Principi di diritto costituzionale*, Milano 1913.

- A. MOLARI, *Introduzione alla tavola rotonda*, in Aa. Vv., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Atti del convegno organizzato dall'associazione tra gli studiosi del processo penale, Ferrara, 13-15 ottobre 2000, Milano, 2002.
- G. MONTAGU - M. WESTON, *Legal Practice Companion*, 18a ed., London 2012-2013.
- S. MONTONE, *Prassi cautelare e proposte di intervento: note a margine*, in Aa. Vv., *Il giudice delle indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Atti del Convegno (Mattinata, 23-25 settembre 1994), Milano, 1996.
- C. MORSELLI, *Libertà personale, "giusto processo" e contraddittorio anticipato: prospettive de iure condendo*, in *Diritto penale e processo*, 10, 2006.
- L. MORTARA, U. ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, Utet, 1917.
- P. MOSCARINI - M.L. DI BITONTO, *Introduzione*, Giappichelli, Torino 2018.
- P. MOSCARINI, *Le cautele interdittive nel procedimento penale "de societate"*, Aracne, 2010.
- A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 9° ediz., 2004.
- A. NAPPI, *Oscillazione e punti fermi nel regime delle misure cautelari personali*. In AA. VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*, Giuffrè, Milano 2012.
- D. NEGRI, *La nullità dell'ordinanza cautelare*, in *Cass. Pen.*, 4, 1999.
- D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, 2004.

M. NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito?* in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, 1998.

M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, Bologna, 1989.

M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in Riv. It. Dir. Proc. pen., 1995.

R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, relazione al XII Convegno della Associazione fra gli studiosi del processo penale, Foggia-Mattinata 25-27 settembre 1998, in *Indice penale*, 2000.

R. ORLANDI, *Riesame del provvedimento cautelare privo di motivazione*, in *Cass. pen.*, 1996.

A. PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, 1974.

P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2a ed. aggiornata, Giappichelli, 2009.

A. PENNISI, *Dal Progetto Dalia al progetto Riccio: quale futuro per il processo penale?* legislazione penale, 2005, vol. 2.

F. PERONI, *Il sistema cautelare*, in Aa. Vv., *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, 2002.

F. PERONI, *Misure interdittive*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 2000, p. 746 ss.

F. PERONI, *Sulle dichiarazioni dell'indiziato in udienza di convalida come equipollente dell'interrogatorio ex art. 294 c.p.p.*, in *Giust. Pen.*, 1990.

G. PISAPIA, *Orientamenti per la riforma della custodia preventiva nel processo penale*, in *Aa. Vv., criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, 1965.

L. PISTORELLI, *Discrezionalità del giudice e ruolo di garanzia della motivazione*, in *Guida al diritto*, 2006.

V. PLATANÈ, voce *Processo penale inglese*, in *Enc. dir., Annali II – 1*, Giuffrè, 2008.

M. POLVANI, *Le impugnazioni del libertate. Riesame, appello, ricorso*, Cedam, 1999, p. 14.

F. PORCU, *Le modifiche del codice di rito nel D.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, *Penale diritto e procedura*, 2023.

J. PRADEL, *Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi de 15 juin 2000. Evolution ou révolution?* in *Recueil Dalloz, Chroniques*, 2001.

T. RAFARACI, *Annullamento dell'ordinanza cautelare per difetto di motivazione riconducibile all'assenza di elementi imposti da legge sopravvenuta*, in *Cass. penale*, 1997.

G. RICCIO, *Nuovi spazi legislativi e ruolo della dogmatica*, in *"Politica del diritto"* 4/1997.

F. ROSI, *Un giudice gatekeeper per la libertà personale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003.

L. SARACENI, *L'impugnazione dei provvedimenti sulla libertà personale emessi in dibattimento*, in *Cass. Pen.*, 1989.

V. SCIARABBA, *La riapertura del giudicato a seguito di sentenze della Corte di Strasburgo: il ruolo della comparazione* (Relazione al “XXII Colloquio biennale dell’Associazione Italiana di Diritto Comparato”, Salerno, 30 maggio - 1 giugno 2013), in *Europeanrights Newsletter - europeanrights.eu*, 2014.

G. SPANGHER, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, in *w.w.w.giustiziainsieme.it*, 2023.

G. SPANGHER, *Evoluzione ed involuzione del sistema cautelare*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Pisani: Diritto processuale penale e profili internazionali*, a cura di P. CORSO.

G. SPANGHER, *Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio di prospettiva*, in questa *Rivista*, 27 giugno 2023.

J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, Oxford, 2008.

TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2017.

M. TARUFFO, *Il controllo di razionalità fra logica, retorica e dialettica*, in *Diritto penale, controllo di razionalità e giustizia*, Padova, 1998.

V. TODISCO, *Il riesame delle misure cautelari personale*, Cedam, 1995.

P. TONINI - Carlotta CONTI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2022.

P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè 2001.

- G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, 1979.
- E. VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare: fotografia del presente e alcuni spunti per il futuro*, Il mulino, 2011.
- G. VASSALLI, *Potestà punitiva*, Utet, Torino 1942.
- G. VARRASO, *Interrogatorio in viculis dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, Riv. it. Dir. e proc. pen., 1999.
- A. VIRGILIO, *Il riesame delle misure cautelari personali*, Jovene, Napoli 2005.
- E. ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali, in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in *Libertà personale e ricerca della prova. Atti del convegno presso l'università di Catania. Noto Marina 30 settembre-2 ottobre 1993*, Giuffrè, 1995.

