



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Processuale Penale

**I criteri di scelta delle misure cautelari:
analisi dei principi alla luce del diritto vivente**

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Mitja Gialuz

CORRELATORE

Chiar.ma Prof.ssa

Paola Balducci

CANDIDATO

Mariangela Famiani

Matr. 161413

Anno Accademico 2023-2024

Indice

Introduzione	5
CAPITOLO I: LA CORNICE COSTITUZIONALE E SOVRANAZIONALE IN MATERIA DI MISURE CAUTELARI	9
1. <i>La libertà personale dell'imputato</i>	9
1.1 <i>Il contrasto apparente tra la libertà personale e il principio di presunzione di innocenza in materia cautelare</i>	17
2. <i>I riferimenti sovranazionali: Carta di Nizza e Cedu</i>	25
CAPITOLO II: ART. 275 C.P.P.: ADEGUATEZZA E GRADUALITÀ COME CRITERI DI SCELTA DELLE MISURE CAUTELARI	36
1. <i>La discrezionalità vincolata in materia cautelare</i>	36
2. <i>Il principio di adeguatezza: rapporto tra esigenza e misura cautelare</i>	40
3. <i>Il principio di gradualità: custodia cautelare come extrema ratio</i>	48
3.1 <i>La riforma del 2015 e il rafforzamento del principio</i>	52
3.2 <i>L'evoluzione delle presunzioni del comma 3 dell'art. 275 c.p.p.</i>	61
CAPITOLO III: LA PROPORZIONALITÀ: DA PRINCIPIO GENERALE A CRITERIO DI SCELTA DELLE MISURE CAUTELARI	79
1. <i>Le origini del principio</i>	79
2. <i>Il principio di proporzionalità alla luce del contesto sovranazionale</i>	88
3. <i>La proporzionalità nella sfera cautelare: bilanciamento tra presunzione d'innocenza ed esigenze cautelari</i>	89
3.1 <i>Il monito della Corte E.D.U: la sentenza Torreggiani e le modifiche del comma 2-bis dell'articolo 275 c.p.p.</i>	110
CAPITOLO IV: LA CUSTODIA CAUTELARE E IL CONFRONTO CON IL DATO STATISTICO	121
1. <i>La situazione emergenziale del sovraffollamento carcerario e l'utilizzo della custodia cautelare in carcere</i>	121
1.1 <i>Le prime strategie intraprese e i moniti internazionali</i>	126
2. <i>Il contrasto all'uso ipertrofico della misura ex art. 285 c.p.p. e la finalità deflattiva perseguita dal legislatore</i> ...	135
3. <i>I dati recenti</i>	142
Conclusioni	154
Bibliografia	157

Introduzione

Proporre una trattazione in generale del tema cautelare implica lo svolgimento di un attento esame dei principi che ispirano e che animano il procedimento penale tutto.

Il filo conduttore che si pone alla base dell'elaborato è la consapevolezza di star esplorando un tema che si regge sul costante e ineludibile bilanciamento di interessi in tensione reciproca, il cui equilibrio, talvolta di ardua tenuta, è imprescindibile.

In particolare, il tema dei criteri che guidano il giudice nella scelta della misura più idonea, tra le tante annoverate, a tutelare le esigenze concretamente esistenti nel caso di specie, ci consente di analizzare quell'equilibrio menzionato dalla visuale dell'organo giurisdizionale, cosicché, tramite l'analisi del percorso realizzato per l'individuazione della misura da applicare, si possano evocare una serie di riflessioni ulteriori.

Sposando totalmente la definizione che qualifica il procedimento penale come “diritto costituzionale applicato”, l'elaborato non può che prendere le mosse dall'analisi della Carta costituzionale che rappresenta un punto di partenza obbligato.

Nel primo capitolo quindi si propone, in prima battuta, un inquadramento costituzionale delle questioni fisiologicamente legate all'esercizio del potere cautelare.

Si è inteso porre al centro della trattazione l'inviolabile libertà personale dell'individuo, per poi analizzare la “storica” questione concernente il rapporto, nell'ambito della sfera cautelare, tra la libertà menzionata e il principio di presunzione di non colpevolezza.

Si procede, quindi, a esaminare il “contrasto apparente” insito nell'applicazione *ante iudicium* di una misura limitativa della libertà personale a un individuo, in definitiva, presunto innocente.

In quest'epoca caratterizzata dalla tutela multilivello dei diritti, non si potrà quindi tralasciare il riferimento alle Carte sovranazionali, le quali integrando il tessuto di garanzie riconosciute agli individui, fungono da parametro ulteriore per l'analisi che qui si propone.

Ulteriore oggetto di indagine del primo capitolo saranno quindi le disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e della Carta di Nizza, per il tramite ulteriore delle interpretazioni che di queste fanno la Corte di Strasburgo e la Corte di giustizia dell'Unione europea, non tralasciando di operare taluni richiami a pronunce che vedono l'Italia direttamente coinvolta.

Esaurito l'esame preliminare del quadro di riferimento, si passerà allora all'analisi della discrezionalità "vincolata" del giudice cautelare nell'ambito della scelta della misura e in maniera specifica dei principi contenuti nell'articolo 275 c.p.p.

Si è inteso, per la verità, procedere con una trattazione separata dei tre criteri sanciti dal codice di rito, analizzando nel secondo capitolo i principi di adeguatezza e gradualità, dedicando l'intero terzo capitolo all'esame del principio di proporzionalità.

La scelta di procedere con una trattazione separata trova ragione nell'intenzione di voler sottolineare, pedissequamente, i singoli passaggi logico-giuridici che il giudice cautelare svolge nell'applicazione della misura, in modo tale da valorizzare e cogliere, tramite l'analisi delle disposizioni, l'impatto che ha subito la fisionomia della discrezionalità vincolata del giudice a seguito delle innovazioni imposte dal legislatore nel tempo.

A questo si dovrà anche aggiungere la considerazione, nello specifico, che la proporzionalità oltre che assumere nell'ambito della individuazione della misura da applicare un ruolo pregnante, rappresenta un principio generale, dalle origini remote, che anima l'intera fase della scelta cautelare.

Verrà sottolineato come il principio in questione influenzi la struttura propria dell'articolo 275 c.p.p., rappresentando il punto di equilibrio e di bilanciamento tra la presunzione di innocenza, sempre riconosciuta all'individuo non ancora investito da una sentenza definitiva di condanna, e le esigenze cautelari.

Una volta quindi proceduto con l'analisi del tessuto normativo e insieme con questo degli interventi manipolativi che si sono susseguiti negli anni, la trattazione si concluderà poi – con l'ausilio dei dati statistici- con una comparazione tra impianto normativo e prassi giudiziaria.

L'intenzione sottesa alla fase conclusiva dell'elaborato è quella arricchire il quadro prospettato, tramite l'analisi dei dati, capaci di fornire elementi quantitativi idonei a fotografare, in maniera oggettiva, gli aspetti analizzati, in modo tale da consentire un ragionamento che non sia meramente normativo ma che al contrario tenga conto del diritto concretamente applicato.

Si cercherà quindi nel quarto capitolo di rispondere a una serie di quesiti concernenti temi estremamente sensibili al dibattito giuridico recente.

Preliminarmente la comparazione sarà finalizzata a comprendere se e in che misura, nella prassi, i principi contenuti nell'articolo 275 c.p.p. fungano concretamente da guida per il giudice.

Secondariamente l'indagine verterà sul comprendere se, l'intenzione perseguita del legislatore negli ultimi anni, di conferire nuovamente centralità al principio di *extrema ratio* della custodia cautelare in carcere e quindi di deflazionarne l'utilizzo trovi riscontro nella realtà giudiziaria.

L'intenzione sarà quella di verificare tramite l'analisi di molteplici indici, se la solennità del principio del sacrificio minimo necessario della libertà personale – di portata costituzionale – si traduca concretamente nelle scelte della magistratura.

CAPITOLO I: LA CORNICE COSTITUZIONALE E SOVRANAZIONALE IN MATERIA DI MISURE CAUTELARI.

SOMMARIO: 1. La libertà personale dell'imputato. – 1.2 Il contrasto apparente tra la libertà personale e il principio di presunzione di innocenza in materia cautelare. – 2. I riferimenti sovranazionali: Carta di Nizza e Cedu.

1. *La libertà personale dell'imputato.*

L'analisi dell'intero procedimento penale e della materia penale trascina con sé il necessario richiamo a principi che ne tratteggiano la struttura, dimensione e composizione.

L'entrata in vigore della Carta costituzionale nel 1948 ha comportato la definizione di una nuova architettura valoriale, destrutturando e ristrutturando nel tempo, l'ordinamento penale e la sua fisionomia, dotandolo di una nuova sovrastruttura con la quale confrontarsi.

Appare scontata la dirompente incidenza che la Carta costituzionale ha sprigionato nell'ambito del processo penale, soprattutto tenendo in considerazione che questo è luogo preposto all'accertamento della responsabilità;

luogo nel quale le libertà individuali rischiano di essere maggiormente sacrificate e pregiudicate in nome di istituti e strumenti operativi dotati di una potenziale idoneità a interferire con le garanzie fondamentali del singolo¹.

Il richiamo ai principi costituzionali diviene ancora più essenziale tenendo ben presente che sotteso al procedimento penale, quasi come cornice logica, vi risiede una apparente dicotomia sintetizzabile nel binomio che vede da un lato la tutela delle libertà dell'individuo e dall'altro dell'autorità Statale².

Difatti i due profili prendono forma in riferimento al procedimento penale perché tutelata è per un verso l'istanza punitiva dell'apparato statale, che punta inevitabilmente alla repressione, da esercitare in modo effettivo ed efficiente, al fine di tutelare la collettività dalle molteplici forme possibili di aggressioni dei beni e dei valori dell'ordinamento; tale istanza interferisce, ma non necessariamente contrasta, con l'esigenza di massima tutela

¹ G. DEAN ., A. BELLOCCHI ., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, G. Giappichelli, Torino, 2007, p.16.

² A. SCALFATI ., *trattario di procedura penale- voll: prove e misure cautelari – Tomo II: le misure cautelari* , Utet giuridica, 2008. p.6.

della libertà, come bene fondamentale riconosciuto all'individuo, inserito nel disegno costituzionale come fondativo di tutte le altre libertà³.

Ciò detto, da rilevare fin da subito, è che il contrasto paventato è in realtà solo apparente, o meglio, è chiaro che i due profili siano in inevitabile tensione, ma un necessario contrasto non può dirsi certo, al fine di scongiurarlo è necessario che i due versanti, espressivi di esigenze diverse, siano conciliati.

Si deve andare dunque alla ricerca di quell'equilibrio e coniugazione, che in fondo è riconducibile alla complessiva previsione normativa inserita all'interno della Carta costituzionale.

Ebbene la lenta, ma efficace irruenza, che la Costituzione ha prodotto è ancor più tangibile in un momento preciso, benché eventuale, del procedimento penale, quello cautelare.

Il microsistema delle misure cautelari appare quindi il miglior banco di prova per testare la tenuta del bilanciamento dei principi e valori costituzionali, è soprattutto luogo nel quale appare forse più animata quella dicotomia tra singolo e autorità.

Con l'intento di rintracciare dunque una coniugazione alla dicotomia sottesa, il richiamo al dettato costituzionale appare obbligato, in particolar modo alla disciplina della libertà personale, che diviene in sede processuale di particolare rilievo⁴.

L'acquisita consapevolezza della portata valoriale riconosciuta alla libertà personale è sicuramente traguardo ed elemento costante; la storia della libertà personale è infatti la storia di una ininterrotta e continua sua affermazione⁵.

Dichiarata è la concezione personalistica⁶ sposata dalla Costituzione- rintracciabile già nel noto ordine del giorno Dossetti del 1946⁷ - la quale assume come baricentro dell'intero sistema Repubblicano la variolizzazione della persona umana e dei diritti inviolabili di questa, ribaltando il tradizionale paradigma della priorità dello Stato rispetto ai diritti fondamentali del singolo.

³ A. SCALFATI., *trattario di procedura penale- voll: prove e misure cautelari – Tomo II: le misure cautelari*, UTET GIURIDICA, 2009. p.7.

⁴ V. GREVI, voce *Libertà personale*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p.316.

⁵ G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 16.

⁶ G. DEAN., A. BELLOCCHI., *Fisionomia costituzionale del processo penale, cit.*, p.4.

⁷ Resoconto sommario della seduta del 9 settembre 1946 della commissione per la costituzione -prima sottocommissione web: www.legislature.camera.it.

La costante affermazione e tutela della libertà personale è assai più rilevante nella sfera del processo penale, dove quella apparente dicotomia, individuo e autorità, sprigiona inevitabilmente la più grande portata.

È proprio nel momento cautelare, nella fisionomia che questo assume nel codice di procedura penale, che va ricercato il bilanciamento di quei principi che animano la materia penale.

È per questo che il ricorso a forme di coercizione *ante iudicium* è stato sicuramente quello che, tra gli istituti limitativi della libertà personale, ha sempre destato particolare attenzione. «Non a caso la questione della tutela della libertà personale è certamente ad un crocevia nevralgico dell'intera rete di rapporti fra la tematica dei diritti fondamentali della persona e la tematica del processo»⁸.

Non stupisce infatti come tutte le Carte fondamentali dei singoli ordinamenti e le Carte internazionali, pur proclamando la sacralità della tutela della libertà personale, riconoscano limitazioni a questa per scopi di giustizia⁹.

Non di difficile comprensione pertanto appare la consapevolezza che eventuali restrizioni della libertà personale dell'imputato nel corso del processo, finiscano, per essere uno strumento presente all'interno di ciascun ordinamento¹⁰.

Elemento non immediatamente afferrabile, riguarda però, la identificazione del contenuto della libertà personale.

La esatta nozione e soprattutto la latitudine che assume la libertà personale rappresentano infatti il primo ostacolo ermeneutico da superare per poter delineare, in modo definito, le coordinate costituzionali della sua tutela¹¹.

Il primo comma dell'articolo 13 della Carta costituzionale, sancendo la consacrazione della libertà personale gli attribuisce carattere d'inviolabilità¹², specificando sostanzialmente il programma di tutela generale contemplato nell'articolo 2 Cost¹³.

⁸ M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali*, 2 ed., vol. II, Giuffrè, Milano, 1982, p. 242.

⁹ Sui rapporti tra presunzione di non colpevolezza e restrizione della libertà dell'imputato, v. GREVI V., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano: Giuffrè, 1976, p. 36 s.

¹⁰ 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 processual penal*. 7.3 (2021): 1559–1596. Web.

¹¹ A. SCALFATI., *trattario di procedura penale*, cit p.15.

¹² Art. 13 Cost.: «La libertà personale è inviolabile.».

¹³ A. SCALFATI., *trattario di procedura penale- vol II: prove e misure cautelari*, cit, p. 15.

In primo luogo, è bene evidenziare che, nella ricerca di un significato concreto da ricondurre all'enunciazione della inviolabilità, non volendogli assegnare un valore meramente retorico, sembra che si debba fare discendere, quantomeno, una regola di «sacrificio minimo» della libertà in ogni occasione di potenziale conflitto con altre esigenze, come fosse una consacrazione del principio interpretativo *in dubio pro libertate*¹⁴.

Per la verità, parte della dottrina costituzionalistica sostiene che si possa ricondurre all'articolo 13, comma primo, della Costituzione l'esistenza di una «garanzia di contenuto», derivante direttamente dal carattere dell'inviolabilità, che si attegga alla stregua di un limite al potere di revisione costituzionale che vincola il legislatore italiano a non incidere più dello stretto necessario sulla libertà personale, un limite capace quindi di condizionare e indirizzare le possibili opzioni del legislative, garantendone però il nucleo essenziale¹⁵.

Nell'individuazione del contenuto della libertà, ci rimettiamo, in primo luogo, all'analisi delle radici storiche dell'articolo in questione, analizzando quindi i lavori preparatori della Carta costituzionale il concetto di libertà personale sposato si evince in maniera chiara¹⁶.

Emerge *expressis verbis* la volontà dei Costituenti di intendere la libertà personale *stricto sensu*, tendendola ben distinta da altre libertà, intendendola come libertà che incide squisitamente sulla sfera fisica, richiedendo in quanto diritto di libertà, un'astensione da limitazioni o coercizioni che interferiscono con la sfera materiale di interesse¹⁷.

Storicamente, quindi, la norma è stata valutata essenzialmente nella ristretta ottica di «libertà negativa», richiedendo una vera e propria astensione da interferenze esterne, di natura coercitiva, che incidessero direttamente sulla sfera fisica dell'individuo¹⁸.

Benché dall'analisi lavori preparatori emerga quanto detto, è bene aver contezza fin da subito dell'assenza di unanimità di vedute in merito alla esatta identificazione del contenuto del diritto di libertà sancito all'articolo 13; consapevoli che limitarne l'analisi alla sola tutela della libertà personale nella sua accezione fisica parrebbe miope e non in linea con l'intera giurisprudenza costituzionale, il punto focale da cui prendere le mosse, come fosse il

¹⁴ M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali...* cit, p. 263.

¹⁵ In questo senso v.P. GROSSI., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*, Cedam, Padova 1972, p.171-172.

¹⁶ DOSSETTI G., *La Costituzione della Repubblica, nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei deputati, Segretariato generale, vol. IV, Roma, 1970, p. 343, il quale, criticando un concetto ampio di libertà, afferma come l'art. 13 si riferisca esclusivamente alla violazione della libertà personale in seguito ad arresto o a detenzione, escludendo che altre forme di privazione possano rientrare in questo articolo.

¹⁷ M.L. FERRANTE., *A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale*, in «Archivio penale», fasc. 2, maggio-agosto 2012, pp. 587-604.

¹⁸ A. SCALFATI., *trattario di procedura penale- vol II: prove e misure cautelari*, cit p 15.

minimo comune denominatore rintracciabile nelle diverse interpretazioni, è quello che vede, come nocciolo duro della disciplina della libertà personale, ciò che viene indentificato con la formula anglosassone del *Writ of Habeas corpus*¹⁹.

Riconducendo la sfera di interesse materiale della libertà personale, preliminarmente alla sola sfera fisica del soggetto, appare chiaro che, in primo luogo, l'articolo 13 tuteli la «libertà dagli arresti»²⁰, assumendo tra l'altro, ma non solo, una diretta riferibilità processuale.

Questa quindi si pone come tutela della libertà personale nel processo penale, in quanto questo è il terreno di massimo confronto tra autorità e libertà, tra potere restrittivo e ambizione alla inviolabilità assoluta della libertà²¹.

Dovrà quindi essere intesa, come pretesa all'astensione che terzi, e in particolare l'autorità statale, riferendoci alla materia penale, non ne limiti il godimento tramite coercizioni o costrizioni illegittime.

Libertà personale che, usando le parole della dottrina, potrebbe essere intesa «quale vero e proprio presupposto politico di ogni altra libertà civile, rappresentando l'oggetto costante e prioritario di una garanzia tradizionalmente identificata nella tutela dagli arresti illegali²²».

Da mettere in luce è inoltre la constatazione che la libertà personale si caratterizza per essere strumentale rispetto a qualsiasi altra libertà civile, essendo immediatamente riconducibile alla persona umana: ne discende che essa rappresenti il tramite obbligato per il godimento di qualsiasi altra libertà in cui può esplicarsi la personalità del singolo²³.

A questa tradizionale interpretazione, si aggiunge quella di parte della dottrina e giurisprudenza che legge nell'articolo 13 un contenuto di libertà personale riferibile anche alla sfera non solo strettamente fisica, bensì morale, la cui lesione sarebbe determinata anche in assenza di costrizioni fisiche.

Questo ampliamento del concetto di libertà personale secondo alcuni è direttamente riferibile all'articolo 2 Cost, il quale ancora alla libertà personale un valore della persona umana intesa in senso onnicomprensivo, racchiudendo insieme con la libertà fisica anche quella morale.

Testimone della difficile conciliazione rispetto alle diverse interpretazioni ricondotte all'articolo 13 Cost, vi è anche il dato giurisprudenziale: infatti, con l'intento di definire, il

¹⁹Sulle origini storiche dell'istituto v., AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale* cit., p. 105.

²⁰ V GREVI., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p. 10.

²¹A. SCALFATI., *trattario di procedura penale- vol II: prove e misure cautelari*. cit., p.16.

²² V. GREVI, *Libertà personale*, cit., p. 3.

²³ G. DEAN., A. BELLOCCHI., *Fisionomia costituzionale del processo penale* cit., p. 9.

contenuto del diritto sancito all'articolo 13, comma primo Cost, è intervenuta la giurisprudenza costituzionale, che non in modo univoco ha nel tempo assunto posizioni non sempre coerenti.

La Corte in un primo momento, anche sulla base della interpretazione storicamente ricondotta al concetto di libertà personale, ha dato una lettura a maglie molto ristrette, intendendola quindi come indisponibilità del corpo, attribuendole una mera accezione fisica²⁴.

Il Giudice delle leggi, invece, in successive pronunce, ha riconosciuto una interpretazione meno rigida del concetto di libertà personale, estendendolo fino alla tutela da coercizioni e misure che incidano negativamente sulla persona, anche se non concretamente fisiche²⁵.

Tuttavia, la discordanza rispetto alle diverse interpretazioni riconducibili alla sfera di interesse della libertà non appare ostativa alla considerazione secondo la quale, la libertà personale- indipendentemente dall'ampiezza della interpretazione- rimane elemento nevralgico che incide sulla fisionomia del procedimento penale.

Se la libertà personale è in primo luogo libertà da atti autoritativi limitativi della stessa, allora è evidente che quel binomio individuo autorità debba essere coniugato proprio alla luce del paradigma costituzionale dell'articolo 13 Cost.

In ogni modo, la portata valoriale del dettato del citato articolo 13 ,primo comma, non implica una cieca e assoluta tutela della libertà personale tanto da non ammettere e riconoscerne limitazioni; l'inviolabilità, infatti, non presuppone divieto di limitazione, tutt'al più si qualifica come indisponibilità della libertà in questione.

La legittimità della previsione di eventuali eccezioni al godimento della libertà personale è confermata dalla stessa disposizione, che al comma secondo, ammette delle possibili limitazioni, « nei soli modi e casi previsti dalla legge e su atto motivato dell'autorità giudiziale ²⁶».

È tramite le garanzie della riserva di legge e riserva di giurisdizione che i padri costituenti hanno strutturato il paradigma costituzionale della libertà personale, rimandando al legislatore ordinario l'individuazione dei casi e modi in relazione ai quali è legittima l'eventuale restrizione della libertà.

²⁴ Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in www.giurcost.org.

²⁵ Corte cost., 31 maggio 1995, n. 210, in www.giurcost.org.

²⁶ Art. 13 comma secondo Cost.

Quanto alle garanzie menzionate nel testo dell'articolo 13, comma 2, Cost, la riserva di legge viene assicurata in materia cautelare tramite la previsione all'articolo 272 c.p.p. il quale, in apertura del libro IV, stabilisce che «le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo».

Il legislatore ha inteso ancorare la misura restrittiva alla legalità della previsione normativa del codice di procedura penale e alla tassatività della individuazione²⁷.

La portata garantista della riserva di legge è palpabile, il significato che ne deriva è quello della tassatività delle limitazioni della libertà personale, le quali sono rigorosamente vincolate alle previsioni legislative del titolo I del libro IV²⁸.

Il principio in questione però, non esaurisce la sua portata nella sola previsione dei casi in cui è possibile operare tale limitazione, ma sprigiona la sua operatività anche nell'individuazione dei modi in cui il potere cautelare deve essere esercitato, primo tra tutti l'individuazione della misura cautelare secondo i principi e criteri indicati all'art 275 c.p.p.²⁹. Tra l'altro, la disposizione non richiama la legge in generale, ma solo le disposizioni del titolo I del libro quarto del c.p.p., quali uniche fonti in grado di generare le possibili restrizioni, in modo da circoscrivere quanto più è possibile l'ambito ordinamentale coinvolto nell'opera di individuazione di situazioni normative eccezionali³⁰.

Il tentativo del legislatore, come rilevato dalla dottrina è stato quello di dare «una portata, in via di principio, esaustiva alla disciplina codicistica, sia quanto a presupposti legittimanti, sia quanto a dinamica esplicativa del potere cautelare»³¹.

Ulteriore fondamentale garanzia predisposta dall'art 13, comma secondo cost. come presidio di tutela rafforzata alla libertà personale è rappresentata dalla riserva di giurisdizione, in base alla quale l'atto limitativo della libertà personale compete di regola all'autorità giurisdizionale, salva la possibilità, predisposta dal comma 3, che «nei casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge», l'autorità di pubblica sicurezza adotti provvedimenti provvisori obbligatoriamente comunicati ed eventualmente convalidati entro limiti temporali stringenti³².

²⁷ A. SCALFATI., *trattario di procedura penale- vol II: prove e misure cautelari*, cit., p 35.

²⁸ G. DEAN ., A. BELLOCCHI., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, cit., p 21.

²⁹ G. DEAN ., A. BELLOCCHI., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, cit., p. 22.

³⁰ A. SCALFATI A., *trattario di procedura penale- vol II: prove e misure cautelari*, cit., p. 36.

³¹ In tal senso M. CHIAVARIO., sub art 272, in comm. Chiavario , III, torino, 1990, p.24.

³² G. DEAN ., A. BELLOCCHI., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, cit., p. 24.

Sul piano codicistico, la riserva di giurisdizione, quindi la garanzia che l'atto limitativo della libertà dell'individuo provenga dall'autorità giudiziaria, è ulteriormente rafforzato dalla previsione di cui all'articolo 279 c.p.p., il quale individua l'organo competente a disporre e revocare qualsiasi delle misure cautelari nel giudice, definendo una individuazione a maglie più ristrette rispetto alla previsione costituzionale.

Il paradigma strutturato dal costituente nella disposizione dell'articolo 13 Cost. ha però, nei rapporti con il potere cautelare, rappresentato negli anni terreno proficuo per la creazione di un dibattito dogmatico sul tema del «vuoto di fini».

In quanto, nonostante il legislatore Costituente abbia inseguito la via del garantismo rispetto alla previsione della riserva di legge e giurisdizione, preoccupandosi di inserire fondamenti di tutela in merito, ha però taciuto rispetto all'individuazione delle esigenze a fronte delle quali le eventuali limitazioni trovano giustificazione³³.

Discorso che si è proprio sviluppato per sottolineare, che dal tenore letterale dell'articolo 13 Cost., non sono rintracciabili gli elementi minimi necessari per rintracciare la fisionomia funzionale degli strumenti coercitivi *ante iudicium*, atteso che « l'individuazione di tali finalità permetterebbe di realizzare un ragionevole equilibrio tra le esigenze che a vario titolo possono ricondursi al processo penale e la contrapposta esigenza di tutelare al massimo grado la libertà dell'indagato o imputato³⁴».

Infatti, alla base del dibattito, vi era la considerazione che, nonostante le misure coercitive rappresentino elemento nevralgico che interferisce con la fisionomia del processo, la costituzione, almeno nell'articolo 13, non fa alcun riferimento alle finalità di tali provvedimenti.

L'assenza di alcuna indicazione rispetto ai parametri ontologici di riferimento cui riconnettere i fini delle misure, appariva coerente con la lettura originaria dell'articolo 13 Cost., in quanto le attenzioni erano coerentemente proiettate a tutelare solo il piano della legittimazione del potere restrittivo e non lo scopo o il fine perseguito da questo³⁵.

³³L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 950. Sul problema del vuoto dei fini, si veda anche G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., p. 355 e ss.

³⁴ ROSIELLO M., *La compatibilità della funzione cautelare con i principi costituzionali*, in «*Salvis iuribus*», 9 agosto 2021 [online] : http://www.salvisiuribus.it/la-compatibilita-della-funzione-cautelare-con-i-principi-costituzionali/#_ftn7.

³⁵ A. SCALFATI., *trattario di procedura penale- vol II: prove e misure cautelari*, cit., p.35.

La ricerca di una soluzione al problema del «vuoto dei fini» è stata per molto tempo incentrata su una lettura e interpretazione isolata e non soddisfacente dell'articolo 13³⁶, lo sforzo della dottrina nel tempo è stato quello di rintracciare all'interno della stessa disposizione eventuali significati capaci di dare indicazioni finalistiche al potere cautelare, spaziando tra l'individuazione di esigenze processuali ed esigenza sostanziali, senza però cogliere la filosofia cautelare che emergeva dal contesto costituzionale³⁷.

Si è poi però nel tempo, affermato, che la ricerca delle finalità dei provvedimenti andasse rintracciata in altre disposizioni costituzionali³⁸ e che per questo l'art 13Cost «diviene non la fine, ma l'avvio di un'indagine esegetica volta ad individuare norme ulteriori, magari anche implicite, contenenti la disciplina»³⁹.

Il mito del vuoto dei fini appare risolto, proprio sulla base di quella intuizione dottrinale, poi sposata anche dalla giurisprudenza, che ha richiesto una lettura coordinata dell'articolo 13 e del 27 comma secondo della carta costituzionale.

La messa appunto della logica cautelare è stata raggiunta essenzialmente grazie all'approdo che ha avuto il dibattito sull'articolo 27 comma secondo Cost., ed in particolare alla raggiunta consapevolezza del ruolo ricoperto dalla presunzione di non colpevolezza come regola di trattamento, scoprendo in questo modo che la matrice ontologica della filosofia cautelare e con essa le legittime finalità della custodia anticipata fossero da rintracciare – e non poteva essere diversamente – nella Carta fondamentale dei diritti⁴⁰.

1.2 Il contrasto apparente tra la libertà personale e il principio di presunzione di innocenza in materia cautelare.

Elemento di riflessione costante, nell'analisi del procedimento penale e in particolare del momento cautelare è rappresentato proprio dalla coniugazione della disciplina della libertà personale e del principio di presunzione di non colpevolezza.

³⁶G. DEAN., A. BELLOCCHI., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, cit p. 19.

³⁷ A. SCALFATI., *trattario di procedura penale- vol II: prove e misure cautelari cit.*, p. 36.

³⁸ L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, cit., p. 950.

³⁹ G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., p. 360.

⁴⁰ A. SCALFATI., *trattario di procedura penale- vol II: prove e misure cautelari*, cit., p. 36.

Infatti, la combinazione, in un'ottica sistematica, di queste due disposizioni fonda la "filosofia cautelare", cioè la matrice ontologica della vicenda cautelare, che rappresenta la fondamentale conquista democratica in materia⁴¹.

L'apparente paradosso che riecheggia è chiaro rispetto al momento cautelare, il quale, prevedendo l'applicazione di misure *ante iudicium* che interferiscono con la libertà personale richiede una coordinazione maggiore con il dettato costituzionale, chiamando in causa appunto il principio di presunzione di non colpevolezza.

La presunzione di non colpevolezza costituisce infatti un caposaldo di civiltà, che affonda le proprie radici in una consacrazione risalente già all'articolo 9 della dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789,⁴² e che trae la sua ragion d'essere da una elementare, ma incontrovertibile verità: «siamo tutti esposti al potere di punire: colpevoli o no»⁴³.

La disposizione costituzionale recita «L'imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva».

La nostra Costituzione esprime una "concezione normativa"⁴⁴ della presunzione di non colpevolezza, idonea a specificare le conseguenze "formali" della regola, ma non del tutto capace di rendere pienamente intellegibili o diretti i significati più profondi e le interrelazioni con le altre disposizioni costituzionali⁴⁵.

Con l'intento di non addentrarci, nel falso problema semantico, storicamente ricondotto alla formulazione dell'articolo 27 comma 2 Cost., ormai ampiamente superato, dal quale emerge che la differenza tra la locuzione proposta dalla Costituzione e quella contemplata nelle Carte internazionali non abbia delle conseguenze rispetto alla portata della garanzia, in quanto distinzione giuridicamente concepibile è quella tra colpevole e non colpevole ma non tra non colpevole e innocente⁴⁶, allora indipendentemente dal termine utilizzato possiamo sostenere che la presunzione di non colpevolezza costituisca una garanzia, indice di un orientamento legislativo fondamentalmente "liberale" nei confronti dell'imputato⁴⁷.

⁴¹ A. SCALFATI, *trattario di procedura penale- vol II: prove e misure cautelari*, cit., p. 17.

⁴² M. CERESA-GASTALDO., S. LONATI, *Profili di procedura penale europea. Seconda edizione.*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023, p163.

⁴³ F. CORDERO., *Procedura penale*, VIII ED., GIUFFRÈ, MILANO, 2006, p.14.

⁴⁴ Sulla concezione normativa v. le osservazioni di ORLANDI R., *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, 87-110.

⁴⁵ A. SCALFATI., *trattario di procedura penale- vol II: prove e misure cautelari cit.*, p. 20.

⁴⁶ A. SCALFATI., *trattario di procedura penale- vol II: prove e misure cautelari cit.*, p. 21.

⁴⁷ P.P. PAULESU., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*. II. ed., : G. Giappichelli, Torino, 2009, p.61.

La disposizione infatti vieta di presumere, al contrario mira ad assicurare, la preminenza di un interesse primario: la tutela dell'imputato di fronte all'esercizio del potestà punitiva da parte dello stato⁴⁸, individua ciò che un soggetto di fatto è fino a quando non è raggiunto da una sentenza definitiva di condanna⁴⁹.

Proprio per evidenziare tale interesse primario, occorre far riferimento alla doppia valenza intrinseca alla presunzione di non colpevolezza, che si esprime nelle due diverse dimensioni funzionali della regola di trattamento e regola di giudizio.

Per il profilo che qui ci interessa maggiormente, relativo all'ambito cautelare e alla interferenza con la tutela della libertà personale, è necessaria un'analisi più profonda del principio nella sua prima accezione e quindi come regola di trattamento.

Contenuto minimo indiscusso della presunzione di non colpevolezza, come regola di trattamento, si sostanzia nel divieto di equiparare l'imputato al colpevole in *itinere iudicii*, con la conseguenza che vi è l'obbligo che l'imputato non possa essere, mai, equiparato al colpevole, dovrà al contrario essere considerato come un soggetto libero da qualsiasi pregiudizio, destinatario di quel corredo di garanzie normalmente riconosciute ad ogni individuo⁵⁰.

Un volta assunto quindi, che la regola di trattamento dell'articolo 27 comma secondo Cost., implica che nessuna persona potrà essere presunta colpevole, è evidente che il relativo status potrà essere superato solo con una pronuncia definitiva, con la conseguenza che, benché il soggetto imputato potrà essere destinatario di particolari attenzioni ordinamentali, insite nell'accertamento della responsabilità, questo non possa implicare che siano ammesse forme di anticipazioni della pena nei suoi confronti⁵¹.

La valenza del riconoscimento dello status di presunto innocente, riconosciuto in capo all'imputato e indagato, è elemento avvalorato dalla giurisprudenza costituzionale che infatti in plurime occasioni ha sottolineato la necessità che questo venga riconosciuto durante tutto l'arco del procedimento.

La Corte costituzionale ha in particolare confermato tale impostazione in una relevantissima, benché risalente nel tempo, sentenza nella quale facendo riferimento alla custodia cautelare,

⁴⁸ .P.P. PAULESU., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*. cit., p.61.

⁴⁹ A.SCALFATI., *trattario di procedura penale- vol II: prove e misure cautelari*, cit., p. 21.

⁵⁰ A.SCALFATI., *trattario di procedura penale- vol II: prove e misure cautelari*, cit., p. 22.

⁵¹ G. ILLUMINATI, *La presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 2.

ha osservato che, l'articolo 27, comma 2, cost «necessariamente comporta che la detenzione preventiva in nessun caso possa avere la funzione di anticipare la pena, da infliggersi solo dopo l'accertamento della colpevolezza⁵²».

Il profilo problematico rispetto al tema qui analizzato prende le mosse dal fatto che lo svolgimento del procedimento penale, in quanto fenomeno che si sviluppa e si costituisce nel tempo, potrebbe richiedere, al fine di tutelare esigenze diverse, l'applicazione di misure che ne scongiurino eventuali pericoli.

Misure applicate *ante iudicium* e dunque prima che ne sia accertata la responsabilità ma che potrebbero, nel concreto, risultare, per il tasso di incisione che hanno sulla libertà personale afflittive alla stregua della pena.

Il paradosso sollevato, parrebbe tanto più ragionevole, considerato l'esistenza appunto della norma Costituzionale al secondo comma dell'articolo 27, che imponendo di considerare l'imputato innocente fino alla condanna definitiva, mai potrebbe sopportare che venga sacrificata la libertà dell'imputato, sulla scorta di premesse e per la tutela di interessi che ne presuppongono già accertata la colpevolezza⁵³.

È chiaro che la morfologia del sistema cautelare sia stata rimodellata nel tempo proprio alla luce dell'articolo 27 comma 2, il quale vietando ogni anticipazione della pena a carico dell'imputato, ostacola l'applicazione di trattamenti sanzionatori prima della condanna irrevocabile, paventandosi una interferenza con la disciplina della libertà personale⁵⁴.

In quest'ottica, il trattamento dell'imputato nel corso del processo deve essere ispirato ad una "filosofia" diversa rispetto a quella riconosciuta dal previgente sistema processuale, dove soprattutto nell'originaria impostazione, l'imputato era considerato sostanzialmente "colpevole" perché solo colpito da una presunzione di sospetto, sospetto in grado di giustificare l'applicazione di misure restrittive la libertà personale sostanzialmente equivalenti alle pene⁵⁵.

⁵²Corte cost., 23 aprile 1970, n. 64. www.giurcost.org

⁵³ V. GREVI., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione* op.cit. G.DEAN., A. BELLOCCHI., *Fisionomia costituzionale del processo penale*.

⁵⁴G. ILLUMINATI., *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari* p. 389-406 in *Diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2006.

⁵⁵ A. SCALFATI., *trattario di procedura penale- vol II: prove e misure cautelari* cit., p. 24.

Occorre rammentare infatti, che fino al 1982 - con la legge che istituiva il tribunale del riesame- il codice di procedura penale non indicava specificamente le esigenze cautelari da porre alla base dei provvedimenti limitativi della libertà personale⁵⁶.

Considerato ulteriormente che per molti reati era prevista la cattura obbligatoria, di talché il giudice era tenuto a emettere il provvedimento restrittivo al solo ricorrere di sufficienti indizi di colpevolezza, determinavano in concreto una assoluta anticipazione della pena⁵⁷.

Anche con la riforma del 1995, concepita in origine per adeguare il codice ereditato dal fascismo ai nuovi principi costituzionali si era limitato a modificare parzialmente il sistema delineato.

Che il costituente, nell'includere la "la presunzione di innocenza" tra i principi fondamentali della Costituzione in materia penale, abbia inteso dettare una direzione nel campo della libertà personale è pacifico, ancor di più considerando che è proprio l'ambito della libertà personale dell'imputato luogo nel quale la presunzione stessa è destinata ad assumere il massimo rilievo pratico⁵⁸.

Il profilo problematico nel tempo, che ha animato la miglior dottrina, non è stato tanto quello del valore da attribuire all'enunciazione del principio dell'articolo 27 comma 2 Cost., quanto piuttosto quello di definirne l'ambito di efficacia.

Dando per assodato che la conciliazione tra carcerazione preventiva – oggi custodia cautelare- espressamente prevista dall'ultimo comma dell'articolo 13 Cost., e presunzione di non colpevolezza appare affare di non facile conto, e con l'impossibilità di concludere negando l'operatività della presunzione di non colpevolezza nel settore della libertà personale dell'imputato, un ragguaglio concettuale è necessario.

La presunzione di non colpevolezza, nonostante non impedisca la legittimità costituzionale delle misure cautelari e in particolare della più limitativa tra queste, assume comunque un ruolo e diviene regola principale: assicura all'imputato che quandanche debba essere assoggettato al sacrificio della libertà personale di non subire lo stesso trattamento o di non essere equiparato al colpevole⁵⁹.

⁵⁶ G. ILLUMINATI., *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari* cit., p.389-406.

⁵⁷G. ILLUMINATI., *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari* cit., p. 389-406.

⁵⁸G. VASSALLI., *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività* , in *aspetti e tendenze del diritto costituzionale : scritti in onore di Costantino Mortati Mortati*, Costantino.v. 3, p. 1097-1108 Milano, Giuffrè, 1977.

⁵⁹ G. ILLUMINATI., *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. Giur*, XXVII, Roma, Treccani 1991

Il limite infatti “sino alla condanna definitiva” sancito dall’articolo 27 della Carta costituzionale collega inevitabilmente la presunzione in modo strettissimo con il processo e le sue diverse fasi, nelle quali appunto il tema della libertà personale dell’imputato si pone in modo preminente e non di rado drammatico⁶⁰.

La premessa infatti, per analizzare il ruolo dell’articolo 27 comma secondo cost rispetto al potere cautelare ,è che bisogna evitare nel modo più assoluto che la carcerazione preventiva-custodia cautelare- abbia la sua unica base in accertamenti probatori non ancora trasfusi in una condanna definitiva, accettando al contrario che la misura consegua alla constatazione sicuramente di indizi a carico della persona, ma necessariamente anche sul concorso di altri indici aggiuntivi di pericolosità, non riducibili a loro volta ad un’anticipata attribuzione della qualifica di colpevole all’imputato⁶¹.

È proprio sulla scia di questa considerazione, che la riflessione vira su un diverso piano. Oggetto di analisi quindi, riconosciuta l’operatività del principio di presunzione di non colpevolezza nel campo della libertà personale, diviene la ricerca di quale finalità possano assumere le misure privative della libertà personale per non porsi in contrasto con la regola di trattamento sancita a livello costituzionale e soprattutto fino a che punto siano compatibili con il quadro costituzionale.

La dottrina, ci riferiamo in particolare all’accentuano dibattito avvenuto tra gli anni 60 e 70 del secolo scorso⁶², aveva tentato di individuare le ragioni che avrebbero potuto in linea teorica giustificare l’applicazione di misure nei confronti dell’imputato, in modo tale da superare l’intrinseca contraddizione derivante dalla possibilità stessa di una privazione della libertà precedente all’accertamento della colpevolezza⁶³.

Questo in quanto, se la presunzione di non colpevolezza si pone come ostacolo per qualsiasi logica volta ad assimilare le misure cautelari alle pene, allora è chiaro che il primo elemento distintivo da tener in considerazione vada ricercato sul piano teleologico⁶⁴.

⁶⁰ G., VASSALLI., *Libertà personale dell’imputato e tutela della collettività* cit., p. 1112.

⁶¹ M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali*, 2 ed., vol. II, Giuffrè, Milano, 1982, p. 267.

⁶²In riferimento al dibattito si veda: G. ILLUMINATI., *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari* cit., p.391.

⁶³G. ILLUMINATI., *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari* cit , p.392.

⁶⁴ P.P. PAULESU., *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato.* cit., p123.

Appare chiaro quindi che il *discrimen* vada ricercato evidentemente in relazione allo scopo perseguito, scopo che ha come limite proprio la conformità alla presunzione di non colpevolezza.

Come rilevato, a tal proposito, dalla linea rigorista della corte costituzionale, la «detenzione preventiva può essere disposta unicamente in vista della soddisfazione di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo»⁶⁵.

Si può dunque sostenere che le uniche finalità perseguibili dalle misure cautelari, da non porsi in contrasto con il 27, comma secondo Cost, siano quelle che hanno come obiettivo la tutela del processo e del suo risultato e che quindi le restrizioni della libertà personale anteriori alla condanna siano costituzionalmente accettate a condizione che non si presentino come misure che presuppongono uno stato di colpevolezza⁶⁶.

A tal proposito, consapevoli del silenzio costituzionale dell'articolo 13 rispetto a indicazioni finalistiche che giustificano in maniera specifica l'applicazione di misure cautelari, allora, la soluzione dovrà essere ricercata in una lettura combinata delle fonti costituzionali.

Proprio fondando una lettura in combinato disposto del 13 e del 27 comma secondo Cost e rintracciando una funzione quasi servente di questo a favore della libertà personale che quella paventata dicotomia viene a smussarsi.

Approdando dunque alla consapevolezza che, l'articolo 27 comma 2 Cost. detta una sorta di orientamento finalistico dell'articolo 13 Cost, ne deriva implicitamente che se l'imputato non può in alcun modo essere considerato colpevole fino all'accertamento definitivo, allora la sua libertà personale non potrà subire vincoli nel corso del processo sulla base di una mera anticipazione del giudizio di colpevolezza, che trasformerebbe la misura cautelare in una anticipazione illegittima della pena⁶⁷.

Appare evidente quindi che il problema del potere cautelare viene quantomeno superato ritracciando la chiave di lettura nell'interpretazione logico sistematica dei due principi.

Emerge che l'articolo 13 Cost., in quanto norma di disciplina dei mezzi limitativi della libertà personale, dunque, norma di carattere strutturare debba trovare e ricevere una

⁶⁵ Corte cost. 23 aprile 1970, n 64. www.giurcost.org .

⁶⁶ F. FALATO, *La presunzione di non colpevolezza, come regola di trattamento, influenza la predisposizione, da parte del legislatore, degli strumenti per un corretto uso delle cautele processuali*, Cass. Pen., 2003, v. 43, f. 9. p. 2731.

⁶⁷ M., ROSIELLO. *La compatibilità della funzione cautelare con i principi costituzionali*, in «*Salvis juribus*», 9 agosto 2021 [online] : http://www.salvisjuribus.it/la-compatibilita-della-funzione-cautelare-con-i-principi-costituzionali/#_ftn7.

direzione finalistica proprio nel dettato del 27 comma secondo cost⁶⁸, così da raggiungere un raccordo strutturale in grado di superare quel “vuoto dei finiti” che storicamente è rimasto irrisolto a causa di una lettura isolata dell’articolo 13.

Si ritiene quindi che il paventato contrasto tra la presunzione e la disciplina della libertà personale sia evidentemente solo apparente, in quanto appunto sia la disposizione del secondo comma dell’articolo 27 cost a dettare i confini di ammissibilità delle misure *ante iudicium*.

La stessa giurisprudenza costituzionale ha confermato tale apparenza in riferimento alla dicotomia tra presunzione di non colpevolezza e disciplina della libertà personale, nella logica cautelare, nella nota sentenza del 21 luglio 2012, n. 265.

Nella sentenza in questione, rientrando in un pacchetto di sentenze volte a scardinare le presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare in carcere del comma 3 dell’articolo 275 c.p.p., la Corte ha affermato appunto che «affinché le restrizioni della libertà personale dell’imputato nel corso del procedimento siano compatibili con la presunzione di non colpevolezza, è necessario che esse assumano connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, irrogabile solo dopo l’accertamento definitivo della responsabilità: è ciò, ancorché si tratti di misure, nella loro specie più gravi, ad essa corrispondenti sul piano del contenuto afflittivo».

Secondo la Corte, infatti, in altra sentenza l’applicazione di una o più misure cautelari non può ritenersi fondata sulla base di una mera prognosi anticipata di colpevolezza; non può perseguire -direttamente o indirettamente- finalità proprie della sanzione penale, deve al contrario avere un preciso scopo di tutela del processo o della collettività⁶⁹.

Alla luce di quanto emerge quindi possiamo sostenere che la presunzione di non colpevolezza, come rilevato dalla miglior dottrina, si qualifichi come “parametro di legittimità dei fini delle misure cautelari”⁷⁰, in modo tale da definire, in modo finalistico, il perimetro del costituzionalmente legittimo.

Sulla scorta di quanto detto rileviamo dunque che quel paventato contrasto logico, rinvenuto tra il principio di presunzione di non colpevolezza e la inviolabilità della libertà personale, tramite l’applicazione di misure *ante iudicium*, sia evidentemente solo apparente, e che per

⁶⁸ G. RICCIO., A. DE CARO., S. MAROTTA., *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, edizioni scientifiche italiane, 1991, p.232.

⁶⁹ Corte cost., 4 maggio 1970, n. 64. www.giurvost.org.

⁷⁰ Definizione utilizzata da V. GREVI, voce *Libertà personale dell'imputato*, cit., p. 329.

dipiù sia proprio il dettato dell'articolo 27 comma secondo Cost. a riempire di contenuto quel vuoto dei fini storicamente ricondotto all'articolo 13 Cost, ponendosi appunto come parametro sulla base del quale graduare la legittimità delle misure restrittive nei confronti dell'indagato presunto non colpevole.

A dettare ,quindi, quali finalità concretamente siano perseguite dall'applicazione di misure restrittive della libertà personale prima che sia stata accertata al responsabilità ,è proprio quella regola di trattamento ricondotta alla presunzione di non colpevolezza, questa infatti non pone un ostacolo, nel senso di impedire eventuali costrizioni della libertà personale nei confronti dell'imputato, al contrario opera in modo che le misure soddisfino specifiche esigenze cautelari vietando che perseguano invece scopi afflittivi-sanzionatori⁷¹.

2. *I riferimenti sovranazionali: Carta di Nizza e CEDU.*

Il tema della libertà personale, per la portata valoriale che assume, richiede un'analisi profonda, rivolta anche al contesto sovranazionale.

Non si può trascurare il dialogo e la continua integrazione che vi è tra gli ordinamenti nei diversi piani.

L'analisi del mondo sovranazionale appare, infatti, obbligata considerando quanto il paradigma di tutela della libertà personale collida con il tema cautelare, e come in particolare la custodia cautelare dell'indiziato di reato in attesa di giudizio è sicuramente l'istituto più discusso in tema di privazione della libertà personale, nel quale ciascuno Stato misura «la qualità garantista della giurisdizione penale»⁷².

Infatti, è proprio nel misurare la qualità garantista dell'ordinamento penale, che le direttive e le garanzie apportate dalle carte sovranazionale in tema di libertà fondamentali assumono rilevanza.

L'integrazione del dettato costituzionale degli Stati, tramite la tutela multilivello dei diritti, sprigiona la sua portata partendo dalle disposizioni delle carte fondamentali, passando poi per le interpretazioni dalla giurisprudenza sovranazionale, che si presentano al livello

⁷¹ P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 68 -69.

⁷² Così G., ZACCARO., in Introduzione atti del Convegno "*Misure cautelari e libertà personale*", in *Questione Giustizia*, ottobre 2014, p. 4.

nazionale come parametro di legalità, direttive interpretative di portata tale da non poterle segregare e ignorare;

Centrale in materia è sicuramente l'articolo 5 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), norma cardine in tema di diritto alla libertà e alla sicurezza della persona.

La norma, oltre a specificare le ipotesi tassative in relazione alle quali è consentita la privazione della libertà personale, indica poi una serie di garanzie costruite in chiave soggettiva, da riferire alla persona arrestata o detenuta⁷³.

La portata applicativa della disposizione in questione è stata più volte chiarita dalla giurisprudenza di Strasburgo, la quale ha assunto negli anni, nell'ambito di numerosi ricorsi un orientamento ormai ampiamente consolidato.

Si tratta infatti, di una di quelle garanzie, in relazione alla quale la Corte di Strasburgo ha accertato il maggior numero di violazioni, se ne contano 4.903 dal 1959⁷⁴.

La disposizione viene in rilievo ogni qual volta un individuo sia sottoposto a costrizioni fisiche ed al controllo diretto di terzi sulla propria libertà personale, al fine di tutelarla da privazioni illegittime e arbitrarie⁷⁵.

Emerge dalla linea interpretativa seguita dalla Corte Edu che la nozione di libertà personale sposata sia, in via generale, quella di libertà fisica⁷⁶⁷⁷.

Al contrario di quanto avviene sul versante italiano, in relazione al quale, il concetto di libertà personale contenuto nell'articolo 13 Cost. è maggiormente esteso, rispetto all'articolo 5 Cedu invece, l'interpretazione maggioritaria esclude dal raggio applicativo della disposizione la ulteriore accezione di libertà morale⁷⁸.

⁷³ In sintesi si tratta del diritto alla conoscenza dei dati legali processuali; al primo contatto dell'arrestato con il giudice o con un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie; ad essere giudicati entro un termine ragionevole o ad essere messi in libertà durante la procedura; a ricorrere ad un tribunale avverso i provvedimenti lesivi dello status libertatis; ad avere una riparazione in caso di arresto o di detenzione illegale.

⁷⁴ M. CERESA-GASTALDO., S. LONATI., *Profili di procedura penale europea. Seconda edizione.*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023, cit., p. 247.

⁷⁵ Secondo M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, 1969, p. 174, la sfera di libertà interessata dalla normativa non riguarda la cosiddetta "libertà morale" bensì la libertà in senso meramente fisico.

⁷⁶ L. BEDUSCHI., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 2011.

⁷⁷ Corte e.d.u., 23 aprile 2015, François c. Francia, §47

⁷⁸ M. CERESA-GASTALDO., S. LONATI., *Profili di procedura penale europea*, cit., p.249.

Il paradigma di garanzia previsto dall'articolo 5 della Cedu è poi sostanzialmente eguagliato e riconosciuto dell'articolo 6 della Carta di Nizza dato che in questo ambito vi è una piena corrispondenza di tutela garantita dalla piccola e dalla grande Europa, cosicché si prevede che il diritto alla libertà e alla sicurezza nell'unione europea non possa essere soggetto a maggiori limitazioni di quelle consentite dall'art. 5 Cedu (art. 52 della Carta).

Avanzando sull'analisi contenutistica della tutela della libertà personale, la Corte ha tracciato i confini dell'articolo 5, chiarendo in plurime occasioni⁷⁹ che ad integrare la violazione della disposizione in questione non sia ogni forma di limitazione della libertà dell'individuo, ma solo quelle che si manifestano come delle privazioni effettive.

È sulla scia della distinzione delineata dai giuridici di Strasburgo, tra i differenti concetti di restrizione e privazione della libertà dell'individuo che si configurano violazioni di disposizioni diverse, rintracciando nel campo di tutela dell'articolo 5 le sole privazioni; attribuendo al paradigma dell'articolo 2 Prot. n. 4 della Cedu le ipotesi di semplici restrizioni della libertà⁸⁰.

Per determinare infatti se vi sia «privazione della libertà personale» ai sensi dell'articolo 5 Cedu, è necessario analizzare la situazione concreta, tenendo in conto una serie di criteri quali: il tipo, la durata gli effetti e la modalità della misura in questione⁸¹.

E' proprio a partire dal leading case *Guzzardi c. Italia* del 1980⁸² che la Corte ha sposato una lettura del concetto di privazione della libertà personale non di tipo formale, al contrario ha evidenziato, con l'intenzione di estendere le garanzie convenzionali, evitando gli effetti di una possibile frode delle etichette che lo sguardo debba essere riposto ad elementi di tipo quantitativo, affermando che il *discrimen* sia « di grado e di intensità , non di natura o di contenuto».⁸³

Dando quindi per assodato che la differenza che risiede tra limitazione e semplice restrizione, risulta essere basata su elementi concreti e non formali che guardano all'atteggiarsi della misura, senza dubbio una privazione della libertà si realizzerebbe ove la

⁷⁹ Corte e.d.u., 8 ottobre 2013, *Guzzardi c. Italia* § 96., Corte e.d.u. 23 febbraio 2017, *Tommaso*, c. Italia.

⁸⁰ S. BARTOLE., P. DE SENA., V. ZAGREBESKY., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. CEDAM, 2012 pp 108* si specifica in riferimento all'articolo 5 che si allude alla libertà individuale nella sua accezione di libertà fisica della persona, in quanto la libertà di circolazione viene riconosciuta all'articolo 2 pro. N.4.

⁸¹ Guida all'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – diritto alla libertà e alla sicurezza

⁸² Corte e.d.u., 6, novembre, 1980 *Guzzardi c. Italia* § 96.

⁸³ Sulla differenza tra privazioni e limitazioni della libertà si veda anche Corte e.d.u, 12, febbraio, 2009, *Nolan e K.C. c. Russia* §93

libertà fisica venga a mancare del tutto perché in presenza di coercizioni sul corpo, di misure come detenzione e arresto⁸⁴.

Di più problematica interpretazione sono quelle misure, che, benché non si mostrino come formalmente volative della libertà personale, ne integrerebbero secondo la corte una privazione ogniqualevolta fossero particolarmente incisive della libertà di circolazione.

Per qualificare infatti una singola fattispecie nell'una o nell'altra ipotesi occorre partire dall'analisi delle circostanze del caso concreto, valutando una serie di indici.

Proprio alla luce di questo approccio sposato dalla corte E.d.u, basato sull'analisi delle condizioni concrete e del contesto nel quale viene applicata la misura, che non ci stupisce come ipotesi di applicazione di misure particolarmente simili siano state dalla corte qualificate come volative di libertà diverse proprio in ragione delle condizioni effettive di applicazione.

I giudici di Strasburgo nel noto caso Raimondo contro Italia⁸⁵, hanno valutato la misura della sorveglianza speciale applicata dall'autorità giurisdizionale italiana, per le particolari limitazioni che la misura implicava rispetto alla possibilità di coltivazione delle relazioni sociali e per il contesto nel quale veniva applicata come costituente una mera limitazione della libertà di circolazione e non una privazione della stessa.

In altre situazioni, come nel già citato caso Guzzardi⁸⁶, i giudici europei hanno al contrario concluso che le restrizioni imposte alla libertà di circolazione del ricorrente, attraverso la misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, avevano comportato una privazione della sua libertà personale.

L'argomentazione della corte era basata sulla considerazione per la quale lo spazio concesso all'interessato per muoversi risultava particolarmente limitato e insieme con uno stato di sorveglianza pressoché permanente, si era determinata la conseguenza che le occasioni di contatti sociali erano quasi azzerate: questi elementi, sommati e collegati, avevano fatto ritenere alla corte che l'interessato fosse sostanzialmente sottoposto a un trattamento simile a quello inframurario, come fosse una «prigione aperta»⁸⁷.

⁸⁴ M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali*, 2 ed., vol. II, Giuffrè, Milano, 1982, p. 243 definizione di detenzione e arresto, dove si specifica che andrebbe intesa la prima come coazione a vivere in un luogo chiuso e determinato; il secondo come apprensione di un individuo da parte di un altro individuo, caratterizzata dalla provvisorietà rispetto ad una più stabile situazione.

⁸⁵ Corte e.d.u., 22, febbraio, 1994, Raimondo c. Italia, §39.

⁸⁶ Corte e.d.u., 6, novembre, 1980 Guzzardi c. Italia § 96.

⁸⁷ Corte e.d.u., 6, novembre, 1980 Guzzardi c. Italia § 96.

La Corte con l'intento di definire ancor di più i confini del concetto di privazione, come detto tale da integrare una limitazione dell'articolo 5 Cedu, ha individuato due elementi, uno oggettivo e uno soggettivo che ne connotano il concetto.

Il profilo oggettivo viene a configurarsi come qualsiasi ipotesi di reclusione della persona in un particolare spazio limitato e per un lasso di tempo non irrilevante⁸⁸, precisando che il concetto di reclusione è da leggere per mezzo di una lettura avulsa da formalità, ma che al contrario tenga conto delle condizioni concrete come già emerso dall'analisi dell'interpretazione della corte di cui sopra.

A questo elemento di natura oggettiva, la Corte accosta un ulteriore dato⁸⁹, basato su un profilo meramente soggettivo, che ha riguardo al consenso prestato o meno alla detenzione da parte della persona che lo subisce, precisando ulteriormente che il diritto alla protezione della libertà personale non viene meno se la persona abbia inizialmente prestato il proprio consenso e poi l'abbia successivamente revocato. Il diritto alla libertà personale riveste, infatti, una tale importanza da implicare che un individuo non possa perdere il beneficio della sua protezione nemmeno nell'ipotesi in cui la detenzione sia accettata dall'interessato, perché tale eventualità non elimina il dovere per i competenti organi interni di controllare scrupolosamente la sua legalità⁹⁰.

Quanto detto ci porta a sostenere che l'intero paradigma dell'articolo 5 Cedu, finalizzato a proteggere la libertà della persona, sia volto a impedire che qualsiasi individuo subisca misure privative della propria libertà adottate dalla pubblica autorità che costringano la persona in un luogo determinato e delimitato per un tempo non definito, contro la sua volontà o contro il proprio consenso⁹¹.

Come di norma avviene per le disposizioni che sanciscono diritti di libertà, anche il testo dell'articolo 5, subito dopo aver proclamato la sacralità del diritto in questione, definisce il perimetro di azione e potere all'autorità, delineando la sfera del lecito e del non lecito, individuando quali tipologie di interferenze nella libertà personale sono considerate legittime.

⁸⁸ S. BARTOLE., P. DE SENA., V. ZAGREBESKY. *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.cit.*, p.112

⁸⁹ Corte e.d.u., 16, Giugno,2005, Storck c. Germania, §74;

⁹⁰S. BARTOLE., P. DE SENA., V. ZAGREBESKY. *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.cit.*, p.113.

⁹¹S. TRECHSEL., *Human Right in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, p. 412.

Secondo il tenore letterale dell'art. 5 § 1 Cedu, nessuno può essere privato della libertà personale salvo che nei casi contemplati dalla stessa norma convenzionale e nei modi previsti dalla legge. Dalla formulazione in questione emergerebbe una presunzione a favore della libertà della persona: la regola è evidentemente costituita dal godimento della libertà, mentre la privazione rappresenta un'eccezione ammissibile solo a determinate condizioni⁹². La seconda parte del § 1 individua proprio le due condizioni in presenza delle quali è consentita la privazione della libertà personale, definendone il parametro di legalità.

Si allude, da un lato, alla riconducibilità della privazione a una delle ipotesi espressamente previste dalla lett. da a) a f) dell'articolo 5 co. 1 e, dall'altro, al requisito della legalità della detenzione.

Emerge dalla giurisprudenza della Corte, in questo senso granitica, come debba sussistere quindi un doppio livello di legalità: nazionale e sovranazionale.

Dunque, la prima delle due condizioni concerne la ragione che giustifica l'imposizione della misura privativa della libertà personale, ragione che deve essere conforme rispetto agli scopi individuati nelle sei ipotesi dell'articolo 5, e dunque ammessi come legittimi dalla Convenzione.

A tal riguardo, i giudici di Strasburgo sono costanti nel ritenere, da un lato, che le ipotesi indicate specificamente siano tassative e comprese in un elenco considerato esaustivo⁹³, e per altro verso che solo un'interpretazione restrittiva delle fattispecie derogatorie sia coerente con la finalità ultima della norma, che è quella di voler assicurare che nessuno venga arbitrariamente privato della sua libertà⁹⁴.

A tal proposito, sul versante italiano, si è rilevato come la predeterminazione casistica e tassativa delle eccezioni da parte dell'articolo 5 Cedu si faccia apprezzare maggiormente rispetto alla riserva di legge -per altro caratterizzata dal "vuoto dei fini"- dell'art 13 cost⁹⁵.

Se la nostra Carta costituzionale si è limitata a stabilire una riserva di legge e di giurisdizione, senza preoccuparsi di fissare i casi in cui la restrizione della libertà personale è ammessa; si

⁹²S. BARTOLE., P. DE SENA., V. ZAGREBESKY. *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali cit.*, p.114.

⁹³ Cfr. tra le tante Corte e.d.u., *Quinn c. Francia*, 22 marzo 1995, §42; Corte e.d.u., *Guzzardi, cit.*, § 96.

⁹⁴ Corte e.d.u., 8 aprile 2004, *Assanidze c. Georgia*, § 179, Corte e.d.u., 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, § 170, Corte e.d.u., 1 luglio 1997 *Giulia Manzoni c. Italia*, § 25 Corte e.d.u., 21 febbraio 1990, *Van der Leer c. Paesi Bassi* § 22.

⁹⁵S. BARTOLE., P. DE SENA., V. ZAGREBESKY., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, p. 179.

apprezza la diretta specificazione cui procede l'art. 5 Cedu, anche se non si è mancato di sottolineare che, la sua concreta incidenza potrebbe rischiare a sua volta «di ridursi notevolmente per via della formulazione troppo elastica o ambigua di alcune sue clausole»⁹⁶.

La seconda condizione richiesta coincide con la legalità della detenzione, elemento da valutare, in relazione al diritto nazionale dello stato di riferimento.

Si richiede quindi che venga rispettata la riserva di legge nella privazione dell'*habeas corpus* valutando dunque la conformità della misura privativa la libertà personale tanto in relazione al diritto sostanziale quanto a quello processuale dello stato di riferimento⁹⁷.

Parte della dottrina, nell'analisi della giurisprudenza di Strasburgo, è giunta a sostenere, per la verità, che fosse più corretto sostenere che tale seconda condizione dovesse superare non un duplice, ma un triplice vaglio: anzitutto conformità della detenzione al diritto nazionale; in secondo luogo, il parametro della "qualità" del diritto nazionale; infine, l'eventuale arbitrarietà della detenzione⁹⁸.

La tesi in questione, riconoscendo il valore del bene primario in gioco, ritiene non sufficiente, ai fini del soddisfacimento del requisito della legalità, la sola conformità della misura apposta al diritto nazionale interno.

Infatti, si asserisce che la Convenzione postulerebbe la sussistenza di uno standard di qualità del diritto interno, richiedendo quindi che la normativa nazionale sia conforme ai principi generali della Convenzione, in particolare il principio della certezza del diritto. A questa condizione si aggiungerebbe l'affermazione secondo la quale l'art. 5 richieda che qualsiasi privazione della libertà sia coerente con la finalità ultima sottesa a tale norma, che è quella di proteggere l'individuo dall'arbitrio⁹⁹.

Con l'intento di analizzare però, strettamente l'incidenza delle limitazioni della libertà personale rispetto all'imposizione di uno status custodiale legittimo, l'analisi della lettera c dell'articolo 5 appare obbligata.

L'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo può fornire in quest'ottica un prezioso aiuto al fine di comprendere se, nella prassi, il ricorso alla misura

⁹⁶ M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale* PP176-177.

⁹⁷ M. CERESA-GASTALDO., S. LONATI., *Profili di procedura penale europea*, p.250.

⁹⁸ v. M. GIALUZ., *Art. 5 CEDU in S. BARTOLE., P. DE SENA., V. ZAGREBESKY. Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* cit.,p.151.

⁹⁹ In riferimento al concetto della non arbitrarietà Corte.edu, 29, marzo, 2010 *Medvdyee* e altri c. Francia, § 79; Corte .e.d.u, 9,luglio, 2009, *Mooren* c. Germania§72.

carceraria in funzione cautelare da parte degli Stati aderenti, sia rispettosa degli standards minimi di tutela previsti dalla Convenzione.

La lettera in questione disciplina l'ipotesi di privazione della libertà personale a seguito dell'applicazione di misure all'interno del procedimento penale a scopo cautelare.

Testualmente si prevede che è consentito l'arresto o la detenzione di un individuo « per essere tradotto dinnanzi all'autorità giudiziaria competente quando vi siano ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato o ci siano motivi fondati per ritenere necessario di impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso». Nonostante la formulazione non appaia tra le più fortunate della Convenzione, nella prassi, non ha causato particolari problemi applicativi dato il costante lavoro della giurisprudenza di Strasburgo finalizzato a chiarire il senso delle garanzie.

Un primo dubbio terminologico è stato sollevato rispetto all'utilizzo dell'espressione « per essere tradotto dinnanzi all'autorità», da alcuni letto come fosse da riferire solo alla prima delle condizioni specificate dal dato testuale¹⁰⁰.

La tesi in questione ha avanzato l'idea per cui la finalità di ricondurre l'individuo davanti all'autorità giudiziaria assumerebbe rilievo in riferimento solo all'ipotesi in cui la persona stia per commettere il reato, anche se non ne abbia commessi in passato.

Quanto detto trovava, secondo i sostenitori, un riscontro nei lavori preparatori dell'articolo 5¹⁰¹, nel rapporto dei Senior Officials, infatti, si specifica che potrebbe essere necessario in talune ipotesi, arrestare un individuo al fine di prevenire la commissione di un reato, anche se i fatti che dimostrino tale intenzione non costituiscono essi stessi un reato¹⁰².

Per altro questa fu la linea difensiva portata avanti dal governo Irlandese nel noto caso *Lawless*¹⁰³, in relazione al quale l'interessato era stato sottoposto in stato di detenzione per prevenire la commissione di reati di stampo terroristico, senza essere poi nel tempo stato mai destinatario di un'accusa penale.

I giudici di Strasburgo¹⁰⁴ nel caso appena citato hanno però radicalmente escluso tale lettura, assumendo una interpretazione poi diventata pacifica nel tempo tale per cui: l'espressione

¹⁰⁰ S. BARTOLE., P. DE SENA., V. ZAGREBESKY. . *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* cit., p.124.

¹⁰¹ TRAVAUX PRÉPARATOIRES TO THE CONVENTION [online]: <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/echrtravaux-art5-dh-56-10-en1674958>

¹⁰² S. BARTOLE., P. DE SENA., V. ZAGREBESKY. . *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* cit., p.124.

¹⁰³ Corte e.d.u., 1, luglio, 1961, *Lawless c. Irlanda*, §14.

¹⁰⁴ Corte e.d.u., 1, luglio, 1961, *Lawless c. Irlanda*, §14.

per essere tradotto dinnanzi alle autorità giudiziaria competente si riferisce a tutti i casi in cui avvenga una detenzione o un arresto all'interno di un procedimento penale.

Dalla successiva giurisprudenza¹⁰⁵ in poi si è quindi consolidata l'interpretazione per cui l'art.5, §1, lett. c) sia applicabile solo nei casi di privazione della libertà personale disposte nell'ambito di un procedimento penale e finalizzato a condurre il soggetto dinanzi all'autorità giurisdizionale.

Quanto detto ci porta sostenere l'esclusione dal campo di applicazione dell'articolo delle ipotesi di misure limitative della libertà personale a seguito dell'applicazione di misure di prevenzione.

Infatti, come rilevato dalla Corte in plurime occasioni¹⁰⁶, il procedimento in virtù del quale avviene l'applicazione di una misura di prevenzione risponde a finalità e obiettivi diversi rispetto a quelli del procedimento penale, in più il fatto l'articolo faccia riferimento specifico alla parola reato, esclude radicalmente la possibilità di fare riferimento a una misura privativa che è *ex lege* finalizzata alla neutralizzazione della pericolosità generica di un soggetto o di una categoria di soggetti.

A risultare ambiguo è il nesso e la correlazione tra le singole ragioni giustificatrici la restrizione della libertà.

La formulazione letterale della disposizione, infatti, sembrerebbe presentare come alternative le tre ragioni, in modo tale da far sembrare sufficiente che la restrizione della libertà sia giustificata dalla sola presenza di ragionevoli sospetti rispetto alla commissione del reato¹⁰⁷.

Giungendo a una simile conclusione, si ammetterebbe in linea teorica che la detenzione preventiva sia giustificata esclusivamente da una delle tre condizioni, come fossero alternative e autonome e non concorrenti¹⁰⁸.

Tuttavia, è univoca l'interpretazione per cui il *fumus commissi delicti* rappresenti un presupposto indefettibile che deve necessariamente sussistere per tutto l'arco dell'applicazione della misura privativa della libertà personale¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Per citarne alcune: Corte e.d.u., 18, gennaio, 1978, Irlanda c. regno unito, §196; Corte e.d.u., 24, marzo, 2005, Epplé c. Germania §35.

¹⁰⁶ Corte e.d.u., 6, novembre, 1980 Guzzardi c. Italia § 102.; Corte e.d.u. 22, febbraio, 1989, Ciulla c. Italia §39.

¹⁰⁷ S. BARTOLE., P. DE SENA., V. ZAGREBESKY. . *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* cit., p.120.

¹⁰⁸ M. CERESA-GASTALDO., S. LONATI., *Profili di procedura penale europea*, cit., p. 254.

¹⁰⁹ M. CERESA-GASTALDO., S. LONATI., *Profili di procedura penale europea*, cit., p. 254.

La presenza, infatti, dei ragionevoli sospetti rispetto alla commissione del reato è da considerarsi una *condicio sine qua non* per la regolarità del mantenimento in *vinculis*, richiedendo quindi che la prima condizione prevista dalla disposizione di cui alla lettera c) dell'articolo 5 debba sempre sussistere.

Come rilevato dalla miglior dottrina, la confusione concettuale che sta al fondo della norma dipende dalla circostanza che- a differenza di quanto avviene nel codice di rito italiano del 1988- la Convenzione non distingue tra condizioni generali di applicabilità della misura ed esigenze cautelari¹¹⁰ essa, infatti, si limita a richiedere come prerequisito il ragionevole sospetto.

In sostanza appare chiaro che, la presenza di ragioni plausibili di sospetto, rappresenti lo standard probatorio necessario ai fini dell'applicazione della misura, standard evidentemente inferiore sia rispetto a quello previsto per la condanna, sia rispetto a quello richiesto per la formulazione di un'accusa¹¹¹.

Si giunge quindi a poter sostenere che, alla luce dell'interpretazione della Corte, la privazione della libertà può reggersi in un primo momento sulla sola sussistenza del *fumus commissi delicti*, tuttavia, per giustificare la prosecuzione, al quadro indiziario dovrà affiancarsi la verifica circa la sussistenza di almeno una fra le esigenze cautelari¹¹².

Proprio in relazione alle analisi di quelle esigenze, che, insieme con la presenza di ragionevoli sospetti, legittimano l'applicazione di misure privative della libertà personale, le due espressamente previste dal testo sono: impedire la commissione di un reato e impedire la fuga.

Quanto alla prima delle due, la giurisprudenza è granitica nel richiedere che sussistano ragionevoli motivi fondati per ritenere che il soggetto stia per commettere uno specifico fatto di reato¹¹³.

Circa il pericolo di fuga, i giudici di Strasburgo hanno precisato in plurime occasioni che questo non possa essere desunto esclusivamente dalla gravità del reato per cui si procede, al contrario, è richiesto un riscontro sulla base di dati concreti tra i tanti: la personalità dell'indagato e i mezzi di cui dispone.

¹¹⁰G. UBERTIS., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Raffaello cortina editore 1999 ,p ,107.

¹¹¹ Corte .e.d.u, 16, gennaio, .2001 , *O'Hara c. Regno unito* , §36.

¹¹²M. CERESA-GASTALDO., S. LONATI., , *Profili di procedura penale europea*, cit.,p. 256.

¹¹³ M. CERESA-GASTALDO., S. LONATI., , *Profili di procedura penale europea*, cit.,p. 256.

Per la verità, oltre a quelle esplicitate nel testo dell'art. 5, par.I, lett. c) Cedu, la Corte Edu ha incluso tra le esigenze cautelari anche la necessità di fronteggiare il rischio di inquinamento probatorio, alienandosi dunque per via interpretativa con la prevalente impostazione delle legislazioni europee rispetto alla triade classica dei *pericula libertatis*¹¹⁴. L'estensione appare peraltro rispondente alle raccomandazioni R.(80) 11 e R. (2006) 13 sull'impiego della custodia preventiva, sulle condizioni per la sua applicazione e sulla garanzie contro l'abuso.

Le esigenze cautelari previste dalla Convenzione, tramite l'estensione effettuata, vengono così quindi a coincidere con quelle previste dalla disposizione interna dell'articolo 274 del codice di rito italiano.

¹¹⁴ M. DE SILVIA., *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 1991, p.124.

CAPITOLO II: Art. 275 c.p.p.: adeguatezza e gradualità come criteri di scelta delle misure cautelari.

SOMMARIO: 1. La discrezionalità vincolata in materia cautelare. – 2 Principio di adeguatezza: rapporto tra esigenza e misura cautelare. – 3. Principio di gradualità: custodia cautelare come *extrema ratio*. - 3.1 La riforma del 2015 e il rafforzamento dell’operatività del principio. – 3.2 L’evoluzione delle presunzioni del comma 3 dell’art. 275 c.p.p.

1. La discrezionalità vincolata in materia cautelare.

L’intera fase cautelare, che nel procedimento penale ha carattere eventuale, è animata dalla riserva di legge di cui all’articolo 13, comma secondo Cost., ad evidenziare quanto i casi di restrizione della libertà personale per finalità processuali rispondano a delle ipotesi più che eccezionali, benché necessarie¹.

A rigore, questo profilo, di rilevanza fondamentale, si tramuta a livello codicistico per due vie.

Il primo riguarda la tassatività imposta, tanto rispetto alle condizioni di applicazione delle misure cautelari, tanto alla rigida predisposizione di un *numerus clausus*- benché ampio- di queste.

Il secondo elemento sul quale si riverbera il dettato dell’articolo 13 Cost. consiste nella diretta incidenza di elementi che vincolano il potere del giudice nel disporre la misura.

Nella fase cautelare, infatti, tanto la scelta circa la sussistenza delle condizioni per predisporre la misura, tanto quella circa quale, nell’ampio ventaglio delle misure applicare, è espressione di una discrezionalità vincolata a parametri legislativi che attuano i principi costituzionali².

Il giudice competente a disporre la misura cautelare, infatti, oltre ad essere obbligato a vagliare la sussistenza, nel caso concreto, del *fumus commissi delicti*, declinato nell’articolo 273 c.p.p. come sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, e l’esistenza e permanenza di

¹ E. VALENTINI.,, ‘Il doppio binario cautelare’: *La Tormentata Disciplina Degli Automatismi Stabiliti Dall’art. 275 Comma 3 C.P.P.*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal.*, 7, 3, pp. 1669–1712, <https://doi.org/10.22197/RBDPP.V7I3.631>.

² P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, XXIII ed, Giuffrè, Milano, 484.

uno dei tre *pericula libertatis* indicati all'articolo 274 c.p.p. , subisce un vincolo al dettato normativo anche nella scelta della misura da applicare nel caso concreto, sulla base della previsione normativa di cui all'articolo 275 c.p.p.

La discrezionalità normativamente orientata del giudice cautelare sperimenta la sua portata in realtà sotto un duplice profilo.

Un primo vincolo di natura eminentemente formale è conseguenza diretta del principio della domanda cautelare, di corrispondenza necessaria tra chiesto e pronunciato, che costituendo un indefettibile presupposto dell'esercizio del potere cautelare, demarca la netta ripartizione in materia dei ruoli tra l'organo richiedente e l'organo decidente³.

Il principio si ricava dall'incipit dell'articolo 291 c.p.p, il quale statuisce che «le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero» e chiarisce che non vi è alcuna possibilità per il giudice di imporre una misura cautelare *ex officio*, regola che trova fondamento, oltre che in istanze garantiste, anche in quanto espressione compiuta della dialettica accusatoria⁴.

La norma menzionata però ha un significato che va al di là della mera regola sul potere d'impulso: si ricavano da questa, infatti, una serie di limiti per il giudice cautelare, in quanto la domanda dell'organo inquirente definirà e determinerà il *thema decidendum* del procedimento cautelare.

Da ciò discende che al giudice è riservato il ruolo di valutazione della fondatezza della domanda cautelare, ma solo nell'ambito del recinto fissato dal pubblico ministero procedente, con la conseguenza che, il potere di scelta, è evidentemente vincolato in maniera formale a quanto chiesto⁵.

Diretta conseguenza del ruolo assegnato alla procura nel fissare il *thema decidendum* dell'intervento del giudice è data dal fatto che quest'ultimo non potrà disporre con ordinanza una misura cautelare più grave di quella richiesta, divenendo questa, ove fosse disposta, affetta da nullità assoluta e insanabile^{6 7}.

La rilevanza del principio in esame, volendo sfuggire da letture formalistiche, è tale che non gli potrà essere consentito neanche di irrogare una misura corrispondente nel *nomen* a quella richiesta dall'inquirente, ma in concreto più gravosa.

³ C. AMBROSINO, A. BASSI, *La cautela nel sistema penale : misure e mezzi di impugnazione*. Padova, CEDAM, 2016, p.163.

⁴ C. VALENTINI REUTER, nota in tema di violazione dell'art 291 c.p.p, in *Giur .it.*,1991, p. 12.

⁵ DE ROBBIO C., *Le misure cautelari personali*. Milano, Giuffrè, 2016, p.247.

⁶ DE ROBBIO C., *Le misure cautelari personali*. cit., p. 247.

⁷ Cass. Pen., Sez. VI, 26 giugno 2003 n.35106

Di contro però nell'ambito di quello stesso recinto perimetrato dalla richiesta del pubblico ministero, il giudice, mantiene naturalmente intatta la propria discrezionalità, non solo nell'*an*, ma anche nel *quomodo* della misura da applicare e dunque potrà liberamente disporre una misura cautelare meno grave di quella richiesta dall'inquirente⁸.

È proprio nella scelta della misura da applicare che il vincolo rispetto alla discrezionalità del giudice si presenta una seconda volta.

Verificata infatti la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per l'esercizio del potere cautelare, il giudice sarà chiamato a emettere una valutazione indubbiamente discrezionale⁹, ma comunque nel rispetto dei criteri predefiniti dal legislatore.

Il parametro giuridico a cui il giudice è vincolato è rappresentato dall'articolo 275 c.p.p., che rappresenta un elemento sostanziale in quanto guida il giudice nella scelta della misura da applicare all'interno dell'ampio ventaglio previsto dal legislatore nel microsistema cautelare.

Il giudice infatti, nell'applicazione della misura, ha una significativa libertà di valutazione: essa coinvolge l'*an* ed il *quomodo*; investe cioè, sia il potere di attivare la risposta cautelare, sia il modo della stessa.

Bisogna aver, per la verità, contezza di un dato rilevante, benché definiamo l'esercizio del potere cautelare del giudice come espressione di una discrezionalità vincolata, dobbiamo rilevare come tale discrezionalità, benché vincolata, sia comunque presente, rinforzata tra l'altro dall'incipit derivante dal novellato comma terzo dell'art. 275 c.p.p., che concede un potere di applicazione cumulativa delle misure cautelari eterogenee al giudice.

La possibilità di applicazione cumulativa delle misure era prima della riforma del 2015¹⁰negata radicalmente dalla giurisprudenza della Cassazione¹¹, che pronunciatisi a sezioni unite aveva a suo tempo precisato che in conformità al principio di tassatività e legalità delle misure cautelari personali, e fronte del silenzio normativo, non potesse ritenersi ammessa l'applicazione simultanea, in un *mixtum compositum*, di due diverse misure cautelari¹².

⁸ A. SCALFATI, *Trattario di procedura penale- voll: prove e misure cautelari – Tomo II, le misure cautelari*, UTET GIURIDICA, 2008. p 80.

⁹ M. FERRAIOLI. voce “ *misure caurelari*”, in Enc. giur., vol XX, roma, 1996, p. 8.

¹⁰ Ci riferiamo alla legge n. 47 del 16, aprile, 2015.

¹¹ Cass, sez. Un., 30 maggio 2006, n. 29907.

¹² A . BASSI. *I presupposti ed i criteri di scelta delle misure cautelari personali*, in *La cautela nel sistema penale*, a cura di A. BASSI, Milano, 2016, p.4.

La possibilità di applicazione congiunta, quindi, si qualifica come un mezzo ulteriore nelle mani del giudice, che nel perimetro delimitato dai vincoli normativi, ha così l'autonomia di modulare e di individualizzare il trattamento cautelare in ragione dei *pericula* effettivamente esistenti nel caso di specie¹³.

Tale potere, quindi, è del tutto conforme all'intenzione del legislatore di strutturare il sistema delle misure cautelari in virtù di una pluralità graduata, rappresentata dal fatto che le misure sono poste in una progressione restrittiva decrescente che le compone, come fossero gradini di una scala, al cui apice è posizionata la custodia cautelare in carcere, e poi via via le restanti¹⁴.

È chiaro che l'intenzione del legislatore sia evidentemente rispondente ai principi costituzionali in materia.

L'esistenza di un vero e proprio catalogo a cui attingere offre al giudice un ventaglio di possibilità, tra le quali egli è chiamato a scegliere, avendo come obiettivo il raggiungimento del massimo risultato possibile con il minor sacrificio della libertà personale¹⁵.

L'obiettivo del massimo risultato possibile si traduce nel senso di imporre al giudice la scelta della misura cautelare che garantisca la miglior neutralizzazione della condizione ritenuta foriera dei pericoli per il processo.

Il criterio del minor sacrificio invece impone di applicare la misura che si ponga in maniera meno lesiva della libertà personale.

È quindi nell'ambito del panorama variegato delle misure predisposte dal legislatore che assume ruolo centrale l'articolo 275 c.p.p., rubricato appunto «criteri di scelta delle misure». La previsione in questione individua tre parametri che devono orientare e guidare il giudice cautelare nella scelta del tipo di misura adottare: adeguatezza, proporzionalità e residualità costituiscono i cardini del sistema, in quanto sono volti ad evitare, in conformità al dettato costituzionale, che il bene supremo della libertà dell'individuo subisca compressioni ulteriori rispetto a quelle strettamente necessarie alla tutela delle esigenze cautelari¹⁶.

¹³ A. BASSI, *I presupposti ed i criteri di scelta delle misure cautelari personali*, cit., p.5.

¹⁴ A. SCALFATI, *trattario di procedura penale- voll: prove e misure cautelari – Tomo II: le misure cautelari*, UTET GIURIDICA, 2008. p.78.

¹⁵ C. DE ROBBIO, *Le misure cautelari personali*, cit., p. 175.

¹⁶ G. DELLA MONICA, *i vincoli normativi della discrezionalità cautelare*, in *le presunzioni cautelari*, Giappicelli, torino, 2023, p.36.

La norma prevista dall'articolo 275 c.p.p. è una delle disposizioni più martoriate¹⁷ nell'ambito della disciplina codicistica in materia di libertà personale, proprio perché il tema della scelta della risposta cautelare è fra i più problematici della materia processual-penalistica e fra i più dibattuti nelle aule giudiziarie nonché, per la verità, oggetto di plurimi interventi legislativi, spesso contraddittori tra loro, ma sicuramente conseguenza diretta delle oscillazioni della politica giudiziaria¹⁸.

Nel tempo, il legislatore, si è difatti mosso ora nel senso di elevare le soglie di difesa sociale, restringendo la discrezionalità del giudice nella scelta del trattamento cautelare, con un chiaro favore verso la custodia in carcere; ora nel senso – opposto- di circoscrivere il raggio di applicabilità della misura intramuraria e di declinare la cautela alle concrete e specifiche esigenze del caso di specie, ampliando dunque i margini deliberativi del decidente¹⁹.

Non a caso la disposizione è composta da undici commi, espressione quindi di una stratificazione legislativa avvenuta negli anni, iniziata già nel 1991 e culminata poi nelle due ultime riforme avvenute dapprima con il decreto legislativo n. 92 del 26 giugno 2014, converti poi nella legge n.117 del 11 agosto del 2014 per proseguire poi con la legge n. 47 del 16 aprile 2015.

2. *Principio di adeguatezza: rapporto tra esigenza e misura cautelare.*

Premessa necessaria, al fine di analizzare compiutamente l'operatività dei criteri predisposti nella scelta della misura cautelare, è che questi non vincolano il giudice come fossero criteri autonomi e reciprocamente interdipendenti, al contrario si pongono come necessariamente complementari, finendo per qualificarsi come piccoli segmenti dello stesso, unico, percorso valutativo che il giudice effettua.

Analizzare quindi, il principio di adeguatezza in maniera isolata, come elemento a sé, non sarebbe concorde con la ratio dell'articolo.

Consapevoli quindi della necessità di leggere in combinato disposto i criteri di cui all'articolo 275 c.p.p., il primo viene consacrato nel comma primo dell'articolo, il quale prevede che il giudice debba, nel disporre la misura cautelare tener conto della specifica

¹⁷ E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in Cass. pen., 2014, p. 19; lo definisce un «mostro aritmetico» con undici commi sotto quattro numeri: F. CORDERO, *Procedura penale* Milano, Giuffrè, 2012, p. 485.

¹⁸ A. BASSI, *I presupposti ed i criteri di scelta delle misure cautelari personali..* cit., p. 42.

¹⁹ A. BASSI, *I presupposti ed i criteri di scelta delle misure cautelari personali..* cit., p.42.

idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare in concreto²⁰.

Il legislatore, quindi, sancisce in apertura dell'articolo, il principio di adeguatezza, definendo un chiaro collegamento tra la misura applicata dal giudice e l'esigenza cautelare da tutelare nel caso di specie, definendo normativamente una relazione tra la misura e l'intensità del *pericula libertatis*.

Nell'architettura del codice del 1988, il principio di adeguatezza doveva operare come perno dell'allora nuovo sistema cautelare, doveva rappresentare, in combinato disposto con il principio di gradualità di cui al comma terzo dell'articolo 275, regola cardine, tale da ammettere eccezioni solo in *bonam partem*: questa è stata però, negli anni, depotenziata²¹.

Il principio, che vincola il giudice nella scelta della misura, opera come criterio di commisurazione del provvedimento cautelare tanto nel momento dell'adozione dell'ordinanza che la dispone, quindi nella fase genetica, tanto durante l'intera esecuzione della misura e quindi nella fase dinamica²².

Ciò che si richiede infatti non è solo una verifica iniziale rispetto al fatto che la misura è idonea a far fronte alle esigenze presentata, ma che l'attitudine di questa a contrastare il pericolo nel tempo permanga.

Questo elemento risponde alla considerazione logica per cui le misure cautelari vengono disposte per far fronte a pericoli che, protratti nel tempo, potrebbero vanificare l'essenza stessa e l'esito del processo; se il processo è di per sé un fenomeno durevole nel tempo e se quindi il fine logico è quello di tutelarlo e preservarlo da eventuali pericoli, allora la misura è giustificata fintanto che il pericolo permanga.

L'adeguatezza, infatti, della risposta cautelare è correlata e deve obbligatoriamente esserlo alla natura e al grado della esigenza concreta da realizzare, questa valutazione consente un giudizio di utilità ed una prospettiva di minore afflittività possibile²³.

Dall'inciso dell'art. 275 comma primo emerge in primo luogo che nel giudizio il giudice «tiene conto della specifica idoneità di ciascuna misura cautelare», il che implica che il giudice valuti tutto il catalogo delle misure potenzialmente applicabili e alla luce dalla

²⁰ Art. 275, comma 1. C.p.p.

²¹ L. GIULIANI, *la riforma delle misure cautelari personali*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 84.

²² A. BASSI, *I presupposti ed i criteri di scelta delle misure cautelari personali*, cit., p.43.

²³ A. SCALFATI, *Trattario di procedura penale- voll: prove e misure cautelari – Tomo II, le misure cautelari*, UTET GIURIDICA, 2008. P. 78.

innovativa possibilità di cumularle²⁴, analizza le ampie possibilità di combinare le misure tra loro adattando le relative prescrizioni al caso concreto²⁵.

Un secondo elemento, pure ricavabile dal dato letterale della disposizione, ha riguardo alla valutazione circa la possibilità di incidenza sulla libertà personale del destinatario dell'ordinanza, modellando quest'ultima in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto.

Quindi emerge che l'adeguatezza della misura è evidentemente rapportata all'intensità dell'esigenza cautelare, il giudice *de libertate* deve cogliere il reale spessore²⁶ delle esigenze emergenti nel caso concreto.

Per la verità, elemento interessatene da analizzare è ciò su cui la norma tace; infatti, il riferimento esclusivo alle esigenze cautelari di cui all'articolo 274 c.p.p. implica che il giudice non debba scegliere la misura in relazione alla gravità del reato né alla gravità degli indizi di colpevolezza²⁷.

Tradirebbe infatti l'essenza stessa della misura cautelare, e i principi costituzionali che questa animano, in particolare il principio di presunzione di innocenza di cui all'articolo 27 comma secondo Cost., se la scelta della misura da applicare, e quindi applicarne una più o meno incidente sulla libertà personale, fosse frutto di un giudizio relativo alla maggior o minor gravità degli indizi di colpevolezza, essendo presupposta la condizione di presunto non colpevole dell'indagato.

Ulteriore corollario quindi del medesimo principio è che la scelta della misura da applicare prescindendo dalla gravità degli indizi di colpevolezza; infatti, una volta accertato il superamento degli standard indiziari richiesti dall'articolo 273 c.p.p. la gravità di questi non interferisce sulla scelta della misura.

Questo perché la presenza degli indizi di colpevolezza, come condizione generale di applicazione della misura, giustifica l'*an* dell'intervento del giudice, ma non potrebbe interferire sulla determinazione del *quantum* di tale intervento²⁸.

²⁴ Si fa riferimento al novellato comma 3 dell'articolo 275 che recita nella prima parte “*la custodia cautelare in carcere può essere disposta quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultano inadeguate*”.

²⁵ C. DE ROBBIO, *Le misure cautelari personali*. cit., p. 180.

²⁶ A. DE CARO., *Presupposti e criteri applicativi*, in, *trattario di procedura penale- vollI: prove e misure cautelari – Tomo II: le misure cautelari*, UTET GIURIDICA, 2008, p. 81.

²⁷ C. DE ROBBIO, *Le misure cautelari personali*. cit., p. 181.

²⁸ C. DE ROBBIO, *Le misure cautelari personali*. cit., p. 181.

È quindi chiaro che l'unico parametro indicato espressamente dal primo comma rispetto alla scelta della misura sia la gravità della esigenza cautelare, per cui maggiore sarà il pericolo per queste ultime, ragionevolmente più incisiva dovrà essere la risposta del giudice.

Si tratta quindi di una conseguenza anche dell'applicazione del criterio della minore lesività del trattamento endoprocedimentale, se infatti una determinata esigenza, per la intensità con la quale si presenta, potrebbe essere soddisfatta con una misura meno grave, allora non sarà legittima l'apposizione di una misura che implichi una restrizione maggiore.

Il nocciolo duro del principio di adeguatezza, in altre parole, implica che dovrà essere applicata solo la misura più utile, quella che concretamente possa neutralizzare quello specifico pericolo per il processo, e in caso di pari idoneità cautelare, la meno gravosa per l'imputato²⁹.

Per la verità la giurisprudenza ha letto il principio di adeguatezza come se implicasse un'ulteriore considerazione, la Suprema corte di cassazione infatti ha rilevato come, «stante la natura strumentale delle misure cautelari e considerata la loro inevitabile attitudine limitativa di posizioni soggettivamente rilevanti, il principio in questione non deve intendersi operante nelle sole ipotesi di sproporzione in eccesso tra la misura e l'esigenza del caso concreto, ma anche tutte le volte in cui non è riscontrato un effettivo vincolo di adeguatezza funzionale fra la misura applicata e il *periculum* che intende contrastare»³⁰.

In altre parole, giurisprudenza recente ha letto il principio di adeguatezza come se questo fosse chiamato a limitare l'applicazione di misure non solo nel caso in cui queste fossero ingiustificate perché esageratamente afflittive ma anche in tutte quelle altre ipotesi in cui queste si manifestino come inutili, prive cioè di un vero nesso, e che comportino quindi un sacrificio che non si dimostri come effettivamente destinato a prevenire il rischio della esigenza cautelare ritenuta sussistente nel caso di specie.

Chiaro è che l'idoneità della misura a contrastare la specifica esigenza cautelare che si presenta nel caso concreto sia elemento da leggere alla luce del principio di pluralità graduata.

Infatti, la valutazione circa l'idoneità della misura deve essere calata, nell'ambito, di un sistema che è fisiologicamente strutturato a favore della pluralità, prevedendo misure che presuppongono gradi diversi di limitazioni della libertà personale.

²⁹ A. SCALFATI, *trattario di procedura penale- voll: prove e misure* cit., p 80

³⁰ Cass. Sez 3, 23, febbraio, 2021, n 21074

Di tal che, il principio di adeguatezza, che opera in un contesto normativo volto a considerare o quanto meno a dover considerare la custodia cautelare come *extrema ratio*, presuppone che l'applicazione della detenzione in carcere *ante iudicium* possa essere legittima fintantoché tutte le altre imposizioni non consentano una risposta adeguata, fintantoché quindi che quella specifica esigenza non possa essere soddisfatta mediante l'applicazione di misure cautelari meno invasive la libertà personale.

Questa impostazione nell'originaria stesura del codice di procedura penale risultava essere una regola di tipo generale, è stata però negli anni compressa e limitata, essendo state inserite nel sistema una serie di presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare, che di fatto, limitano il vaglio discrezionale del giudice rispetto all'esigenza da contrastare³¹.

Il vincolo del giudice, discendente dal criterio dell'adeguatezza, di valutare la misura alla luce del grado e della natura dell'esigenza, si riverbera poi sul piano pratico nell'obbligo motivazionale.

Infatti, il percorso valutativo effettuato nell'esercizio del potere cautelare deve essere poi esplicitato nell'ordinanza applicativa della misura, percorso argomentativo che deve tener conto, tra l'altro, della adeguatezza della misura applicata.

A tal proposito la giurisprudenza, pronunciata nella maggior parte dei casi con riguardo ad ipotesi di applicazione della custodia cautelare, ha sostenuto che, rispetto alla motivazione con riferimento all'adeguatezza della misura, «non si renda necessaria un'analitica dimostrazione delle ragioni che rendano inadeguata ogni altra misura, ma è sufficiente che il giudice indichi, con argomenti logico-giuridici, gli elementi specifici che inducono ragionevolmente a ritenere la custodia in carcere come la misura più adeguata nel caso di specie, rimanendo in tal modo assorbita l'ulteriore dimostrazione dell'inidoneità delle altre misure coercitive»³²

Emerge da tale orientamento giurisprudenziale, che una volta esplicitata la ragionevole convinzione che la custodia cautelare sia il rimedio adeguato, tale valutazione implichi di riflesso, assorbendolo, il giudizio di idoneità di ogni altra misura meno severa³³.

Rispetto a tali ragioni, per la verità, la dottrina si è espressa criticamente sul punto, osservando che il dovere di chiarire le ragioni che non consentono di effettuare una scelta

³¹ P. SPAGNOLO, *Il principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare* in L. GIULIANI (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali.*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 108.

³² Cass. Sez. VI, 20, aprile, 2021, n. 17313; Cass. Sez. V, 4, luglio, 2014, n. 51260

³³ G. DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 29

cautelare meno afflittiva, si pone come una sorta di prova di resistenza capace in particolare, di comprendere realmente se una valutazione complessiva comparativa è stata realmente operata oppure ci si è solo limitati a controllare le potenzialità di una sola misura.

In altri termini, ciò che tale dottrina vuole evidenziare è che il ricorso alla motivazione implicita, rischierebbe di svilire una garanzia fondamentale per la tutela di un bene primario, quale la libertà personale³⁴.

In netta coerenza rispetto all'idea secondo cui l'esigenza cautelare deve perdurare nel tempo al fine di giustificare l'applicazione della misura e di conseguenza che l'idoneità di quest'ultima deve essere valutata costantemente durante tutto il periodo di applicazione, si pone il comma 1bis dell'articolo 275 c.p.p. così come introdotto dalla l. n. 4 del 2001 e poi modificato dalla l. n. 128 del 2001.

Il dettato della disposizione sopra citata, si qualifica, se vogliamo, come una specificazione del principio di adeguatezza, in quanto regola i criteri da seguire nell'ipotesi di applicazione della misura custodiale contemporanea alla sentenza di primo grado.

Infatti, nell'ipotesi di contestualità della sentenza di condanna e di decisione sulla misura restrittiva il legislatore ha previsto che «l'esame delle esigenze cautelari è condotto tenendo conto dell'esito del procedimento, delle modalità del fatto e degli elementi sopravvenuti, dai quali emerge che, a seguito della sentenza risulta taluna delle esigenze indicate all'articolo 274 comma 1 lett.b) e c)»³⁵.

Con tale disposizione, il legislatore ha esplicitato i criteri valutativi cui deve attenersi il giudice ai fini della verifica in punto di esigenze cautelari, individuando gli elementi sottoposti al vaglio³⁶.

La ratio della norma si fonda sulla constatazione per cui, all'esito di una sentenza dichiarativa della responsabilità del fatto, il naturale arricchimento del bagaglio di elementi disponibili, consente una lettura più analitica e completa delle esigenze cautelari, di talché si evidenzia che, contestualmente alla sentenza di condanna il materiale raccolto potrebbe giustificare l'imposizione di una restrizione personale³⁷.

Chiaramente la norma non può essere letta come se indicasse un qualche monito per il giudice rispetto a una più stringente applicazione delle misure cautelari all'esito del giudizio

³⁴ G. DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., p. 30.

³⁵ Art. 275 comma 1-bis c.p.p.

³⁶ A. BASSI, *I presupposti ed i criteri di scelta delle misure cautelari personali*, cit., p.46.

³⁷ A. SCALFATI, *trattario di procedura penale- voll: prove e misure* cit., p. 82.

di condanna, un richiamo a un'attenzione generale e incondizionata all'applicazione delle misure per il solo fatto dell'esistenza di una sentenza di condanna in primo grado si potrebbe porre in posizione di interferenza rispetto al principio di presunzione di non colpevolezza di cui all'articolo 27 comma secondo Cost.

Il rischio sarebbe quello di trasformare la sentenza di condanna in primo grado in una sorta di porta aperta per l'applicazione di una misura restrittiva, determinando in questo modo una confusione nel concreto tra gravità indiziaria ed esigenze cautelari.

Il fatto di cui essere consapevoli è il seguente: la sentenza di condanna, dal punto di vista cautelare, non può e non potrà mai essere rilevante in quanto elemento affermativo della responsabilità in sé considerata, ma solo e in quanto si ponga come strumento utile per il giudice per apprezzare in modo più chiaro il fatto e la personalità nell'ottica del pericolo, concreto ed attuale, di fuga o di reiterazione³⁸.

Il giudice quindi, ai fini dell'imposizione del vincolo cautelare contestualmente alla condanna, dovrà tener conto dal testo della disposizione dell'esito del procedimento, delle modalità del fatto e degli elementi sopravvenuti dai quali emerga, a seguito della sentenza, la sussistenza di uno dei pericoli.

Il riferimento all'esito del giudizio di merito lascia intendere, secondo taluni, sebbene il legislatore non lo affermi *expressis verbis*, che la valutazione della consistenza dei *pericula libertatis* non può prescindere dall'entità della sanzione irrogata.³⁹

È chiaro che, il legislatore nel caso di specie, abbia richiamato le due sole esigenze cautelari previste ai sensi del 274 lettera b) e c), lasciando fuori dal perimetro dei *pericula* salvaguardabili in questa sede l'esigenza di natura probatoria, scelta più che ragionevole visto che lo stato di avanzamento del processo, fatta eccezione per casi particolari, non sarebbe più esposto al pericolo di inquinamento probatorio.

Del tutto in linea invece con la fase del processo a cui si riferisce il comma 1bis dell'articolo 275 c.p.p. è lo specifico richiamo al pericolo di fuga, pericolo che a seguito di una sentenza di condanna in primo grado potrebbe paventarsi come più concreto.

Necessario è, chiarire l'utilizzo da parte del legislatore dell'avverbio «contestualmente», questo infatti non sembra imporre una rigorosa simultaneità tra la pronuncia della sentenza e l'esercizio del potere cautelare, è di conseguenza stato interpretato dalla giurisprudenza

³⁸ A. SCALFATI, *trattario di procedura penale- voll: prove e misure* cit., p. 83.

³⁹ G. DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., p. 46.

come fosse limitato a richiamare l'attenzione del giudice sulla necessità di dover tener conto, a seguito di una condanna, delle sorti del procedimento senza impedire che tale valutazione possa avvenire anche successivamente a essa.⁴⁰

Il giudice di legittimità, pronunciato in sede penale, ha difatti chiarito che sul piano cautelare, la norma di cui al comma 1 bis dell'articolo 275 c.p.p. impone al giudice, in caso di richiesta cautelare del p.m., di effettuare al momento della condanna una valutazione tempestiva ed orientata dai particolari criteri descritti nella disposizione, ma non vale a precludere la possibilità di un provvedimento adottato, sulla base dei medesimi presupposti, in epoca successiva alla sentenza.⁴¹

Di diversa portata, benché si ponga come espressiva pressoché della stessa logica, è l'interpretazione di cui al comma 2 ter dell'articolo 275 c.p.p. che è stato inserito nel corpo normativo dalla legge n.128 del 2001.

Il comma in questione dispone che in caso di condanna in appello, le misure cautelari personali, siano sempre disposte, quando all'esito dell'esame condotto a norma del comma 1 bis, risultano sussistere le esigenze cautelari di cui all'articolo 274 cp.p. e la condanna riguardi uno di quei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza ex art 380, 1° comma, c.p.p. commesso da un soggetto condannato per un reato della stessa indole nei cinque anni precedenti.

Di fatti al contrario di quanto previsto alla disposizione di cui al comma 1 bis, il tenore letterale del comma 2 ter prescrive in termini obbligatori l'applicazione della misura cautelare.

Il tenore della disposizione sembra neutralizzare in maniera radicale la discrezionalità del giudice nel giudizio cautelare, favorendo l'applicazione obbligatoria della misura cautelare nelle situazioni descritte.

Facendo riferimento alla locuzione «sono sempre disposte» appare chiaro che il legislatore non abbia voluto lasciare spazio alla naturale libertà giurisdizionale rispetto all'opportunità di applicare, in presenza delle esigenze cautelari, la misura.

Da un lato quindi il legislatore ha voluto vincolare il giudice nell'applicare la misura cautelare, azzerando quindi l'operatività dei criteri descritti nello stesso articolo, dall'altro però ha mantenuto un certo grado di autonomia nella scelta del tipo di restrizione.

⁴⁰ BASSI A., *I presupposti ed i criteri di scelta delle misure cautelari personali.* cit., p.46.

⁴¹ Cass. Pen. Sez. VI 19, gennaio, 2005 n.14223.

Chiaro è, che il campo di operatività del vincolo, è evidentemente limitato alle sole situazioni descritte, rilevando una presunzione di pericolosità in capo ai soggetti destinatari di una sentenza di condanna in appello.

Questa regola di applicazione obbligatoria fa parte di quei meccanismi presuntivi che caratterizzano, ormai in maniera marcata il sistema cautelare, capaci di ridurre gli spazi di discrezionalità del giudice in favore di istanza di tutela collettività giustificatati da indici di pericolosità.

In conclusione, la disposizione di cui al comma 2 ter, al di là della sua collocazione sistematica, posta infatti subito dopo il comma 2 che proclama il principio di proporzionalità, sembra aver introdotto una deroga al canone della adeguatezza, esonerando il giudice dal verificare se la misura sia idonea, in concreto, a prevenire *pericula libertatis*, da vagliare anche in ragione della intervenuta sentenza di condanna.⁴²

3. *Principio di gradualità: la custodia cautelare come extrema ratio.*

L'intero sistema delle misure cautelari è strutturato alla luce del principio della pluralità graduata, principio che trova ragion d'essere nell'intento del costituente di voler limitare quanto più possibile l'applicazione di forme di restrizioni della libertà personale dell'individuo, costruendo un serie diversificata di misure cautelari, interferenti in maniera più o meno intesa con le diverse libertà.

La larga previsione di misure limitative delle libertà, alternative, rispetto alla più stringente custodia cautelare, si giustifica evidentemente alla luce del principio in questione, che converge alle estreme conseguenze, nella previsione dell'utilizzo della custodia cautelare come *extrema ratio*.

Il principio secondo il quale la custodia cautelare in carcere costituisca misura residuale, quasi eccezionale, ha sempre indirizzato l'operato del Legislatore italiano, che nel tempo ha però proceduto con altalenante coerenza⁴³.

È infatti indispensabile ricordare come già il testo originario del codice del rito del 1988, al terzo comma dell'articolo 275, indicasse come unica regola, tra i tre diversi ma

⁴² G. DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., p. 46.

⁴³ A. GATTO, *la custodia cautelare come extrema ratio*, in, *Le nuove misure cautelari: questioni controverse e soluzioni pratiche*, Giuffrè, Milano, 2017, p.91.

complementari criteri di scelta specificamente individuati dall'articolo, il principio di *extrema ratio* della misura custodiale inframuraria, sancendo che «la custodia cautelare in carcere, può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata».

La regola evidenziata quindi, nonostante sia espressione di un principio di portata generale, che impone quindi la gradualità degli interventi cautelari in rapporto alle necessità da fronteggiare, è formulata con specifico riferimento alla custodia cautelare, applicabile solo quando le misure meno afflittive risultino inadeguate a salvaguardare le esigenze ravvisate nel caso concreto⁴⁴.

È pacifico sostenere quindi che il principio di gradualità si poneva già alla base del sistema cautelare del novellato codice, peraltro è bene specificare che parte della dottrina e giurisprudenza lo hanno considerato nel tempo come mero corollario del criterio di adeguatezza⁴⁵.

Alla base del sistema, infatti, vi era la considerazione che la custodia cautelare, in quanto rappresentativa della più intensa tra le limitazioni della libertà personale, avrebbe dovuto trovare applicazione, soltanto ove, le esigenze del caso concreto, non potessero essere soddisfatte tramite misure meno afflittive, richiedendo necessariamente l'applicazione della misura che più sacrifica la libertà in questione.

È innegabile che il codice del 1988 era proiettato a dettare un nuovo impianto garantista, questo era infatti basato sulla creazione di una normativa cautelare contenuta nel libro IV del codice molto fedele ai principi costituzionali.

Quando fu messa a punto la legge delega per il nuovo codice di procedura penale, l'obiettivo di fondo era quello di dettare una giurisdizionalizzazione delle misure cautelare personali, da attuare in primo luogo con il superamento degli anomali poteri del pubblico ministero presenti nell'impianto del codice precedente, e poi con il riempimento del cosiddetto vuoto dei fini dei provvedimenti coercitivi.

Era però rimasto nello sfondo, forse perché enunciato in una norma relativa alla scelta della misura da applicare in concreto, il vero cuore centrale di tutto il sistema voluto dalla

⁴⁴ G. DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., p. 52.

⁴⁵ A. DE CARO., *Presupposti e criteri applicativi*, in, *trattario di procedura penale- vollI: prove e misure cautelari – Tomo II: le misure cautelari*, UTET GIURIDICA, 2008, p. 8; V. GREVI, *Misure cautelari e diritto di difesa nella legge 8 agosto 1995, n.332*, Giuffrè, Milano, 1996, p.298.

costituzione⁴⁶: la custodia cautelare, applicata *ante iudicium*, doveva essere una misura necessariamente eccezionale, in quanto lesiva nel massimo grado della libertà personale.

Nonostante l'eccezionalità della custodia cautelare sia un elemento radicato e presente già all'entrata in vigore del nuovo codice nel secolo scorso, eccezionalità per altro confermata dell'art. 292, comma 2, lett. c-bis), data la previsione di un obbligo di motivazione particolarmente incisivo, in realtà basterebbe dare uno sguardo a gli interventi legislativi che nei decenni successivi si sono presentati per rendersi conto di come la disposizione in questione, abbia rappresentato terreno fertile di scontri e dibattiti.

Del resto, bisogna considerare, che le ragioni dell'altalenante conformità al principio in questione si rivendono, secondo parte della dottrina, in limiti genetici da rintracciare nel rapporto tra presunzione di innocenza e coercizione cautelare che emergeva dall'impianto del codice del 1988.

Il profilo sollevato riguarda il fatto che la norma costituzionale dell'articolo 27, comma secondo comma, Cost. sembra aver dettato una linea di confine rispetto al trattamento e ai tempi di durata della custodia cautelare, in modo da evitare che questa si ponesse come un'anticipazione della pena, focalizzando quindi il parametro di costituzionalità solo sulla qualità della custodia cautelare ma non anche della quantità di applicazione di tale misura.

Si è così tralasciato un fattore fondamentale, l'applicazione estesa e quasi di massa della custodia cautelare in carcere è sintomatico di un ordinamento processuale che considera tale pratica restrittiva come uno strumento normale, che viene tollerato.

Tale elemento, infatti, finisce per non soddisfare sul piano normativo quel primato della libertà personale che deve essere garantito alla luce delle norme costituzionali, e che dovrebbe di conseguenza trattare la misura custodiale inframuraria come eccezionale.

Proprio il comma terzo dell'articolo 275 c.p.p. è infatti storicamente stato al centro, oltre che di dibattiti della miglior dottrina, negli anni di interventi legislativi, espressivi delle diverse istanze sottese.

Occorre quindi tenere in considerazione che il principio della custodia cautelare come *extrema ratio* e quindi la natura eccezionale dello strumento in questione sia stato protagonista del conflitto tra coloro i quali si facevano portatori della tutela della libertà

⁴⁶ E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in Cass, pen, 2024,1, p.8.

personale a tutto tondo, restii ad accettare qualsiasi forma di applicazione impropria della misura, e istanze contrarie di natura securitaria⁴⁷.

Questo dato ha avuto come conseguenza che il legislatore, evidentemente influenzato dalle diverse esigenze, anche relative al contesto storico-criminologico, abbia nel tempo prodotto con “effetto a fisarmonica” il riempimento e poi il successivo svuotamento della disposizione, inserendo nel tempo forme di presunzione della custodia cautelare per particolari ipotesi di reato⁴⁸.

È proprio il comma terzo dell’articolo 275 infatti a recare con se le tracce della devastazione compiuta dal legislatore post codicem in tema di libertà personale⁴⁹.

Sostanzialmente il dato da dover analizzare sta nel fatto che, nel tempo, è stato inserito in un sistema come quello cautelare, teoricamente fondato su una visione e considerazione della misura cautelare come strumento eccezionale o quanto meno residuale, una serie di presunzioni di applicazione della misura in questione, tradendo quell’impianto originario, peraltro conforme ai principi costituzionali, che vede la custodia cautelare come ultimo strumento estremo.

La scelta del legislatore del 1988 fu quella di non creare un regime diversificato, nell’ambito delle misure cautelari, per i reati più gravi, ma a partire dal 1991 in netta controtendenza rispetto all’impianto originario si è invece dettato un nuovo impianto basato sulla doppia presunzione di pericolosità e adeguatezza della sola custodia cautelare, con la conseguenza immediata, della creazione di una tendenza legislativa a usare la norma come un pivot sul quale innestare, nel tempo, nuove categorie di reati per soddisfare le istanze repressive⁵⁰.

Tale via perseguita dal legislatore, che ha snaturato negli anni il principio cardine sancito nel comma terzo dell’articolo 275, è poi stata avvalorata da prassi rilevabili nel diritto vivente, nelle aule di tribunale, che non sono poi passate inosservate alla giurisprudenza di Strasburgo⁵¹.

Del traballante sistema strutturatosi negli anni, non è parsa indifferente anche la giurisprudenza costituzionale, la quale con diverse sentenze ha richiamato l’attenzione sulla

⁴⁷ A. GATTO, *La custodia cautelare come extrema ratio*, cit. p.91.

⁴⁸ A. GATTO, *la custodia cautelare come extrema ratio*, cit , p.91.

⁴⁹ E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, cit., p. 20.

⁵⁰ E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, cit.,p.20

⁵¹ Ci riferiamo in particolare alla sentenza della Corte .e.d.u, 8, gennaio, 2013, *Torreggiani c .Italia*.

rilevanza massima della considerazione della custodia cautelare come *extrema ratio*, in netta conformità rispetto a un sistema che deve essere ispirato al principio del minor sacrificio necessario della libertà personale.

Sulla base di questa premessa quindi, da considerare è che, nonostante nel tempo il legislatore sulla scia di istanza di tutela sociale abbia, talvolta, stravolto la regola dell'eccezionalità della misura, in tempo recenti abbia cercato di ricalibrare il tiro, tornando a porre come fulcro del sistema una applicazione non distorta, quanto meno sul piano normativo, della misura custodiale.

Il cambio di direzione in tal senso è avvenuto con l'entrata in vigore della riforma dettata dalla legge n.47 del 16 aprile 2015, che con l'intento di far nuovamente acquisire al principio di gradualità la centralità originaria, ha predisposto tra le altre, due innovativi rafforzamenti del principio della custodia cautelare come mezzo estremo.

3.1 *La riforma del 2015 e il rafforzamento della operatività del principio di gradualità*

La legge 47 del 2015 si pone alla fine di un già iniziato percorso legislativo, composto da precedenti interventi⁵², finalizzato a adeguare il sistema italiano della cautela alla luce del drastico monito della Corte europea dei diritti dell'uomo nella ormai celebre sentenza *Torreggiani contro Italia*⁵³.

L'intenzione del legislatore, si coglie perfettamente dalla lettura della relazione illustrativa del disegno di legge presentato in data 3 aprile 2013 alla Camera dei deputati, nella quale si sottolinea che l'iniziativa legislativa è volta a « ripristinare una cultura delle cautele penali fondate sul pieno rispetto della presunzione di innocenza e sulla funzione strumentale al processo delle misure di contenimento anticipato» specificando ulteriormente che l'obiettivo fosse quello di « riuscire a indirizzare più chiaramente l'azione giurisprudenziale nel segno di un uso residuale delle cautele, particolarmente di quelle detentive, all'insegna dei principi di *extrema ratio* e *del favor libertatis*».

Infine, ed è questo il passaggio che maggiormente esprime la portata della riforma, e che rileva ai fini della presente analisi « È opportuno richiedere maggiore prudenza non solo nelle valutazioni sul permanere della misura, ma già in sede di applicazione della cautela.

⁵² Tra i quali: Decreto – legge 26, giugno, 2014 n.92.

⁵³ Corte .e.d.u, 8, gennaio, 2013, *Torreggiani c .Italia*.

È necessario superare quelle forme surrettizie di presunzione giurisprudenziali che di fatto enucleano la sussistenza di esigenze cautelari della sola gravità del reato commesso e puntare su una valutazione rigorosa. l'intervento normativo deve quindi tendere a riallineare il sistema italiano agli standard previsti dalla Costituzione e a quelli previsti dalla convezione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle sue libertà fondamentali... e dalla sua giurisprudenza»⁵⁴.

L'intervento normativo aveva quindi come coordinate direttrici gli obiettivi inseriti all'interno della relazione introduttiva⁵⁵.

Nell'ottica che intendiamo analizzare, la riforma si presenta come innovatrice, dato l'obiettivo di deflazionare l'utilizzo della custodia cautelare, superando quindi la contrazione e distorsione avvenuta negli anni rispetto al ricorso sistematico della misura estrema.

Il legislatore, con l'intento quindi di voler dare un nuovo giro di vite al ricorso alla custodia cautelare in carcere, imponendo di riservare quest'ultima ad ipotesi estremamente limitate e favorendo, al contrario, altre e meno radicali forme di contrazione della libertà⁵⁶, ha messo mani all'articolo 275 in riferimento al principio di gradualità per due vie.

Il primo rafforzamento⁵⁷ si rinviene nella modifica del primo periodo del comma 3 dell'articolo 275, che adesso recita: «La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate».

La disposizione modificata è stata definita, in sede di discussione sulle linee guida della proposta, come elemento «cardine dell'intero sistema normativo», a riprova proprio della rilevanza nel nostro sistema della sussidiarietà della custodia cautelare in carcere⁵⁸.

Per la verità, la disposizione è direttamente collegata all'articolo 9 della stessa legge che ha inserito un'integrazione dell'art 299 comma 4 c.p.p., prevedendo nell'ipotesi di aggravamento delle esigenze cautelare, il potere del giudice, su richiesta del pubblico

⁵⁴ Proposta di legge C. 631, presentata il 3, aprile, 2013.

⁵⁵ E. PILLA, *I criteri di scelta*, in, *Il rinnovamento delle misure cautelari: analisi della legge n 47 del 16 aprile 2015*, G Giappichelli, Torino, 2015, p 27.

⁵⁶ P., BORRELLI, *Una prima lettura alle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in *Dirit. Pen. Cont.*, p 13[online] : https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1432802232BORRELLI_2015.pdf

⁵⁷ TONINI P., CONTI C., *Manuale di procedura penale*, XXIII ed, Giuffrè, Milano, p. 487.

⁵⁸ In questi termini si esprime la deputata Anna Rossomando in sede di discussione sulle linee generali della proposta di legge n. 631-A ed abbinate.

ministero, di applicazione congiunta anche in questa sede di altra misura coercitiva o interdittiva.

La legge in questione ha introdotto, accanto al principio secondo il quale l'applicazione della custodia cautelare in carcere debba essere fisiologicamente postergato rispetto ad altre misure - come detto già sancito nella formula originaria dal comma 3 del 275- la possibilità di applicare cumulativamente più misure cautelari personali, anche tra loro eterogenee, con l'obiettivo di rafforzare la preesistente struttura e rendere quanto più duttile possibile la risposta cautelare.⁵⁹

Emerge, sulla scia dell'animo contenitivo della riforma, rispetto all'uso e abuso della custodia cautelare, quanto la novella sia proiettata nel senso di addirittura rafforzare il precetto della residualità, sancendo come regola inedita la possibilità generale di applicare congiuntamente misure cautelari.

La portata innovativa della novella, che si pone come ulteriore strumento del perimetro della discrezionalità vincolata del giudice, si apprezza considerando preliminarmente che prima di questa, a fronte del silenzio normativo, la giurisprudenza maggioritaria era pacifica nel ritenere radicalmente esclusa la facoltà per il giudice di applicare cumulativamente misure cautelari eterogenee.

La questione della possibilità di cumulo tra misure cautelari astrattamente compatibili, è stato storicamente, anche prima dell'entrata in vigore del codice di rito del 1988, al centro di dibattiti dottrinali e giurisprudenziali.

Il profilo oggetto di dispute riguardava l'assenza, di una specifica norma che consentisse l'applicazione cumulativa delle misure in via originaria, prevedendone la possibilità solo nei casi di trasgressioni alle prescrizioni come previsto ai sensi dell'articolo 276 comma 1 c.p.p. e, a seguito di una novella del 2001, in caso di scarcerazione per decorrenza dei termini ex art. 307 comma 1-bis c.p.p.⁶⁰.

Dunque, è stata proprio l'assenza di un esplicito divieto di applicazione cumulativa delle misure- per altro previsto in realtà nella formulazione dell'articolo 265 del progetto di

⁵⁹ R. CARRARA D'ALBI, *Il cumulo delle misure cautelari a seguito della legge 47/2015*, in «Salvis Juribus», 13 giugno 20117, [online] : <http://www.salvisjuribus.it/il-cumulo-delle-misure-cautelari-a-seguito-della-legge-472015/>.

⁶⁰E., PILLA, *I criteri di scelta*, in, *Il rinnovamento delle misure cautelari: analisi della legge n 47 del 16 aprile 2015*, G Giappichelli, Torino, 2015, p 29.

riforma del 1978 – che è stato oggetto, agli albori dell'entrata in vigore del nuovo codice, di letture diverse.

Perché, se da un lato si è prevista la possibilità di applicazione *in itinere*, a seguito quindi di eventuali trasgressioni ex art 276 comma 1, il legislatore della riforma ha taciuto rispetto all'applicazione cumulativa originaria.

L'assenza di unanimità di vedute, causa del contrasto giurisprudenziale, è da rintracciare in un primo filone interpretativo, il quale accoglieva con favore la possibilità di applicazione congiunta anche al di fuori della ipotesi espressamente previste all'articolo 276 comma 1 e art 307, comma 1-bis, c.p.p.

Per la verità, la giurisprudenza maggioritaria era nel senso di ritenere, *ante* riforma, in assenza di una disposizione che lo consentisse, radicalmente esclusa l'applicazione cumulativa di misure cautelari eterogenee.

Il giudice di legittimità in particolare, pronunciandosi in diverse occasioni sul tema, ha sostenuto, -facendo leva su argomenti diversi- che l'applicazione in via originaria di più misure si ponesse in estremo contrasto con il principio di stretta legalità sancito dall'articolo 272 c.p.p., espressione diretta della riserva di legge di cui all'articolo 13 della carta costituzionale.

Il profilo rilevato dal Giudice di legittimità, in riferimento al potenziale contrasto tra l'istituto del cumulo e il dettato dell'articolo 272 c.p.p., è stato nel senso di attribuire al principio di tassatività e legalità delle misure cautelari una lettura restrittiva del principio di stretta legalità delle misure cautelari.

A tal proposito viene specificato ulteriormente, dalle Sezioni Unite, con l'intento di dirimere il contrasto creatosi all'interno della giurisprudenza, come la congiunta prescrizione di misure cautelari diverse, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, sia non conforme all'ordinamento normativo in quanto «l'eventuale applicazione congiunta di misure astrattamente compatibili determinerebbe la creazione, in un *mixtum* composito, di una nuova misura non corrispondente al paradigma normativo tipico, l'osmosi di più misure finirebbe infatti per creare ex novo ulteriori tipi di misure estranei alla pur vasta gamma dei modelli normativamente previsti».⁶¹

Nonostante l'interpretazione resa dalle Sezioni unite sia particolarmente fedele al dettato costituzionale e al principio proprio della tassatività in ambito cautelare, non possiamo non

⁶¹ Cass., pen, SS., Un., 30 maggio, 2006, *La stella*, in *Cass.pen.*, 2006, p 4389.

considerare che l'apertura all'applicazione congiunta di più misure, per altro non espressamente esclusa o vietata dal principio di tassatività in materia cautelare, abbia il valore di rendere più pregnante il principio di adeguatezza e di gradualità.⁶²

Infatti, da tenere in considerazione è anche quanto sostenuto da quella giurisprudenza e dottrina minoritaria pronunciatasi già prima della riforma, che faceva leva sul fatto che il codice di procedura penale, imponendo di prescrivere la misura meno afflittiva tra quelle potenzialmente idonee ad assicurare le esigenze cautelari nel caso concreto, avrebbe evidentemente permesso la combinazione dei vincoli derivanti da più misure, riconoscendo dunque l'applicazione simultanea di differenti misure coercitive anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste⁶³.

Alla base di tale lettura ermeneutica, vi è la chiara intenzione degli interpreti di tutelare la libertà personale dell'indagato, assicurando una più corretta applicazione del criterio della minor lesività del trattamento.

Ciò detto, quello che appare chiaro, è che la nuova formulazione del primo periodo del comma terzo dell'articolo 275 c.p.p. sia evidentemente svincolata dalla trama della giurisprudenza maggioritaria evidenziata.

Il nuovo dettato normativo, prevenendo in via generalizzata l'applicazione congiunta di misure cautelari coercitive e interdittive, in astratto compatibili tra loro, sopperisce a quell'esigenza di tipicità richiesta dalla Corte di Cassazione a Sezioni unite.⁶⁴

Quello che emerge è che la riforma a cui il legislatore è approdato non si pone in contrasto con il principio di tassatività, il quale sarebbe al contrario violato solo nell'ipotesi in cui si creasse una nuova misura, cumulando prescrizioni di misure diverse, ma non quando, misure espressamente previste dalla legge siano applicate congiuntamente.

L'innovazione, infatti, si premura di restituire al giudice quella discrezionalità vincolata che è uno dei caratteri proprio del nuovo sistema cautelare, aggiungendo un mezzo ulteriore nelle mani del potere cautelare, in modo da renderlo quanto più possibile conforme all'idea della individualizzazione della misura cautelare.

⁶² P. SPAGNOLO, *Il principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare in la riforma delle misure cautelari personali.*, Giappichelli, Torino, 2015, p 89.

⁶³ R.CARRARA D'ALBI, *Il cumulo delle misure cautelari a seguito della legge 47/2015*, in «Salvis Juribus», 13 giugno 20117, [online] : <http://www.salvisjuribus.it/il-cumulo-delle-misure-cautelari-a-seguito-della-legge-472015/>

⁶⁴E. PILLA E., *I criteri di scelta*, in, *Il rinnovamento delle misure cautelari: analisi della legge n 47 del 16 aprile 2015*, Giappichelli, Torino, 2015, p 30.

L'opportunità inserita nel 2015, benché innovativa, non è stata esente da ambiguità sollevate. Elemento di dubbia interpretazione ha riguardato l'inserimento della possibilità di cumulo all'interno del comma terzo del 275.

La posizione topografica della novella, inserita nello stesso comma che consacra il principio della custodia cautelate come *extrema ratio*, piuttosto che nel primo comma riferito al principio di adeguatezza, ha fatto ritenere di poter considerare il cumulo tra misure cautelari coercitive e interdittive come fosse ammesso solo per escludere l'applicazione della custodia cautelare in carcere⁶⁵.

Il ragionamento si rifà all'argomentazione perseguita dalla Corte di cassazione a Sezioni unite, che in ottica rigorista ammetteva il cumulo eterogeneo soltanto nelle ipotesi espressamente previste e seguirebbe inoltre *l'intentio legis* ispirata evidentemente alla logica della decarcerazione⁶⁶.

Ponendoci in linea con questa prospettiva andrebbe dunque esclusa la possibilità di cumulo ogni qualvolta sia finalizzata a escludere l'applicazione di qualsiasi altra misura coercitiva diversa dalle custodiali o semi custodiali e dunque in altre parole, il cumolo opererebbe solo per escludere l'applicazione della custodia cautelare in carcere.

Se così fosse però, se rimanessimo ancorati all'interpretazione del principio di tassatività così come interpretato dalle Sezioni unite, finiremmo per sostenere che il legislatore non abbia poi inserito un potere di cumulo generale, ma strettamente limitato a escludere la custodia cautelare.

Con l'intento di trovare una coniugazione, non tradendo l'impianto garantista del principio di tassatività, può ritenersi preferibile respingere un'interpretazione restrittiva della novella, prendendo consapevolezza che le prese di posizioni della giurisprudenza appartengono a un contesto normativo evidentemente diverso.

In altri termini, è quindi necessario sdoganare la logica del cumolo dall'istituto custodiale, dunque svincolare la possibilità di cumulo eterogeneo originario delle misure dall'ottica della decarcerazione.

Solo così infatti, potrà essere ricondotto l'istituto del cumolo alla funzione di attuazione della regola del minor sacrificio, direttamente collegato all'articolo 13 Cost, che come più volete

⁶⁵ P. SPAGNOLO., *Il principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, in , *la riforma delle misure cautelari personali.*, Giappichelli, Torino, 2015, p 90.

⁶⁶ P. SPAGNOLO., *Il principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, cit., p 92.

rilevato dalla Corte costituzionale⁶⁷, in un modello a pluralità graduata di misure cautelari, deve permeare l'intero sistema cautelare.

Quello che emerge che è il novellato comma terzo dell'articolo 275 c.p.p., nel prevedere il carcere come *extrema ratio* non fa altro che determinare un'esplicitazione del principio di adeguatezza e gradualità.

Prendendo le mosse da alcuni passaggi di rilevanti sentenze costituzionali, e utilizzando il *favor libertatis* come criterio interpretativo possiamo sostenere, che l'istituto del cumulo delle misure cautelari eterogenee, trova ragion d'essere e giustificazione proprio nel principio del minor sacrificio⁶⁸.

Come argomentato a più riprese dalla Consulta, ⁶⁹ è proprio il criterio in questione ad impegnare il legislatore, per una via a strutturare il sistema cautelare secondo una pluralità graduata, predisponendo una gamma alternativa di misure, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale, dall'altra, a prefigurare meccanismi individualizzanti di selezione del trattamento cautelare parametrati sulle esigenze configurabili nelle singole fattispecie.

È ponendoci in quest'ottica che rinveniamo la ratio del sistema, soltanto tramite una lettura dei principi di adeguatezza e gradualità ispirati a ridurre al minimo il sacrificio della libertà personale, che può ritenersi sempre possibile l'ammissione del cumulo tra misure, coercitive e interdittive, quando tramite questo sia possibile escludere l'applicazione di una misura cautelare più gravosa⁷⁰.

Alla luce di questa interpretazione che allora, dovrà essere considerata sempre possibile l'applicazione cumulativa di misure omogenee ed eterogenee, indipendentemente dalla misura cautelare che si intende escludere, evidenziando la portata generale dei criteri espressi nell'articolo 275 c.p.p., al quale non si può attribuire una lettura restrittiva.

Chiaro è che la consapevolezza rispetto alla portata generale della possibilità di disporre il cumulo non superi la considerazione che l'istituto potrà essere disposto soltanto tra misure applicate e prescritte nella loro tipologia legale, escludendo di poter determinare la

⁶⁷ Corte cost., 22, luglio, 2005, n. 299.

⁶⁸ R., CARRARA D'ALBI., *Il cumulo delle misure cautelari a seguito della legge 47/2015*, in «Salvis Juribus», 13 giugno 20117, [online] : <http://www.salvisjuribus.it/il-cumulo-delle-misure-cautelari-a-seguito-della-legge-472015/>

⁶⁹ Corte cost. 22, luglio, 2005, n. 299, in Giur. Cost., 2005 p 2917; Corte cost., 21, luglio, 2010, n 265, in Cass. pen., 2011, p 146.

⁷⁰ P. SPAGNOLO, *Il principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, cit., p. 90.

prescrizione di un novum, mediante una commistione di prescrizioni riconducibili a diverse misure.

Il limite imposto dal principio di tassatività si rinviene proprio in questo aspetto, cioè nella impossibilità di creare una nuova misura non prevista dalla legge, cumulando prescrizioni riconducibili a misure diverse.

A tal proposito possiamo far riferimento a una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, che in questa prospettiva, si era espressa nel 2009, nel caso Bottini, rilevando l'abnormità dell'ordinanza che prescrive all'indagato il divieto di comunicare con terze persone senza la contestuale adozione della misura degli arresti domiciliari, venendo in tal modo applicata una misura non rientrante tra i modelli di legge di quelle coercitive o interdittive⁷¹.

Ciò che si intende evidenziare è che, posto il carattere generale del cumulo delle misure, questo incontra un limite nel principio di tassatività, limite volto a scongiurare l'ipotesi di creazione *ex novo* di una misura cautelare, discostandosi dai modelli previsti dal legislatore direttamente riferibili all'articolo 13 della Carta costituzionale.

Volendo quindi rifarci alle considerazioni della dottrina, taluni hanno sposato una visione dell'istituto del cumulo come mera specificazione del principio di adeguatezza, così da riconoscere la possibilità di applicazione congiunta delle misure cautelari, come concretizzazione di un potere operante in via generalizzata⁷².

Tale lettura ha chiaramente il vantaggio di superare quei dubbi interpretativi che sorgono dal riferimento diretto dell'istituto al principio della custodia cautelare come *extrema ratio*, dubbi che se accolti pregiudicherebbero la possibilità di applicazione cumulativa di diverse misure cautelari, in tutte le ipotesi nelle quali il cumulo non è finalizzato ad escludere l'applicazione della misura custodiale.

Auspicata dalla dottrina in questione è quindi una lettura generalizzata del comma 3 dell'articolo 275, svincolata dalla logica della decarcerazione, perché parrebbe la modalità più adeguata a far sì che la compressione della libertà dell'imputato e dell'indagato sia contenuta «entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto»⁷³.

⁷¹ Cass, sez II, 26 novembre 2009, in *Cass. pen.*, 2011., p. 669.

⁷² P. SPAGNOLO, *Il principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, cit., p. 93.

⁷³ Corte cost., 21 luglio, 2010, n. 625.

Ulteriore elemento di modifica rilevante in tema di applicazione residuale della misura della custodia cautelare in carcere operata con la legge 47 del 2015 è stato l'inserimento del comma 3-bis nel corpo dell'articolo 275 c.p.p.

L'articolo 4, comma 3 della legge in commento, inserisce infatti dopo il riformato comma 3, il nuovo comma 3-bis che recita:

«nel disporre la custodia cautelare in carcere il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'articolo 275 bis, comma 1».

Il riferimento all'articolo 275-bis è relativo alle «procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici» nella disponibilità della polizia giudiziaria.

Tale novella si pone come obiettivo quello di incentivare l'applicazione degli arresti domiciliari con lo strumento del braccialetto elettronico, imponendo al giudice, un onere motivazionale rafforzato, con l'obbligo di indicare le specifiche ragioni per le quali si ritiene inadeguata la misura più permissiva in luogo di quella carceraria.

Per la verità, all'entrata in vigore della riforma già parte dei commentatori ⁷⁴, aveva argomentato, circa la superfluità della modifica, considerato che il tenore letterale dell'articolo 275 comma 3 nella prima parte, richiederebbe già un onere motivazionale dello stesso tenore, vista l'applicazione della misura custodiale ove le altre, anche applicate cumulativamente, non siano adeguate.

Altri avevano sostenuto ulteriormente⁷⁵ che quella sancita dal legislatore sia, a una regola già enucleabile dal sistema previgente, desumibile direttamente dal riferimento dell'articolo 275 c.p.p.

In altri termini secondo questa dottrina, l'inserimento del novellato comma 3 bis, nell'articolo relativo ai criteri di scelta delle misure cautelari, parrebbe quanto meno superfluo, vista la consacrazione del principio della custodia cautelare come extrema ratio, dalla quale si desumerebbe già un onere valutativo e motivazionale rispetto all'inadeguatezza, nel caso concreto, dell'applicazione della misura di cui al 284 c.p.p.

⁷⁴Corte di cassazione, Ufficio del Massimario, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, pubblicata in *Dir. pen. Cont.*, 7 maggio 2015.

⁷⁵ P. BORRELLI, *Una prima lettura alle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in *Dir. Pen. Cont.*, p.13.

Sostanzialmente quindi, il fatto che la custodia cautelare abbia, per disposizione normativa, carattere di eccezionalità, implicherebbe, in applicazione in combinato disposto del principio di gradualità e adeguatezza, che la motivazione dell'applicazione della misura debba, di per sé, presupporre un riferimento alla inidoneità di altre misure rispetto alla soddisfazione delle esigenze del caso concreto.

Il percorso valutativo motivazionale del giudice rispetto, a se la misura, dell'articolo 284 c.p.p. possa considerarsi misura adeguata, appariva già imposto dal sistema previgente, anche prima della inedita disposizione.

Per la verità siffatta valutazione doveva ulteriormente tenere in considerazione le novità apportate dall'articolo 1, comma 1, lett. a) della legge 21 febbraio 2024, n 10 che aveva modificato l'art 275-bis, comma, 1 c.p.p., introducendo l'impiego del cd. braccialetto elettronico, salvo che il giudice lo ritenesse "non necessario".

Inoltre, proprio in riferimento a tale aspetto e alla formulazione di tale disposizione molti interpreti hanno rilevato come il legislatore con la novella dell'articolo 275 -bis, abbia deciso di non " affidarsi al giudice" non solo tutte le volte in cui il giudice deciderà di concedere gli arresti domiciliari dovrà prendere in considerazione l'eventuale presidio elettronico, ma dovrà, anche tutte le volte in cui deciderà di disporre la misura della custodia in carcere, motivare sulle ragioni per le quali ritiene la misura custodiale applicata con il controllo elettronico non idonea.

3.1.L'evoluzione delle presunzioni del comma 3 dell'art. 275 c.p.p.

Il tema delle presunzioni della custodia cautelare in carcere, introdotte all'interno della disposizione di cui al comma terzo dell'articolo 275 c.p.p., è sicuramente uno dei temi più tormentati riconducibili alla sfera cautelare.

Quello degli automatismi della misura inframuraria, infatti, ha rappresentato storicamente l'oggetto di innumerevoli cambi di rotta del legislatore, ha tenuto vivo il dibattito di dottrina e giurisprudenza, che, senza una direttrice univoca negli anni ha virato per vie diverse spesso prive di coerenza.

La fisionomia attuale dell'articolo 275 c.p.p. tradisce immediatamente il suo travaglio interiore, la previsione infatti reca *ictu oculi*⁷⁶ i segni del tormento che l'attraversa fin dalla sua gestazione.

Difatti, la norma sui criteri di scelta delle misure cautelari fu, già a partire dai progetti precursori del nuovo codice di rito, oggetto di contrasti e ripensamenti⁷⁷.

Gli innumerevoli ritocchi e innesti successivi hanno tradito l'ammirevole architettura delle origini⁷⁸, allontanando la disposizione dalla chiara direzione cui aveva ispirato gli scrittori del 1988.

La norma oggetto di analisi, la cui formulazione è oggi frutto della recente riforma dettata dalla legge 47 del 2015, ha subito nel tempo più di una manipolazione⁷⁹.

Il richiamo agli interventi precedenti appare obbligato in quanto ci consente di valutare nella maniera più consapevole possibile gli odierni approdi cui il legislatore è giunto.

Dobbiamo prendere le mosse proprio dall'analisi della struttura originaria dell'articolo 275 c.p.p. risalente al 1988, perché solo così riusciremo a cogliere pienamente il trasformismo che ha caratterizzato la disposizione in questione.

Il modello prediletto dai codificatori era univoco nel rimandare qualsiasi valutazione sui presupposti e sulla scelta della misura da adottare all'imprescindibile e pieno vaglio del giudice cautelare, che si qualificava a quel tempo asse portante della disciplina.

È questo quello che emerge infatti dal combinato disposto dell'articolo 272, 274 e 275 c.p.p. della versione originaria del 1988, e dalla relazione al progetto preliminare del codice di rito, nella quale si evince l'intenzione del legislatore di voler strutturare un sistema cautelare che esprimeva una chiara scelta di esclusione di qualsiasi ipotesi di applicazione obbligatoria della custodia cautelare, anche a fronte di indizi di colpevolezza relativi a delitti di particolare allarme sociale⁸⁰.

⁷⁶ S. CARNEVALE., *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare in La riforma delle misure cautelari personali cit.*, p. 103.

⁷⁷ D. SCHELLINO., sub art 275, in Commento al codice di procedura penale coordinato da M. Chiavario, I agg, Utet 1993, p 115s.

⁷⁸ E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima, cit 20*.

⁷⁹ Il primo intervento è rappresentato dall'articolo 5 d.l 13 maggio 1991, n 153 conv. nella legge 12 luglio 1991, n 203; il secondo nell'art 5, legge 8 agosto 1995, n 332; un terzo dall'art 2, comma 1, dl 23 febbraio 2009 conv nella legge 23 aprile 2009, n 38.

⁸⁰ Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, Gu n.250 del 24, novembre, 1988 in https://www.gazzettaufficiale.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1988-10-24&atto.codiceRedazionale=088A4237&tipoSerie=serie_generale&tipoVigenza=originario

La scelta del legislatore fu sostanzialmente quella di voler segnare il definitivo abbandono dell'istituto della «cattura obbligatoria» che aveva caratterizzato il codice del 1930, strutturando un microsystema tale per cui le misure cautelari non sarebbero più state applicate unicamente sulla base del *fumus commissi delicti*, per altro al tempo caratterizzato da una soglia indiziaria meno elevata di quella odierna, facendo divenire indispensabile un giudizio di concreta pericolosità dello status libertatis demandato all'organo giurisdizionale⁸¹.

E dunque in tale ottica che i codificatori avevano sancito al comma terzo dell'articolo 275c.p.p. il principio di residualità della custodia cautelare, allora privo di eccezioni, respingendo qualsiasi forma presuntiva o automatica di applicazione della misura inframuraria.

Tale netta virata rispetto al sistema del 1930, a favore della garanzia della libertà personale, era però destinata ad avere vita breve.

Il confronto tra la formulazione iniziale e le disposizioni successive ci consentirà di sottolineare come, tramite la straticazione delle manipolazioni, per altro non rispondenti a un disegno organico ma frutto di diversi cambi di direzione, si siano profondamente snaturati principi sui quali si reggeva l'impianto delineato dal legislatore del 1988⁸².

Il sistema delle presunzioni di adeguatezza della misura inframuraria venne inserito nel codice di rito pochi anni dopo la sua entrata in vigore, in netta contrapposizione rispetto all'impianto originario, con l'approvazione del decreto-legge n. 152 del 13 maggio del 1991, poi convertito nella legge n. 203 del 12 luglio 1991.

Tale decretazione di natura emergenziale, trovava ragione d'essere, nella buia stagione dei primi anni Novanta, periodo macchiato dalla sanguinaria presenza sul suolo italiano di organizzazioni di stampo mafioso.

In pochi mesi infatti, una legislazione convulsa, introduceva per alcune fattispecie criminose un sistema di doppia presunzione con l'intento di arginare la discrezionalità del giudice⁸³.

⁸¹ P. G. DELLA MONICA, *i vincoli normativi della discrezionalità cautelare*, in *le presunzioni cautelari*, Giappichelli, torino, 2023, p.44.

⁸² S. CARNEVALE., *Il limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare in la riforma delle misure cautelari personali* p. 103.

⁸³ E. PILLA, *I criteri di scelta*, in - T. BENE (a cura di), *Il rinnovamento delle misure cautelari: analisi della legge n 47 del 16 aprile 2015*, Giappichelli, Torino, 2015, p.34.

In presenza di gravi indizi di colpevolezza, per altro per un numero cospicuo di reati⁸⁴, operava una prima presunzione relativa concernente la sussistenza delle esigenze cautelari e una seconda di carattere assoluto in relazione alla adeguatezza della sola misura inframuraria.

Quindi pur senza disconoscere il principio espresso nell'incipit dell'articolo 275 comma terzo c.p.p. il legislatore, limitando sensibilmente l'ambito di discrezionalità del giudice, aveva strutturato un sistema tale per cui, in riferimento a quel catalogo di reati, veniva applicata una presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari alla quale si aggiungeva quella *iuris et de iure* di inadeguatezza delle misure cautelari diverse dalla custodia in carcere⁸⁵.

Il meccanismo operava nel modo seguente: la prima presunzione, in quanto relativa poteva essere superata con elementi di prova dai quali desumere l'assenza di esigenze nel caso concreto.

L'assenza però, di tali elementi, avrebbe comportato l'applicazione della seconda presunzione, stavolta di carattere assoluto, la quale avrebbe imposto in modo vincolante e insuperabile la "prevalutazione" legale di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere⁸⁶.

Si è quindi determinato tramite le riforme del 199, il ritorno a una sorta di cattura obbligatoria nei confronti di coloro i quali rientrassero in un quadro indiziario sfavorevole, i quali avrebbero subito, in riferimento a quei reati, il meccanismo degli automatismi.

Da evidenziare è che il sistema delle presunzioni, relativa in riferimento alla sussistenza delle esigenze cautelari e assoluta rispetto all'adeguatezza della sola misura custodiale, operava in modo tale che il giudice risultava essere vincolato all'alternativa tra applicare la custodia inframuraria, anche in presenza di esigenze cautelari non particolarmente allarmanti, oppure restituire la piena libertà dell'indiziato, nel caso in cui vi fosse la prova della insussistenza, in concreto, delle esigenze cautelari astrattamente collegate *ex lege* alla tipologia di reato⁸⁷.

⁸⁴ Art 285 c.p., 286 c.p., 416 bis c.p., 422 c.p., 575 c.p., 628 comma 3 c.p., 629 comma 2 c.p., 639 c.p.

⁸⁵ G. DELLA MONICA, *i vincoli normativi della discrezionalità cautelare*, in *le presunzioni cautelari*, Giappicelli, torino, 2023, p.46.

⁸⁶ S. CARNEVALE., *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare in la riforma delle misure cautelari personali* p. 106.

⁸⁷ G. DELLA MONICA, *i vincoli normativi della discrezionalità cautelare*, in *le presunzioni cautelari*, Giappicelli, torino, 2023, p.46.

Tale parentesi aveva evidentemente creato un binario alternativo per quei reati selezionati, tale per cui da un lato a carico dell'interessato si imponeva una vera e propria *probatio diabolica* in ordine all'insussistenza delle esigenze cautelari⁸⁸ per evitare l'applicazione della misura, e per altro verso al giudice era stata sottratta qualsiasi forma di discrezionalità nella scelta della misura, di fatto neutralizzando l'operatività dei criteri di adeguatezza, proporzionalità e gradualità⁸⁹.

È necessario interrogarci rispetto alla tipologia di reati che erano stati sottratti alla disciplina ordinaria, prevedendone un binario alternativo, in quanto la ratio delle scelte legislative eccezionali assume inevitabilmente un valore cruciale nei successivi giudizi rispetto alla legittimità delle eccezioni⁹⁰.

Infatti, si trattava di tutti reati riconducibili alla criminalità di stampo associativo, caratterizzati da un tasso elevato di violenza, la cui giustificazione rispetto alla riconduzione a un sistema derogatorio trovava ragione nel particolare allarme sociale vissuto in quegli anni.

Non a caso, nell'intento di ridettare una impronta garantista al sistema delle misure cautelari personali, il legislatore modificò nuovamente la disciplina pochi anni dopo con la legge n. 332, del 8 agosto del 1995, dettando una rotta inversa rispetto agli interventi imposti nel 1991.⁹¹

Con tale intervento il legislatore si limitò a circoscrivere il regime speciale delle presunzioni ai soli fatti di reato riconducibili al delitto di cui al 461-bis c.p., nonché ai reati aggravati dal ricorso al metodo mafioso, con la conseguenza che per la restante parte di reati, in origine rientranti nel comma terzo del 275 c.p.p. nella versione del 1991, tornavano ad essere operativi i principi generali e di riflesso quindi, la piena sfera di discrezionalità del giudice in ordine alla scelta cautelare.

Benché tale modifica, quindi, fosse finalizzata a restituire al sistema cautelare un equilibrio che fosse conforme al garantismo dei principi costituzionali, non mancò tuttavia chi espresse dei dubbi sulla coerenza sistematica della riforma.

⁸⁸ G. Lozzi., *lezioni di procedura penale*, VII, Giappichelli, Torino 1995, p.225

⁸⁹ V. GREVI., G. CONSO., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Cedam, 1993.p.10.

⁹⁰ S. CARNEVALE., *Li limiti alle presunzioni di adeguatezza*, cit., p. 107.

⁹¹ G. DELLA MONICA, *le presunzioni cautelari*, cit. p. 43.

La previsione del comma terzo del 275, reduce dalla riforma del 1995, venne sottoposta al vaglio costituzionale del giudice delle legge che pronunciandosi in ordinanza⁹² precisò la legittimità costituzionale del sistema delle presunzioni ,con riferimento agli articoli 3, 13 comma 1 e 27 comma 2 Cost., argomentando quanto la Costituzione non rintracci come unica scelta quella di affidare incondizionatamente e in tutte le situazioni la giudice la scelta in ambito cautelare, e che la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata rendeva evidente la non irragionevolezza della scelta legislativa atteso il coefficiente di pericolosità connaturato a quegli illeciti⁹³.

Tale coefficiente di pericolosità, di per sé giustificativo della presunzione, si rintracciava nella considerazione per cui secondo massime di esperienza sostanzialmente generalizzabili, la partecipazione ad un'associazione criminale di stampo mafioso è caratterizzata da diversi elementi, tra i quali: capacità intimidatoria, adesione permeante a un sodalizio criminoso e forte radicamento territoriale

La Corte costituzionale, quindi, proprio sulla base della riscontrata presenza di tali elementi, eccezionali rispetto ad altre tipologie di reati, ritenne la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per i reati di stampo mafioso ragionevole perché giustificata proprio dall'essenza della connotazione mafiosa dei reati⁹⁴ , per i quali la custodia cautelare in carcere rappresentava la misura più idonea a neutralizzare il *periculum libertatis* connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato e associazione⁹⁵.

È proprio la particolare tipologia di reato che rende la presunzione assoluta ragionevole, infatti, come indicato dalla Corte nell'ordinanza in questione e poi successivamente ribadito plurime volte, presunzioni di questo tipo possono essere considerate legittime, comunque in via eccezionale, esclusivamente nel caso in cui non siano irrazionali o espressione di arbitrio, e quindi se «rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod prelumque accidit*»

Inoltre, la riforma del 1995 superò, per la verità, anche il vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo, che per un verso accolse il meccanismo presuntivo ribadendo – come già fatto dalla Consulta- quanto la legittimità dell'automatismo fosse giustificato dalla

⁹² Corte cost. 18 ,ottobre, 1995 n.450, in consulta online.it

⁹³ L E. PILLA, *I criteri di scelta*, cit., p.34.

⁹⁴ D. NEGRI ., *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'articolo 275, comma 3 c.p.p.* in Cass pen., 1996, p 2835 ss.

⁹⁵ Come ribadito successivamente dalla Corte cost, 22 luglio 2005, n 299.

connotazione strutturale dei reati associativi di stampo mafioso, tali da rendere ragionevole la presunzione della sola adeguatezza della custodia inframuraria⁹⁶.

Per altro verso però i giudici di Strasburgo formularono un rilevante ammonimento, mettendo in luce come la presunzione potesse rappresentare il rischio di un'eccessiva rigidità, data la preclusione al giudice di adattare la misura cautelare alle esigenze del caso concreto⁹⁷.

Emerge quindi dall'analisi della giurisprudenza nazionale e sovranazionale che, benché le presunzioni del comma 3 dell'articolo 275 c.p.p. inevitabilmente comportassero una distorsione dei principi generali in tema cautelare e dei principi convenzionali a tutela della libertà, tale deroga veniva accolta e accettata solo in quanto rapportata a uno specifico gruppo di reati, concretamente strutturati in rapporti tra sodali e gruppo di appartenenza, e che, di conseguenza per essere neutralizzati, richiedevano la misura più severa⁹⁸.

Nonostante le pronunce giurisprudenziali favorevoli al meccanismo degli automatismi, la dottrina continuava a rimarcare in senso critico la necessità di superare in toto il regime eccezionale, auspicando la ricostruzione della disciplina originaria, paventando il rischio che la conformazione di un sistema cautelare basato su presunzioni, specie se assolute, avrebbe potuto favorire un uso distorto della carcerazione preventiva.

A distanza di quasi vent'anni dalla controriforma del 1995, il legislatore sulla base del supposto dilagare di reati a sfondo sessuale, per altro poi smentito dalle statistiche ufficiali⁹⁹, ha rimesso mano ai precari equilibri del comma terzo dell'articolo 275 c.p.p., ricorrendo nuovamente allo strumento della decretazione d'urgenza tramite il decreto- legge 23 febbraio 2009 n 11.

Il cd. pacchetto sicurezza, reintrodusse molteplici deroghe alla regola del carcere come extrema ratio, venne ridisegnato il catalogo dei reati per i quali operava il sistema delle presunzioni contribuendo alla creazione di binari doppi, tripli e quadrupli tramite i molteplici rinvii indiretti e richiami diretti a inedite ipotesi di reato.

Il legislatore difatti, sulla scia di angosce collettive, influenzate dal massiccio interesse dell'opinione pubblica, ha fatto confluire nel regime derogatorio di presunzioni

⁹⁶ C.E.D.U., sez I, 6 , novembre, 2003 Pantano c. Italia , in Dir. Pen. processo, 2004, p. 123.

⁹⁷ C.E.D.U., sez I, 6 , novembre, 2003 Pantano c. Italia , in Dir. Pen. processo, 2004, p. 123.

⁹⁸ G. DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit. p. 57.

⁹⁹ E. MARZADURI., *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, in, *Llegisl. Pen*, 2012, p 500.

dell'adeguatezza della custodia cautelare un catalogo massiccio di reati, diversificati tra di loro, e congiuntamente distanti dall'originario fulcro rappresentato dai reati di stampo mafioso.

La disciplina venne concretamente estesa, per il tramite di un inestricabile reticolo di rinvii sovrapposti e disarticolati¹⁰⁰ all'omicidio volontario ex articolo 575 c.p. e ad altre cinque ampie categorie di illeciti: i reati associativi e le altre ipotesi delittuose richiamate dall'articolo 51 comma 3-bis c.p.p.; i reati di cui all'articolo 51 comma 3-quater c.p.p.; i reati di pedopornografia; e i reati contro la libertà sessuale.

Il primo gruppo di reati includeva una vasta gamma di ipotesi associative, oltre a quella prevista dall'articolo 416-bis c.p., venivano richiamate per il tramite del rinvio al comma 6 e 7 dell'articolo 416 c.p. associazioni finalizzate a commettere una vasta e diversificata gamma di reati.¹⁰¹

Sempre nel primo gruppo erano state poi incluse, tramite una menzione espressa le ipotesi di associazione finalizzate a commettere i delitti di contraffazione e introduzione di prodotti contraffatti o falsi, di riduzione e mantenimento in schiavitù o in servitù, di tratta di persone, di acquisto e alienazione di schiavi, di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nonché l'associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri¹⁰².

Rientravano, al contrario, nella seconda categoria di illeciti richiamati le altre fattispecie di cui all'articolo 51 comma 3-bis c.p.p., i delitti di riduzione e mantenimento in schiavitù e di tratta di persone, nonché il delitto di cambio politico- politico mafioso e di sequestro di persona a scopo di estorsione¹⁰³.

Il terzo gruppo di reati era invece composto da reati- consumati o tentati- commessi con finalità di terrorismo, al contrario nel quarto confluivano i delitti di pedopornografica¹⁰⁴.

Infine, la quinta categoria era costituita dai reati commessi in danno della libertà sessuale, tra i quali vi erano il delitto di violenza sessuale di cui all'articolo 609-bis c.p., il delitto di violenza sessuale di gruppo previsto all'articolo 609-octies c.p.

¹⁰⁰ G. DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit. p. 58.

¹⁰¹ Venne esteso il regime derogatorio a forme di associazioni finalizzate a commettere i reati di cui agli art: 600 c.p., 601 c.p. ., 602 c.p. .,601-bis c.p., 600-bis.c.p. , 600-ter c.p. .,600 quater c.p., 600- quater.1 c.p., 600.quinquies c.p., 609-bis.c.p. , 609-quater c.p. , 609- quinquies c.p. , 609-octioes.c.p. , 609-undecies c.p.

¹⁰² Artt.: 473 c.p., 474 c.p., 600 c.p., 601 c.p., 602.,; art. 74 d.P.R n. 309\1990 ; art. 291-quarter d.P.R. n. 43\1973.

¹⁰³ Artt. 600 c.p., 601 c.p., 416-ter c.p., 630 c.p.

¹⁰⁴ Si fa riferimento nello specifico agli artt: 600-bis comma 1 c.p., 600-ter c.p., 600-quinquies c.p.

Quello che emerge dai richiami precedenti, come sostenuto dalla dottrina, è che la ratio dell'intervento può essere in qualche modo rinvenuta nella volontà di applicare il regime derogatorio a fattispecie criminose tutte caratterizzate – sia pure per profili diversificati – dalla tutela di beni di primaria importanza per la collettività¹⁰⁵.

Il profilo problematico sollevato al tempo però riguardava il fatto che il ricorso alla regola della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere collideva ampiamente con la regola imposta dall'articolo 27, comma secondo, Cost., il quale imponendo che la cautela trovi giustificazione in esigenze diverse rispetto a quelle di anticipazione della pena, veniva schiacciato a fronte della neutralizzazione dei principi generali disciplinati dal 275 c.p.p.¹⁰⁶.

Infatti, come rilevato anche dalla Corte costituzionale, se la deroga rispetto ai criteri di scelta della misura cautelare trovava ragionevole giustificazione in riferimento ai delitti di criminalità organizzata perché connaturata alla struttura stessa dei reati, le scelte del legislatore di inserire fattispecie di altro genere nel catalogo del comma terzo dell'art. 275 c.p.p. non potevano trovare evidentemente le stesse sorti.

Il profilo problematico sollevato dalla dottrina a seguito della riforma del 2009 faceva riferimento al fatto che la presunzione assoluta di adeguatezza che sarebbe stata disposta, salvo che non fossero stati acquisiti elementi da cui desumere l'insussistenza delle esigenze cautelari, non era più prevista per i soli delitti di mafia, ma si estendeva a un elenco di reati per i quali in assenza di una struttura propria come quelli associativi trovava come unica ragione quella della mera gravità indiziaria¹⁰⁷.

La conseguenza diretta di tale meccanismo era che la custodia cautelare in carcere veniva applicata, salvo la prova dell'esclusione delle esigenze cautelari presunte *ex lege*, soltanto a fronte dell'accertamento del *fumus* di colpevolezza, finendo per presentarsi come una mera anticipazione della pena.

Quanto detto ci porta a sostenere che la lista dei reati ricompresi dal legislatore appariva come «... una lista variamente modulata nel corso del tempo, con pendolari alternanze tra interventi di restringimento e di dilatazione¹⁰⁸...» che hanno portato il Giudice delle leggi,

¹⁰⁵ P. MOSCARINI, *l'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, in Dir. Pen. processo, 2010, p. 227.

¹⁰⁶ E. Pilla, *I criteri di scelta*, cit., p.34.

¹⁰⁷ G. DELLA MONICA, *le presunzioni cautelari*, cit. p. 62.

¹⁰⁸ Corte cost., 25 febbraio 2015, 48, in Dir pen cont, con nota di G.LEO, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa*.

tra il 2010 e il 2015, a compiere un'opera di demolizione progressiva della norma di cui al comma terzo dell'articolo 275 secondo periodo c.p.p., attraverso nove declaratorie di illegittimità costituzionale¹⁰⁹.

La Corte costituzionale piuttosto che dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'intero sistema delle presunzioni cautelari, ha optato per una via diversa, salvandone parzialmente l'operatività tramite un graduale processo di relativizzazione¹¹⁰ della presunzione originariamente assoluta.

Benché si tratti di nove pronunce con oggetto fattispecie diversificate tra loro, è possibile comunque ritracciare una struttura argomentativa ripetuta e comune¹¹¹.

Premessa necessaria che ha rappresentato il fulcro della chiave di lettura utilizzata dalla Corte costituzionale ha riguardo il fatto che le peculiari connotazioni criminologiche dell'associazione mafiosa giustificano la presunzione di inadeguatezza della altre misure cautelari, con la conseguenza che l'unica misura idonea risultava essere la custodia cautelare, ma tale assunto poteva essere non riferibile ad altre fattispecie di reato.

Questa prende le mosse dalla considerazione per cui la legittimazione della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare va e deve essere ricercata «nel peculiare rapporto di appartenenza al sodalizio di tipo mafioso, avuto riguardo al vincolo associativo capace di permanere inalterato nonostante le vicende personali dell'associato e di mantener viva la pericolosità¹¹²».

Escluse quindi l'associazione di tipo mafioso e, per analogia, l'associazione con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico di cui all'art. 270-bis c.p., alle quali viene riconosciuto un regime differenziato, per le restanti fattispecie la Consulta ha pronunciato declaratoria di illegittimità costituzionale della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere.

¹⁰⁹ In senso cronologico: Corte cost. n. 265\2010 (per i delitti dagli artt. 600-bis, comma 1, 609-bis e 609-quater c.p.); Corte cost. n. 164\2011 (per il delitto art. 575c.p.); Corte cost. n. 231\2011(per il delitto art. 74, d.p.r. n. 309\1990); Corte cost. n.110\2012 (delitto all'art. 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p.); Corte cost. n. 57\2013 (delitti commessi avvelandosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis c.p ovvero al fine di agevolare l'attività); Corte cost. n. 213\2013(delitto art 630 c.p.); Corte cost. n. 232\2013 (delitto di cui all'art 609-octies c.p.); da ultimo Corte cost. n. 48\2015(delitto di concorso esterno in associazione mafiosa).

¹¹⁰ G. DI CHIARA, *Custodia in carcere e presunzioni assolute di adeguatezza*, dir. Pen e processo, 2010, p.1150ss.

¹¹¹ S. CARNEVALE., *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare in la riforma delle misure cautelari personali*, cit., p. 113.

¹¹² Corte cost. 12, giugno, 2017, n. 136.

Prescindendo dalla specificità delle singole decisioni è possibile evidenziare dei passi interpretativi comuni e costanti, di spiccato valore, che appaiono utili anche perché rappresentano la base su cui la nuova formulazione legislativa, della legge n. 47 del 2015, è stata forgiata.

In primo luogo, spicca, dall'analisi della giurisprudenza sopracitata, una chiara individuazione dei parametri costituzionali cui la disciplina cautelare deve conformarsi: oltre che all'art. 13 Cost., di cui la Corte evoca solo il comma 1, non richiamando il secondo, la rilevanza maggiore è stata data al comma secondo dell'articolo 27 e all'articolo 3 Cost¹¹³.

Viene sottolineato l'inequivocabile richiamo alla presunzione d'innocenza come cardine del sistema cautelare, tale da determinare una direzione ineludibile per cui le restrizioni *ante iudicium* devono essere ispirate in maniera rigorosa al principio del sacrificio minimo necessario, che non tollera essere asservito a scopi di rassicurazione sociale.

L'autentico fulcro delle pronunce è stato rappresentato dal vaglio operato dal Giudice delle leggi circa la ragionevolezza delle scelte legislative e la relativa compatibilità di queste rispetto alla fonte costituzionale, in questo senso la Corte ha compiuto una relevantissima operazione in quanto, per la prima volta, sono state vagliate scupolosamente le ipotesi inserite nel comma terzo dell'articolo 275 c.p.p. e condannate perché in violazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., in quanto repute irragionevoli l'estensioni indiscriminate della presunzione assoluta¹¹⁴.

È necessario altresì sottolineare quanto la Corte costituzionale non abbia in maniera *thanchant* ritenuto illegittima in generale la ragionevolezza della presunzione, ma ha solo sentenziato circa il carattere assoluto di questa, argomentando quanto non sia la presunzione di per sé ad essere incompatibile con i principi costituzionale di cui agli artt. 3, 12, e 27 Cost., ma il suo carattere assoluto, che nega l'operatività della regola del minor sacrificio necessario¹¹⁵.

Proprio per questa ragione le censure hanno colpito la sola presunzione assoluta di adeguatezza della misura inframuraria per i reati diversi da quelli originariamente considerati, lasciando indenne quella relativa sulla sussistenza delle esigenze.

La sentenza che ha fatto da apripista alle otto successive ha dichiarato la illegittimità parziale del comma terzo dell'articolo 275 c.p.p. in relazione ad alcuni dei delitti in materia di libertà

¹¹³ Corte cost., 21, luglio, 2010, n.265.

¹¹⁴ G. DELLA MONICA, *le presunzioni cautelari*, cit. p. 64.

¹¹⁵ L. E. PILLA, *I criteri di scelta*, cit., p.39.

sessuale¹¹⁶ e di pornografia¹¹⁷, avendo ritenuto la Corte irragionevole la presunzione assoluta perché non sorretta dalla medesima *ratio* ispiratrice dei delitti di mafia, che- come ampiamente anticipato -richiede la misura inframuraria per recidere i rapporti.

L'argomentazione della Corte nella sentenza¹¹⁸ in questione ha preso le mosse dalla considerazione per cui il regime derogatorio previsto per i delitti sessuali non era sorretto dalle medesime ragioni e giustificazioni che potevano esservi nel caso dei reati di stampo mafioso, in quanto nonostante i primi riguardassero «fatti odiosi e riprovevoli», non si escludeva che dal singolo processo fosse possibile formare «elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure» e di conseguenza possono essere tali «da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura».

Proprio in relazione all'assenza di ragione tali da giustificare la neutralizzazione della discrezionalità del giudice nella scelta della misura più adatta alle esigenze del caso concreto che il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della presunzione assoluta della misura inframuraria in relazione a tali reati, però mantenendo allo stesso tempo un regime differenziato.

A detta della Corte, ciò che renderebbe costituzionalmente inaccettabile la presunzione è il suo carattere assoluto, che si risolve evidentemente in una «totale e indiscriminata» negazione del principio del «minor sacrificio necessario», di contro la previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza, finalizzata a semplificare il procedimento probatorio, «non eccederebbe i limiti di compatibilità con i parametri costituzionali», potendo essere superabile tramite elementi probatori di segno contrario.

La Corte quindi, nella pronuncia sopra richiamata ha proceduto con la demolizione di parte del regime presuntivo, rilevando il contrasto con i principi costituzionali della sola presunzione a carattere assoluto, trasformando quest'ultima in relativa, che in quanto vincibile con l'acquisizione di elementi probatori volti a dimostrare l'idoneità di misure meno gravose, non proponeva i medesimi vizi costituzionali.

La radicale trasformazione del regime cautelare presuntivo è stata poi estesa, con argomentazione quantomeno sovrapponibili a quelle sviluppate nel leading case, ai reati di

¹¹⁶ Artt. 609-bis comma 1 c.p. ; 609-quater c.p.

¹¹⁷ Art. 600-bis comma 1 c.p.

¹¹⁸ Corte cost., 21, luglio, 2010, n.265

omicidio volontario¹¹⁹, di associazione per delinquere finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti ex art. 74 d.PR n. 309\1990¹²⁰, nonché ai reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina previsti dall'art. 12 commi 3 e 4 bis- del d.lgs. n.286\1998¹²¹ e di associazione diretta a commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p.¹²².

In particolare, con la sentenza relativa al delitto di omicidio volontario, ricalcando le considerazioni già emesse, la Corte ha evidenziato in maniera chiara quanto debba essere respinta la permanenza nel sistema di una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare unicamente basata e ancorata alla gravità dell'illecito, soprattutto se esso si sostanzia, in un «fatto meramente individuale»¹²³.

Quello che emerge dall'analisi della giurisprudenza citata, come rilevato dalla miglior dottrina, è che gli interventi costituzionali, e i punti nevralgici del percorso intrapreso dalla Corte, sono espressione di un giusto equilibrio ricercato nel rapporto tra presunzione di non colpevolezza e sistema cautelare, nonché la constatazione che anche le misure meno afflittive possono raggiungere, un livello di deterrenza ed efficacia analogo a quello della custodia cautelare¹²⁴.

Infine, il vaglio di costituzionalità ha riguardato la ragionevolezza del regime di cui al comma terzo dell'articolo 275 c.p.p in riferimento ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis c.p., oppure al fine di agevolare le attività delle associazioni di stampo mafioso.

Bisogna specificare che il vizio di costituzionalità in riferimento a tali delitti era già stato analizzato dalla Corte e dichiarato non manifestamente irragionevole in una precedente pronuncia del 1995¹²⁵, la Corte con un'altra ottica ritorna quindi, nel marzo del 2013, a vagliare la conformità del sistema rispetto ai parametri costituzionali, censurando il regime derogatorio previsto per tali reati.

Il discrimen che ha rappresentato il cambio di direzione nella decisione del Giudice delle leggi è stato rappresentato dalla considerazione relativa alla possibile estraneità dell'autore

¹¹⁹Corte cost., 12, maggio,2011, n. 164,in Giur. cost., 2011.

¹²⁰ Corte cost., 22, luglio, 2011, n.231, in Giur. cost., 2011.

¹²¹ Corte cost, 16, dicembre, 2011, n.331, in giur. cost 2011.

¹²² Corte cost., 3 maggio, 2012, n. 110, in Dir.pen.e processo, 2012.

¹²³ Corte cost., 12, maggio,2011, n. 164, in Giur. cost., 2011

¹²⁴ P. BALDUCCI, *Custodia cautelare in carcere e omicidio volontario: la Consulta elimina l'obbligatorietà*, in Dir. Pen. e processo, 2011, p.1215ss.; P. TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, Dir. Pen e processo, 2010, p. 950.

¹²⁵ Corte cost., 24 ottobre, 1995, n 450.

di tali delitti rispetto all'associazione di stampo mafioso che al contrario implica un chiaro, stabile e permanente vincolo di appartenenza con accentuate caratteristiche di pericolosità tali da giustificare l'applicazione automatica della misura più severa.

Ciò che emerge dall'argomentazione presentata è che, in altri termini, la ragionevolezza della regola prevista dal comma terzo dell'articolo 275 c.p.p. non viene rintracciata in riferimento al mero impegno del metodo mafioso o della finalità della condotta illecita all'agevolazione della compagine associativa, questi elementi infatti non potrebbero essere equiparabili, *tout court*, all'inserimento nel sodalizio criminoso, il solo elemento a cui è ricollegabile quella inidoneità di altre misure cautelari a recidere il vincolo.

Quanto detto ci porta a dover sostenere che la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere giustificata nelle ipotesi di reati associativi di stampo mafioso, data la presenza del vincolo associativo permanente, non trova ragione in ipotesi di delitti che benché siano realizzati tramite il metodo mafioso, potrebbero non presentare quel "nocciolo duro", rappresentato dal sodalizio mafioso, che si pone come elemento che connatura l'essenza del reato e impone l'applicazione della misura inframuraria.

Sulla scorta di analoghe considerazioni, anni più tardi la Corte costituzionale ha, ulteriormente, dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma terzo dell'articolo 375 c.p.p. anche con riferimento al concorso esterno in associazione mafiosa (artt. 110 e 416-bis c.p.), rilevando quanto, anche in questo caso, «manca quella adesione permanente al sodalizio criminale che è l'elemento in grado di legittimare il ricorso in via esclusiva alla misura carceraria, quale unico strumento idoneo a recidere i rapporti dell'indiziato con l'ambiente criminale di appartenenza e a neutralizzarne la pericolosità».¹²⁶

A sostegno di tale argomentazione si è inoltre osservato quanto il supporto del concorrente esterno all'associazione potrebbe anche risultare meramente episodico, o addirittura essere rappresentato da un unico contributo: elemento che renderebbe ancora meno giustificabile da un lato, la totale equiparazione del concorrente esterno all'associato, e per altro verso, l'omologazione delle diverse modalità concrete con cui il concorso esterno potrebbe manifestarsi.

È interessante evidenziare come la giurisprudenza costituzionale sia passata dal ritenere, per i reati che ruotano attorno al "contesto" mafioso, in via originaria la piena legittimità ai parametri costituzionali, proprio per la particolare struttura di questi, per poi negli anni

¹²⁶ Corte cost., 26, marzo, 2015 n.48, in Giur. cost., 2015

minuziosamente ritagliare il confine del legittimo e del non legittimo, osservando quanto il mero contesto mafioso in cui si colloca tanto la condotta criminosa del concorrente eventuale, tanto quella dell'individuo che commette reati volti ad agevolare l'associazione, non siano equiparabili al reato di associazione di stampo mafioso ex 416-bis e quindi di per sé non assoggettabili aprioristicamente al medesimo regime derogatorio.

Le considerazioni precedenti mettono in luce un elemento ricorrente nel percorso logico-argomentativo seguito dalla Corte costituzionale nelle diverse vicende, ossia che il vincolo di adesione tipico e caratteristico del reato di associazione di stampo mafioso previsto ai sensi dell'articolo 416-bis, dal quale deriva conseguenzialmente un sodalizio criminale permanente, è l'elemento in base al quale viene riconosciuta la legittimazione sul piano "empirico-sociologico" dell'adeguatezza della misura inframuraria, è l'elemento in base al quale applicando quella regola comune di esperienza il ricorso in via esclusiva alla misura carceraria appare l'unico strumento idoneo a recidere quei rapporti che l'indiziato mantiene con l'ambiente delinquenziale di appartenenza¹²⁷.

Se dunque elemento in grado di giustificare l'operatività della presunzione di adeguatezza della misura custodiale è ravvisato nel vincolo con l'associazione e nei solidi legami con questa, non ci sorprende come mai la Consulta, ravvisando connotazioni strutturali analoghe tra l'associazione di stampo mafioso e il delitto di associazione con finalità di terrorismo, anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico, previsto dall'art. 270-bis c.p. abbia dichiarato infondata la questione di illegimità costituzionale del comma terzo dell'art. 275 c.p.p.

La Corte costituzionale in una sentenza recente ha salvato da una ipotetica censura il meccanismo presuntivo in riferimento al delitto di cui all'art. 270-bis c.p., escludendo il vizio costituzionale motivando la propria decisione mediante la considerazione secondo cui «il vincolo di appartenenza del singolo all'associazione terroristica appare alla base della valutazione legislativa che considera le misure cautelari non custodiali, in primis gli arresti domiciliari, idonee a controllare la sua del tutto peculiare pericolosità»¹²⁸.

Sostanzialmente emerge che la ragione che fonda la legittimazione del regime derogatorio dell'articolo 275 c.p.p., per questa tipologia di delitti, sia la rilevata impossibilità di impedire

¹²⁷ G. DELLA MONICA, *le presunzioni cautelari*, cit. p. 69.

¹²⁸ Corte cost., 31, luglio, 2020 n. 191.

al soggetto componente dell'associazione di mantenere i rapporti e i contatti con l'associazione se sottoposto a misure diverse da quella della custodia cautelare in carcere. Nonostante emergano dunque rilevanti differenze strutturali tra le fattispecie di cui al 416-bis e al 270-bis, la Corte rinviene come elemento comune idoneo a giustificare l'applicazione del medesimo regime derogatorio delle presunzioni, la partecipazione all'uno o all'altro sodalizio criminoso in quanto equiparabile sotto il profilo della pericolosità sociale¹²⁹.

Volendo tirare le somme dell'intensa attività intrapresa dal Giudice delle leggi, perseguita con l'intento di ristabilire in ambito cautelare quella conformità ai parametri costituzionali ormai perduta, è necessario sottolineare come il cuore delle declaratorie di illegittimità sia stato rappresentato dal fatto che il giudizio sulla ragionevolezza della presunzione iuris et de iure sia stato posto in essere tramite il confronto constatato con i dati di esperienza generalizzati.

Nell'indagine in questione, i giudici, tramite un costante raffronto tra i vari delitti e il reato di associazione a delinquere di stampo mafioso, hanno vagliato la ragionevolezza o meno della sottoposizione al medesimo regime cautelare, con la lente di ingrandimento dell'*id quod plerumque accidit*, la Corte ha così proceduto a una disamina delle fattispecie, ricercando nelle loro precipue caratteristiche criminologiche l'esistenza o meno di "basi statistiche" da cui desumere l'idoneità del solo carcere a prevenire i *pericula libertatis*¹³⁰.

Tramite il costante raffronto si è voluto evidenziare la distanza, per struttura e pericolosità, dei reati oggetto del vaglio costituzionale rispetto a quello associativo di cui al 416-bis; solo tale schema di analisi, infatti, è riuscito a strappare alla presunzione assoluta anche i reati di "contiguità mafiosa".

Risulta evidente, tramite l'analisi della legge 47 del 2015, che il legislatore, dopo più di due anni di lavori parlamentari, abbia nell'intervento normativo in commento tenuto conto del sistema logico interpretativo definito dalle sentenze della Consulta e che con lungimiranza abbia anche prevenuto possibili future declaratorie di incostituzionalità¹³¹.

¹²⁹ M. MINUTILLO TURTUR, *Associazione con finalità di terrorismo: non è irragionevole la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere*, in, *Il penalista*, 2020.

¹³⁰ S. CARNEVALE., *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare in la riforma delle misure cautelari personali*, cit., p. 117.

¹³¹ Si fa riferimento ai reati di associazione a delinquere finalizzata al contrabbando di t.l.e di cui all'art 291-quater, d.p.r n 43\1973, o alle attività di cui al 260 t.u ambiente, che sono state eliminate dalle ipotesi per cui vige la presunzione assoluta di adeguatezza.

Come ampiamente specificato, la riforma del 2015 ha rappresentato un intervento organico in materia cautelare, finalizzata a riallineare il sistema ai principi sanciti dalla Costituzione e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei dritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Per il profilo che qui ci interessa la novella ha limitato il campo di applicazione della presunzione di esclusiva idoneità della custodia cautelare in carcere, intervento attuato nell'ambito del più ampio obiettivo di limitare e restringere gli spazi di applicabilità della custodia cautelare in carcere, con l'intento evidente di deflazionare l'elevatissimo carico degli istituti penitenziari¹³².

Il legislatore quindi sulla scorta delle indicazioni interpretative fornite dalla Corte Costituzionale, per un lato ha mantenuto l'operatività della presunzione assoluta della misura inframuraria per i soli delitti di associazione sovversiva (art. 270 c.p.), terroristica (art. 270-bis c.p.) e di stampo mafioso (art. 416-bis c.p.), il linea infatti con la già espressa considerazione della consulta circa la ragionevolezza della previsione stringente per queste tipologie di reati, si è fatta salva la disposizione che prevede che laddove vi siano gravi indizi di colpevolezza è da applicare la misura della custodia cautelare, salvo che non siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari.

Si è mantenuta l'operatività della presunzione assoluta, che può essere vinta solo nel caso in cui vi sia un compendio probatorio in grado di dimostrare l'insussistenza delle esigenze cautelari, per cui il giudice si troverà dinanzi all'alternativa di applicare la custodia cautelare ovvero di non applicare alcuna misura cautelare personale, visto l'impedimento a ricorrere alla propria discrezionalità.¹³³

Trasformato appare invece , per il tramite della novella, il regime applicato al restante catalogo dei reati, attraverso una conversione della presunzione originariamente assoluta in relativa.

La disposizione, infatti, prevede che in presenza di gravi indizi di colpevolezza, venga applicata la custodia cautelare, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistano esigenze cautelari, o, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con altre misure.

¹³² G. DELLA MONICA, *le presunzioni cautelari*, cit. p. 70.

¹³³ L. E. PILLA, *I criteri di scelta*, cit., p. 38.

La rimodulazione della seconda parte del comma terzo dell'articolo 275 c.p.p. ha costruito un sistema tale per cui le presunzioni, ora entrambe relative, non solo siano superabili a fronte dell'inesistenza di esigenze cautelari, ma anche nel caso in cui tali esigenze possano essere soddisfatte per il mezzo di altre misure, rimettendo nelle mani del giudice un certo grado di discrezionalità.

Quest'ultimo dovrà applicare la misura inframuraria, ma potrà ricorrere alla gradualità laddove le esigenze cautelari possano essere, adeguatamente e proporzionalmente, salvaguardate con altre, e diverse, misure cautelari personali, eventualmente alla luce della novella anche applicate cumulativamente.

La conformazione della nuova presunzione di adeguatezza della misura cautelare si atteggia secondo parte della dottrina in maniera diversa, rispetto a alla presunzione relativa concernente le esigenza cautelare, in quanto la prima opererebbe come una vera e propria presunzione relativa superabile quindi anche in assenza di una piena prova del contrario, e parrebbe quindi di più facile allegazione, al contrario la presunzione concernente le esigenze cautelari è formulata in maniera tale da ammettere esclusivamente una prova piena del contrario, e quindi di fatto parrebbe essere assimilabile ad una *iuris et de iure*¹³⁴.

In più c'è da considerare che l'introduzione della presunzione relativa in ordine all'adeguatezza della misura inframuraria ha sicuramente il merito di rendersi concretamente utile, in quanto, tramite l'allegazione di elementi finalizzati a superare la presunzione, si amplia il quadro conoscitivo del giudice, al quale sono offerti ulteriori elementi ed è consentito quindi di comprendere meglio la posizione dell'interessato e per questo applicare una misura funzionale all'esigenza concretamente proposta.

L'intervento del legislatore è stato sicuramente apprezzato non solo in relazione al fatto che si è dettata una delimitazione degli ambiti in cui può operare la presunzione assoluta di adeguatezza della misura custodiale, che come tale deve rappresentare un'eccezione ai principi generali, ma anche rispetto al fatto che è avvenuta una rilevante restituzione al giudice di quella dose di discrezionalità nella scelta della misura, consentendo così allo stesso, di applicare effettivamente i principi di proporzionalità e adeguatezza espressione diretta delle disposizioni costituzionali in tema cautelare¹³⁵.

¹³⁴ B. ANDÒ, *nota alla sentenza costituzionale 12, maggio, 2011, n.164, in, La giustizia penale, parte prima, 2011, p.215.*

¹³⁵ L. E. PILLA, *I criteri di scelta, in, Il rinnovamento delle misure cautelari: analisi della legge n 47 del 16 aprile 2015, cit., p. 38.*

Capitolo III : LA PROPORZIONALITÀ: DA PRINCIPIO GENERALE A CRITERIO DI SCELTA DELLE MISURE CAUTELARI

SOMMARIO: 1. Le origini del principio. – 2. Il principio di proporzionalità alla luce del contesto sovranazionale. – 3. La proporzionalità nella sfera cautelare: bilanciamento tra presunzione d'innocenza ed esigenze cautelari. – 3.1 Il Monito della corte EDU: la sentenza Torreggiani e le modifiche del comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p.

. *Le origini del principio.*

Il principio di proporzionalità assume nell'ambito del procedimento *de libertate* un ruolo centrale, richiamato espressamente dall'articolo 275 c.p.p., viene annoverato dal legislatore tra i criteri che guidano il giudice nella scelta della misura cautelare da applicare.

Nonostante la diretta incidenza del principio nell'ambito cautelare, limitarne l'operatività al solo procedimento penale e in particolare a un segmento eventuale di questo, non sarebbe in grado di coglierne l'essenza a tutto tondo.

Al fine di analizzarne il contenuto e le sfumature che questo porta con sé, è necessario allentare la lente di ingrandimento e proiettare il campo di analisi nella sua portata generale.

Il termine proporzionalità, in primo luogo, rileva in molteplici ambiti delle scienze, avendo costituito per esempio il fulcro del pensiero filosofico greco nel periodo presocratico, in quanto considerato criterio sistematico applicabile a tutte le manifestazioni dell'essere.

Con i dovuti adattamenti rispetto ai diversi ambiti scientifici, dall'etimologia della parola, di derivazione latina, emerge un concetto di proporzionalità che fa riferimento alla relazione intercorrente tra grandezze che siano tra loro proporzionali, indica quindi la corrispondenza di misura tra due o più elementi in rapporto reciproco¹.

Da questa definizione di portata generale, possiamo cogliere le ragioni della così tanta risonanza che il principio assume nel mondo del diritto, capace di rappresentare un criterio elementare e universale di giustizia, «la cui applicazione consiste in uno stretto rapporto di bilanciamento tra due o più elementi, la cui comparazione sia suscettibile di ponderazione

¹ Così definito da G. TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari, Problemi attuali della giustizia penale* studi raccolti da A. GIARDA, G. SPANGHER, P. TONINI., Cedam, 2017, p. 2.

e di equilibrato componimento²», tanto da occupare nella campo filosofia del diritto il posto di elemento imprescindibile dell'idea di giustizia³.

Rapportando tale definizione all'ambito del diritto, da taluni la proporzionalità è stata definita come principio di teoria generale⁴, che in ragione della sua malleabilità esprime la sua operatività in tutti i campi del diritto, dal diritto privato al diritto penale, dal diritto del lavoro a quello fallimentare a quello internazionale⁵.

Tuttavia, benché si riconosca l'ampia applicazione del principio in questione, sicuramente, anche per ragioni di natura storica, la proporzionalità trova nel campo del diritto pubblico terreno evidentemente più fertile, assumendo il ruolo di criterio interpretativo- applicativo nelle scelte intraprese e nelle misure adottate in tema di diritti fondamentali⁶.

Questa considerazione rintraccia la sua ragion d'essere nella convinzione per la quale, ogni qual volta vi sia un intervento, di natura legislativa o esecutiva, finalizzata a modificare quel bilanciamento intercorrente tra garanzie individuali ed esigenze repressive di qualsiasi natura, è indispensabile far fede a un criterio di razionalità pratica⁷, che è rappresentato proprio dal principio di proporzionalità, da taluni definito come il limite dei limiti⁸.

Così che il principio di proporzionalità è mezzo finalizzato a dettare una via per il potere legislativo ed esecutivo, nell'ambito di quel rapporto contrapposto tra libertà individuali e esercizio dei poteri statali, alla luce del compito dello stato di garantire che la libertà dei singoli sia comunque protetta quand'anche l'intervento lesivo avvenga per mano dello stesso⁹.

Indipendentemente, quindi, dall'ambito di applicazione in cui il principio rileva, ciò che si è sostenuto è che tutte le definizioni fornite, mirano a individuare una relazione tra due grandezze, con parametri di volta in volta utilizzati, che possono essere diversi: libertà

² A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, V, Milano, 2006, p. 4643.

³ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 164.

⁴ A. SANDULLI, *Proporzionalità*, cit., p.4644.

⁵ A. SANDULLI, *Proporzionalità*, cit., p.4644.

⁶ G. UBERTIS, *sistema di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2023, p.238.

⁷ R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, p. 1157.

⁸ D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato Giurisdizionale nel diritto amministrativo*, per il quale la proporzionalità tocca i "cosiddetti limiti alle limitazioni ai diritti fondamentali", Milano, 1998, p. 24.

⁹ D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato Giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., p. 11-12.

sacrificata da un lato e vantaggi generali per la collettività o strumento utilizzato ed obiettivo perseguito¹⁰.

Quanto detto ci porta a ritenere che il principio in questione, in un'ottica generale, consista nel prevedere che qualsiasi misura interferisca con un diritto fondamentale dell'individuo deve risultare proporzionata; quindi, in grado di perseguire il fine prefissato, recando il minor sacrificio possibile a coloro che ne subiscono gli effetti¹¹.

La qualificazione del principio in questi termini, come canone di legittimazione dell'uso dei poteri statali, è del tutto in linea con la nascita del principio, il quale pur avendo origini storiche remote, viene pacificamente ricondotto alla dottrina tedesca della seconda metà dell'Ottocento.

Utile per comprendere il senso originario e la nascita del principio come canone limitativo dell'uso dell'esercizio statale è la metafora ricorrente nella manualistica centro-europea, che ne rappresenta il fulcro, secondo cui: la polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni¹². L'espressione ormai nota, anche con riferimento alla dottrina amministrativa, sta a significare quanto, «le limitazioni alla libertà individuale non devono mai superare la misura di quanto appaia assolutamente necessario. Il mezzo più incisivo deve essere l'ultima ratio e gli interventi lesivi della polizia non devono risultare sproporzionati».¹³

Nonostante secondo taluni il principio sia di matrice pretoria, l'utilizzo inedito di questo nel campo giurisprudenziale viene comunemente ricondotto alla sentenza Kreuzberg, emessa nel 1882 dal Tribunale superiore amministrativo prussiano¹⁴, con la quale il tribunale rilevò l'illegittimità di un atto di forzosa chiusura di uno spaccio proprio ritenendo che l'autorità di polizia avrebbe dovuto adottare un provvedimento meno lesivo per il trasgressore.

Nel tempo poi il principio venne utilizzato anche in altre due sentenze¹⁵ da parte del Tribunale prussiano, come criterio interpretativo finalizzato a valutare se le misure adottate dalla polizia fossero conformi all'obiettivo perseguito.

¹⁰ D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato Giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., p. 15.

¹¹ A. SANDULLI, *Proporzionalità*, cit., p.4643.

¹² F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, p.354.

¹³ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, p.226.

¹⁴ PrOVG, 14 giugno, 1882, in *Die Rechtgrundsätze des Königlich Preussischen Oberverwaltungsgerichts*, Berlino, 1888, p.138.

¹⁵ PrOVG, 10 aprile 1886 p. 424; PrOVGE 3 luglio 1886 p.426.

Emerge dall'analisi dell'applicazione del principio di proporzionalità in Germania, che da un utilizzo sporadico del principio, ad opera del giudice amministrativo, come istituto generale del diritto di polizia, si è poi giunti a una consacrazione della proporzionalità a livello costituzionale, avendo rinvenuto i fondamenti del principio all'interno della *Grundgesetz*, rintracciando le basi di questo tanto nel concetto di stato di diritto, tanto nell'essenza stessa dei diritti fondamentali¹⁶.

L'evoluzione del principio, dalle radici originarie tedesche del XIX secolo si è poi sviluppata preliminarmente tramite il recepimento dello stesso da parte degli ordinamenti di lingua tedesca come la Svizzera e l'Austria, per poi giungere anche in altri paesi a sistema amministrativo come la Francia e il Belgio, per poi divenire per il tramite della giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea principio generale dell'ordinamento comunitario.

Prima, quindi, di analizzare come il principio operi nell'ambito del procedimento penale, da taluni definito come sede per eccellenza del principio¹⁷, vista l'eterna tensione fra libertà del singolo e autorità dello stato e nello specifico come uno dei criteri di scelta delle misure cautelari personali, è opportuno e necessario interrogarci circa il contenuto del principio e nello specifico far riferimento alla cosiddetta teoria dei tre gradini.

La teoria in questione, sviluppata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca, ha il pregio di spiegare ed evidenziare i passaggi fondamentali e consequenziali che contraddistinguono la valutazione di proporzionalità.

Gli elementi che compongono il principio rappresentano i passaggi logici attraverso cui il controllo di proporzionalità si deve articolare, come se rappresentassero dei segmenti di un test finalizzato a formalizzare lo standard di proporzionalità necessario nei vari ambiti in cui questo rileva.

Il test di proporzionalità, che opera tramite la scomposizione del principio in parola in tre elementi costitutivi, ci consente di valutare il concetto di proporzionalità e assicurarne un'applicazione coerente e lineare¹⁸ da parte sia del legislatore con riguardo a scelte che vadano a modificare il bilanciamento delle garanzie individuali ed esigenze repressive, sia

¹⁶ G. TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, cit., p. 28.

¹⁷ M. CAIANIELLO, *IL principio di proporzionalità del procedimento penale*, in *dir, pen, cont- riv. Trim. 2014*, n. 3-4, p. 162.

¹⁸ F. ZACCHÈ, *L'applicazione delle misure cautelari personali e principio di proporzionalità*, in, *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, Giuffrè, Milano, 2018., p. 63.

dei giudici quando sono chiamati ad applicare misure restrittive delle libertà o a controllarne la correttezza, sia infine da parte della Corte costituzionale quando questa sia chiamata a sindacare la legittimità dei provvedimenti normativi¹⁹ incidenti sui diritti fondamentali.

Dunque, è pacifica la constatazione per cui il principio di proporzionalità e il relativo test finalizzato alla sua valutazione sia scomposto in tre diversi elementi: l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto.

Il primo di questi, in ottica consequenziale, è l'idoneità (*Geeignetheit*), concetto che sottende una valutazione circa il rapporto tra il mezzo impiegato e il fine che si intende perseguire, si tratta quindi di valutare la capacità del mezzo applicato a realizzare il fine prefissato.

La valutazione in questione è chiaramente una valutazione *ex ante* e di tipo funzionale²⁰, in quanto si basa sulla considerazione secondo cui se la misura da applicare si rivelasse, preliminarmente e in astratto, già inadatta a realizzare il fine auspicato, allora la restrizione del bene risulterebbe quanto meno ingiustificata.

Tra l'altro, il giudizio rispetto all'elemento dell'idoneità è stato letto come se implicasse che anche lo stesso scopo, perseguito con l'adozione della misura o dello strumento, debba essere esso stesso legittimo, ossia conforme ai principi espressi nella Costituzione e nelle Carte Internazionali, in quanto l'illegittimità dell'obbiettivo non giustificerebbe l'impiego di alcun mezzo bloccando alla radice lo scrutinio di proporzionalità²¹.

Ovviamente, in quanto valutazione da operare *ex ante*, questa potrebbe implicare un certo margine di errore rispetto allo sviluppo degli eventi, avendo come conseguenza che una misura valutata *ex ante* come adatta, possa poi, a fronte di una valutazione *ex post*, non risultare più idonea rispetto al fine perseguito.

In relazione all'obbiettivo perseguito parte della dottrina²², nell'analisi del primo degli elementi costitutivi della proporzionalità, ha rilevato quanto non sia necessario né che il fine perseguito venga raggiunto appieno, essendo sufficiente anche un raggiungimento parziale, né che il mezzo utilizzato alla luce della valutazione apportata risulti il migliore possibile o il più adatto, essendo sufficiente che apporti un contributo allo scopo prefissato.

¹⁹ C. cost., 27 febbraio 2015 n.23 ; nonché C.cost., 13 Gennaio 2014 ,n. 1. Nelle quali la Corte fa esplicito riferimento al test di proporzionalità.

²⁰ G. TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, cit., p. 30.

²¹ F. ZACCHÈ , *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, cit., p. 65.

²² Così D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato Giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., p. 16-17.

Se quindi l'idoneità, come primo tassello del test di proporzionalità, concerne una valutazione astratta e preliminare, il requisito della necessità (*Erforderlichkeit*), dal canto suo, presuppone che il mezzo impiegato sia concretamente indispensabile, ossia si ponga, tra tutte le opzioni astrattamente idonee a soddisfare quello specifico scopo, come il mezzo meno gravoso per i diritti sacrificati²³.

In altri termini la necessità sarebbe quantomeno soddisfatta fintantoché, tra tutti i mezzi astrattamente idonei a raggiungere l'obiettivo auspicato, venisse utilizzato quello che tra tutti comporta la minor restrizione degli interessi in gioco, che quindi venga scelta quella misura che consenta la soddisfazione dell'interesse pubblico con le minori conseguenze negative per il privato²⁴.

Chiaro è che tale valutazione da operarsi in concreto avverrà solo nel caso in cui l'ordinamento disponga di plurimi strumenti per la realizzazione dello scopo desiderato, questo secondo gradino del test di proporzionalità, infatti, non verrebbe in gioco qualora non vi siano alternative tra i mezzi da utilizzare.

«Sparare ai passeri con il cannone», utilizzando la famosa metafora, potrebbe anche rappresentare il mezzo astrattamente più idoneo ma non per questo indispensabile e necessario al raggiungimento del risultato volto a sopprimerli²⁵; al contrario, se questo fosse unico e non vi fossero alternative presentate dall'ordinamento, allora l'unico mezzo idoneo parrebbe, allo stesso tempo, anche quello necessario²⁶.

Ne consegue quindi che al fine di stabilire in concreto se il mezzo, precedentemente valutato come idoneo, una volta applicato sia anche necessario è indispensabile una valutazione *ex post* e in concreto: non sarebbe infatti possibile stabilire in modo astratto se un mezzo abbia la stessa efficacia di un altro in riferimento alla capacità di ledere e sacrificare i diritti della parte privata confliggenti.

L'elemento della proporzionalità in senso stretto (*Angemessenheit*), ultimo dei tre gradini del test, è sicuramente quello che più degli altri è da valutare assumendo l'angolazione del potere: infatti questa «si erige a misuratore del grado di soddisfazione -o di minor

²³ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit., p. 225.

²⁴ G. TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, cit., p. 30.

²⁵ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit., p. 226

²⁶ Così D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato Giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., p. 17.

compressione- degli interessi meritevoli di tutela e, in particolare, degli interessi dei deboli, per quanto riguarda l'aspetto del giusto equilibrio in sede di bilanciamento²⁷».

Tale elemento implica, al contrario dei due precedenti, una proporzione fra mezzo, fine e interessi meritevoli di tutela.

Si tratta di una valutazione che viene attuata tramite una comparazione che si basa sull'idea per cui più una misura è incisiva della sfera giuridica del singolo, più dall'altro lato, dovrà essere rilevante e significativa l'interesse generale della collettività perseguito con quella misura limitativa del diritto fondamentale.

In altri termini, la compressione dei diritti fondamentali dovrà essere giustificata dalla soddisfazione di un interesse generale particolarmente rilevante, come in una bilancia a due piatti, il peso attribuito alla compressione dei diritti non potrà trovare ragione nella soddisfazione di un interesse generale il cui peso sia minore e quindi non in grado di giustificare la suddetta limitazione.

Con la conseguenza che se tra i "pesi" attribuiti rispettivamente al sacrificio del diritto coinvolto e all'interesse collettivo soddisfatto vi sia una sproporzione tale da determinare che la compressione ne pregiudichi l'essenza, allora i pubblici poteri dovranno comunque astenersi dall'adottare la misura oggetto della valutazione comparativa²⁸.

L'ago della bilancia del principio di proporzionalità in senso stretto quindi dovrà sempre pendere verso un necessario bilanciamento ed equilibrio degli elementi sottesi: paradigmatico, in materia, è il noto caso di declaratoria di illegittimità costituzionale²⁹ del § 14 comma 3 della legge sulla sicurezza dell'aria dell'11 gennaio 2005, in relazione al quale il Tribunale costituzionale tedesco, proprio tramite un'argomentazione basata sull'elemento della proporzionalità in senso stretto, ha risolto la questione.

La norma oggetto del vaglio prescriveva la possibilità di abbattere un aeroplano civile dirottato qualora, in base alla situazione, si potesse ritenere che questo venisse impiegato contro la vita di esseri umani e che tale azione potesse costituire l'unico mezzo per scongiurare tale pericolo.

Chiaro è che alla norma in questione sottende un conflitto tra il diritto alla vita delle potenziali vittime d'un attentato terroristico e il diritto alla vita delle persone a bordo

²⁷ A. SANDULLI, *Proporzionalità, cit.*, p.4646.

²⁸ D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato Giurisdizionale nel diritto amministrativo, cit.*, p. 20.

²⁹ BverfG, 15 febbraio 2005, 1 BvR 357\05, § 121.

dell'aereo: il Tribunale costituzionale ha dunque proceduto con la censura, argomentato quanto il bilanciamento dovesse essere a favore della tutela della dignità umana, qualificandolo come intollerabile il sacrificio della stessa.

Emerge dal commento della dottrina italiana sul tema³⁰ che l'elemento considerato dal giudice delle leggi tedesco è stato basato sulla considerazione per la quale il valore attribuito alla dignità umana non consente di giustificare un così ampia limitazione per la soddisfazione di un interesse collettivo, perché così facendo il potere pubblico avrebbe pregiudicato l'essenza della dignità umana facendo dei passeggeri un semplice oggetto dello Stato.

Ciò che viene evidenziato è quanto l'elemento della proporzionalità in senso stretto, implicando una comparazione tra il valore degli interessi sacrificati e quelli soddisfatti, non trovava nell'interesse collettivo una importanza tale da poter giustificare il sacrificio così dirompente della vita umana.

Volendo tirare le fila, è bene considerare che nella realtà, il passaggio dall'uno agli altri gradini del test si svolge in modo fluido, in quanto, benché concettualmente ogni gradino costituisca una tappa separata dalla precedente, in realtà sono comunque parte di un unico sistema dinamico caratterizzato da interdipendenze e interferenze³¹ reciproche.

Inoltre, è proprio questo tratto di interdipendenze che definisce l'essenza del test: se una misura non fosse capace di perseguire quel fine prefissato in astratto, allora non occorrerebbe procedere con la valutazione degli altri elementi o, al contrario, ove lo strumento si mostrasse idoneo il suo utilizzo potrebbe comunque non soddisfare il requisito della necessità.

Comunque, è bene evidenziare che, nonostante l'ordine dei tre gradini sia frutto di un processo logico e consequenziale, che risponde ad esigenze di carattere razionale, non deve essere letto in termini assoluti, in quanto talvolta la stessa valutazione rispetto alla proporzionalità potrebbe prendere le mosse e terminare con il vaglio di proporzionalità in senso stretto, come solitamente avviene nel campo del diritto processuale penale³².

A fini di completezza è bene sottolineare quanto, proprio in linea con quella dottrina che considera il procedimento penale luogo nel quale il principio di proporzionalità esprime la

³⁰ In particolare si veda per un'analisi della sentenza della Corte costituzionale tedesca, cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit., p. 257.

³¹ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit., p. 226, il quale rileva sulla scorta di R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, 1994, trad. it., Bologna, 2012, p. 134 – come “i tre test abbiano tutti in comune l'obiettivo di rendere ottimale la scelta” p. 225.

³² F. ZACCHÈ, *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, cit., p. 68

sua più rilevante portata, si è evidenziato quanto la specifica materia dei criteri di scelta delle misure cautelari rievochi costantemente il test di proporzionalità così come strutturato sulla base della teoria dei tre gradini.

Alla dottrina più attenta³³, infatti, non è sfuggito quanto, nonostante l'articolo 275 c.p.p. menzioni esplicitamente, nel secondo comma, il principio di proporzionalità, in realtà tutti i passaggi disciplinanti i criteri di scelta e quindi l'intero articolo sia sovrapponibile al test congegnato dalla dottrina tedesca.

Proponendo quindi un parallelismo tra la struttura della disposizione di cui all'articolo 275 c.p.p. e la conformazione tradizionale del canone della proporzionalità ritroviamo delle evidenti similitudini.

In primo luogo, il comma 1 dell'articolo in questione, nel richiedere che la scelta della misura tenga conto della natura e del grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso di specie, evoca chiaramente il "gradino" dell'idoneità di matrice tedesca, intesa questa come capacità in astratto della misura impiegata a raggiungere il fine prefissato³⁴.

Richiamando quindi quella valutazione *ex ante* ed astratta rispetto alla idoneità della misura cautelare a soddisfare la specifica esigenza.

Il terzo comma invece, con l'intento di scongiurare qualsiasi automatismo, indica il criterio di gradualità come ulteriore canone guida per l'applicazione della misura imponendo la regola della minore offensività o della stretta necessità³⁵, in virtù della regola per cui la custodia cautelare rappresenta *l'extrema ratio*.

Anche tale elemento richiama il test di proporzionalità tedesco e in particolare si ricalca il segmento della necessità, secondo il quale a parità di efficacia dovrà essere scelta sempre la misura meno afflittiva³⁶, e in netta corrispondenza il legislatore italiano ha previsto che l'applicazione della custodia cautelare, che presuppone il grado di incisività maggiore rispetto alla libertà personale sia applicata solo nel caso in cui le altre misure, anche applicate cumulativamente, non risultino adeguate.

Infine, il principio di proporzionalità, sancito all'interno del comma 2 dell'articolo 275 c.p.p. che parametrerà la scelta della misura in relazione al trattamento sanzionatorio finale, e quindi

³³ Si fa riferimento alle considerazioni di M. CAIANIELLO, *IL principio di proporzionalità del procedimento penale*, cit., p. 151., G. TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, cit., p. 30.

³⁴ G. TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, cit., p. 34.

³⁵ Secondo Cass. Sez. III, 19 febbraio 1998, Russo, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 977, nell'articolo 275 è fissato il principio di stretta necessità delle misure, seppur non esplicitamente enunciato.

³⁶ M. CAIANIELLO, *IL principio di proporzionalità del procedimento penale*, cit., p. 151

alla gravità del fatto e della pena che irrogata o che si intende irrogare, richiama chiaramente la valutazione discrezionale del canone che viene definito dalla dottrina tedesca come proporzionalità in senso stretto.

Come precedentemente accennato, tale segmento del concetto generale di proporzionalità richiede, anzi impone, un bilanciamento fra la restrizione che subisce l'individuo nelle sue prerogative e il valore del fine perseguito dal pubblico potere nell'esercizio della sua particolare funzione, in modo tale che i diritti fondamentali del singolo non sia compressi in maniera intollerabile³⁷.

Il concetto si riferisce alla necessità che tale valutazione ponga in comparazione l'intensità dell'intervento del pubblico potere sulla sfera del singolo, che nel caso delle cautele riguarda l'afflittività della misura cautelare ed il "peso specifico" dell'obbiettivo perseguito dall'esercizio del potere, richiedendo dunque una proporzionalità con il fine ultimo che è quello preventivo.

1. *Il principio di proporzionalità alla luce della giurisprudenza sovranazionale e nazionale*

Nella storia del principio di proporzionalità, parte del merito rispetto alla sua evoluzione è sicuramente da ricondurre all'elaborazione e applicazione che di questo è stato fatto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La proporzionalità, infatti, è assurta a principio generale del diritto comunitario, divenendo parametro per la valutazione della legittimità degli atti comunitari rispetto agli obbiettivi cui l'azione comunitaria è orientata.

È stato recepito dal diritto giurisprudenziale comunitario divenendo un sovra-principio, assumendo il ruolo di base fondante dell'intera costruzione giuridica dell'Unione³⁸, una chiave di lettura e di applicazione degli altri diritti fondamentali riconosciuti dal sistema europeo³⁹.

³⁷ M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità del procedimento penale*, cit., p. 151

³⁸ G. TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, cit., p. 18.

³⁹ M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità del procedimento penale*, cit., p. 149.

Dato lo spiccato valore che il principio ha assunto nell'ambito comunitario e parallelamente nell'ambito internazionale, è allora necessario analizzare preliminarmente la fisionomia che questo ha assunto a livello generale per via della interpretazione delle corti richiamate, per poi poter calare l'oggetto dell'analisi sul piano processualpenalistico, essendo così in grado di coglierne appieno i relativi aspetti.

Anche perché dato da tener strettamente in considerazione è la crescente europeizzazione della intera area penale, che ha sicuramente incentivato l'espansione del principio di proporzionalità anche nell'ordinamento italiano.

Il ragionamento alla base si fonda sulla considerazione per la quale tutto il diritto europeo individua come elemento centrale nel rapporto autorità- individuo e, per la verità, anche in quello tra potere centrale e potere degli Stati membri il canone di proporzionalità, e operando in posizione di superiorità sul diritto nazionale di rango legislativo ordinario è chiara l'incidenza che questo ha assunto nel settore penale e in particolare in quello processuale.

Il primo richiamo al concetto oggetto di studio nell'ambito comunitario è, secondo la dottrina, riconducibile alla sentenza *Fédération Charbonnière* del 1956, nella cui motivazione la Corte di giustizia dell'allora Comunità europea constatava che ogni reazione dovrebbe sempre «risultare commisurata all'importanza dell'atto illecito»⁴⁰.

Fu la prima occasione nella quale la Corte fece riferimento alla necessità che qualsiasi misura lesiva o limitativa di un diritto tutelato della comunità europea dovesse essere intrapresa sul presupposto che fra i diversi mezzi idonei si qualificasse come la meno lesiva.

Il principio sarà poi richiamato dalla giurisprudenza successiva soltanto implicitamente, per poi ritornare protagonista in una ulteriore rilevante sentenza⁴¹ pochi anni dopo, nella quale la Corte affrontò il tema delle origini del principio, rilevando per un verso che questo potesse essere annoverato fra i principi generali facendo riferimento alla giurisprudenza pregressa, e per altro verso che potesse essere ulteriormente ricondotto all'art 40 § 3, del Trattato CEE all'epoca vigente, anche se tale riferimento determinava una limitazione all'operatività del principio i soli obiettivi differenti da quelli sanciti nell'articolo 39 del trattato in parola.

Sulla scia di tale sentenza venne intrapreso dalla dottrina un ampio dibattito circa il fondamento del principio di proporzionalità, affermandosi l'opinione per la quale il principio rappresentava una manifestazione delle garanzie dello stato costituzionale di

⁴⁰ Corte Giust. Com. eur., 29 novembre 1956, C-8\55, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta autorità*.

⁴¹ Corte Giust. Com. eur., 17 dicembre 1970, c-11\70, *internationale Handelsgesellschaft*.

diritto⁴², nel quale il parametro di legittimità da rapportare alla selezione dei mezzi utilizzati per l'intervento del pubblico potere nella sfera individuale era proprio rappresentato dalla proporzionalità che si rapporta e dialoga con l'interesse collettivo auspicato⁴³.

Emerge quindi dall'evoluzione del principio che l'applicazione ha sempre riguardato, nell'ottica generale, un parametro relativo all'esercizio dei poteri pubblici, comunque espliciti, interferenti con i diritti fondamentali, evocando la sua rilevanza nell'ambito del diritto pubblico.

Da questa interpretazione di natura giurisprudenziale si è poi assistito alla proclamazione inedita del principio di proporzionalità al livello europeo con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht all'articolo 3B che statuiva, limitando l'operatività del principio alla sola attività degli organi comunitari, che «l'azione della comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato»⁴⁴ per poi trovare ai giorni nostri fondamento nell'articolo 5 TUE- oltre che dal relativo Protocollo n.2-.

L'articolo in questione, oltre a sancire quanto l'esercizio delle competenze dell'Unione debba essere fondato sul rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, specifica nel § 4 proprio che in virtù del principio di proporzionalità «il contenuto e la forma dell'azione dell'unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati». Benché l'articolo sopraccitato faccia riferimento a una sfera del diritto ben lontana dal mondo processuale penale, e quindi evidentemente distante dall'analisi dell'operatività del principio di proporzionalità nell'ambito cautelare, il richiamo a tale articolo appare utile per comprendere il nocciolo duro del concetto in questione.

La proporzionalità infatti in ottica generale, indipendentemente dalla branca del diritto cui facciamo riferimento, evoca un elemento generale: qualsiasi misura, strumento o intervento posto in essere deve essere modellato sulla base dell'obiettivo perseguito.

Conseguenza diretta è che la forma e il contenuto dell'intervento devono essere determinati tenendo conto dell'incidenza che questi hanno rispetto agli interessi contrapposti, in altre

⁴² Per il concetto di stato di diritto si veda: L. FERRAJOLI, *Lo stato di diritto fra passato e futuro*, P. COSTA- D. ZOLO (a cura di), *Lo stato di diritto, Storia, teoria, critica*. Feltrinelli, Milano, 2002, p. 349; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol I, Giuffrè, Milano, 1950, p.66.

⁴³ Tale rapporto è evidenziato da G.AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 385.

⁴⁴ Secondo D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato Giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., pp. 76-77, sulla base di tale disposizione, il principio rivestiva il rango costituzionale per due vie, per un verso come parametro d'azione in quanto principio generale del diritto comunitario, dall'altro in relazione all'azione attuata dagli organi comunitari, in quanto espressamente menzionato nel Trattato.

parole, vi deve essere un rapporto di congruenza e graduazione tra strumenti e risultato da raggiungere⁴⁵.

Oltre che nel Trattato dell'Unione europea il principio di proporzionalità assume centralità anche all'interno della Carta di Nizza, soprattutto a seguito dell'ottenimento da parte di questa del medesimo valore dei trattativi così come sancito con il Trattato di Lisbona (art. 6 T.U.E). .

Nella carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, norma relevantissima in questo tema, è rappresentata dalla disciplina contenuta dell'articolo 52§ 1, che proprio in riferimento all'ambito delle possibili limitazioni all'esercizio dei diritti sanciti dall'Unione, specifica che tali limitazioni, concettualmente eccezionali, possano essere operate solo nel rispetto di talune condizioni che evocano il concetto di proporzionalità.

La prima condizione richiesta dalla disposizione in questione concerne il necessario rispetto, quand'anche il diritto subisca una restrizione, del suo contenuto essenziale, così da determinarne il solo sacrificio necessario.

Si richiede quindi, in altre parole, che la eventuale limitazione di quel diritto o di quella libertà che nel sistema europeo trovano massima tutela, possa avvenire fintantoché, quantomeno, il loro contenuto essenziale permanga.

Accanto a questa prima condizione, che persegue evidentemente l'obiettivo di voler arginare la possibilità di un sacrificio eccessivo e quindi non necessario dei diritti, è accostato un secondo requisito che rimanda allo scopo che deve perseguire la limitazione in questione. Ad essere richiesto infatti è che l'eventuale intervento, interferente con il diritto, risponda «effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere diritti e libertà altrui», sostanzialmente quindi l'articolo 52 § 1 detta una indicazione anche rispetto allo scopo perseguito dalla limitazione del diritto, non lasciando campo libero, ma richiedendo strettamente che l'obiettivo sia legittimo in quanto rispondente alle esigenze prescritte.

Infine, le limitazioni in questione dovranno risultare strettamente “necessarie”; tale concetto si riferisce al fatto che le restrizioni dei diritti dovranno essere attuate con il mezzo che si qualifica come il meno pregiudizievole tra quelli presenti nell'ordinamento, perché se vi saranno strumenti alternativi meno lesivi del diritto in grado di assicurare il

⁴⁵ R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in, *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano , 2015, p.13.

medesimo risultato allora la limitazione non potrà dirsi necessaria e quindi non conforme al dettato dell'articolo 52§1⁴⁶.

Dalla presente descrizione emerge la chiara struttura del test di proporzionalità definito all'interno dell'articolo, che ricalca chiaramente l'evoluzione del modello interpretato dalla Corte di Giustizia, ma ancora prima, quello originario della Corte costituzionale tedesca costituito dal vaglio composto dai “tre gradini”.

Il riferimento al modello del triplice vaglio proprio del test di proporzionalità è rintracciabile infatti nell'articolo oggetto di esame, in quanto da un lato si fa riferimento alla necessità della idoneità astratta della misura a perseguire un determinato fine, elemento che richiama evidentemente il concetto di Idoneità, per altro verso si fa riferimento alla sua indispensabilità concreta a raggiungere quello specifico scopo, condizione che evoca il requisito della necessità e infine la necessità della giustificabilità del sacrificio che essa impone ai diritti e alle libertà individuali, condizione che meglio di tutti rappresenta il segmento della proporzionalità in senso stretto⁴⁷.

Il concetto di proporzionalità così come delineato all'interno della disposizione della Carta di Nizza si qualifica come strumento di rilevanza fondamentale nell'universo del diritto europeo, quasi come manifesto di quella legalità di tipo teleologico caratteristica di un diritto come quello in questione, costruito sulla base di una stratificazione ed evoluzione di principi. È dunque la natura propria del diritto europeo, che nell'ambito delle questioni attinenti alla tutela dei diritti e alle eventuali limitazioni di questi che si impone un'opera di ponderazione degli interessi in gioco, da attuare tramite un processo razionale e suscettibile di controllo che è proprio rappresentato dal test di proporzionalità.

Un aspetto da non sottovalutare riguarda il margine di operatività del principio di proporzionalità: è indubbio che preliminarmente questo si riferisca alla scelte del legislatore eurounitario, sottoposte al controllo della Corte di Giustizia, ma va sottolineato e non trascurato che il test di proporzionalità assume un ruolo incisivo anche e soprattutto nel momento applicativo del diritto dell'Unione europea da parte dei giudici nazionali, quindi quando venga a qualificarsi una vera e concreta vicenda giudiziaria.

⁴⁶ R. E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale Europea*, Giuffrè, Milano, V ed., 2022, p. 92

⁴⁷ R. E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p93.

Emerge ancora una volta quindi quanto il concetto di proporzionalità assuma ruolo centrale rispetto a interventi che incidano sul godimento dei diritti fondamentali, come canone di interpretazione e applicazione del legittimo intervento.

La disciplina dell'articolo 52,§1, Carta dir. fond. UE, deve essere poi letta per quanto riguarda la "libertà dagli arresti", unitamente all'articolo 6 della stessa Carta, in quanto quest'ultima disposizione, al contrario di quanto avvenga nella sovrapponibile disposizione dell'articolo 5 comma 1 CEDU, che tutela il "diritto alla libertà e alla sicurezza" definisce la disciplina della tutela della libertà personale in chiaro allineamento con il principio di proporzionalità in senso lato.

Dalla lettura in combinato disposto dell'articolo 52 e dell'articolo 6 della Carta dir. Fond. Ue, emerge quanto nella disciplina relativa alla libertà personale, possano essere disposte privazioni solo quando venga rispettato quel nucleo intangibile, e a patto che risulti strettamente necessaria al perseguimento di un interesse collettivo e generale o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui⁴⁸.

Quanto detto ci porta a rilevare quanto il diritto europeo appaia pervaso dal principio di proporzionalità, che non è solo limitato al campo dei diritti inviolabili sanciti dalla costituzionale, ma seguirà di pari passo l'espansione dell'area di influenza delle fonti dell'unione⁴⁹.

A partire infatti dalla nota sentenza Akerberg Fransson⁵⁰, la Corte di giustizia ha imposto che l'applicazione da parte del giudice nazionale di leggi interne recettive del diritto dell'unione comporta l'obbligo di far fede e applicare anche le fonti primarie dell'unione, tra cui in particolare la Carta dei diritti.

Conseguenza diretta, per il tema che qui rileva, è che tutte le volte in cui sarà necessario applicare una norma recettiva del diritto europeo, tanto di natura sostanziale, tanto di natura processuale, allora il giudice sarà obbligato ad applicare il test di proporzionalità, anche al di là dei soli ambiti dei diritti inviolabili riconosciuto dalla nostra Costituzione⁵¹.

Volendo tirare le somme delle considerazioni emesse fino a qui, rileviamo dunque, che lo sviluppo del diritto europeo abbia prodotto un'elevazione del principio di proporzionalità all'interno del diritto processuale penale, operando il canone in esame tutte le volte in cui

⁴⁸ F. ZACCHÈ, *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, cit., p. 50.

⁴⁹ M. CAIANIELLO, *IL principio di proporzionalità del procedimento penale*, cit., p.148.

⁵⁰ Corte. Giust. UE . 26 febbraio 2013, C-627\10.

⁵¹ M. CAIANIELLO, *IL principio di proporzionalità del procedimento penale*, cit., p.148.

debba essere applicata una disciplina di derivazione Europea che implica l'esercizio da parte dello stato di poteri autoritativi nella sfera individuale⁵²

La proporzionalità non assume solo un ruolo centrale nei rapporti tra esercizio del pubblico potere e tutela dei diritti degli individui nell'ambito della sfera del diritto comunitario, ma la stessa assume un ruolo significativo anche nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

All'interno della Convenzione e per mezzo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo la proporzionalità infatti è assunta a rango di principio non esplicitamente menzionato ma desumibile implicitamente da molteplici disposizioni, operando sia come limite al margine di apprezzamento⁵³ riconosciuto a gli stati membri del consiglio d'Europa nel recepimento dei diritti e delle libertà sanciti dalla carta di Roma, sia come parametro di valutazione rispetto la legittimità delle misure adottate da gli stati membri che si qualificano come interferenti in senso negativo rispetto ai diritti tutelati dalla Convenzione medesima.

Al contrario del sistema europeo, la CEDU non menziona specificamente il principio in questione, e benché la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ne faccia spesso riferimento parte della dottrina si è interrogata circa la reale operatività del concetto in questione e se dunque il richiamo giurisprudenziale non sia invece una mera enunciazione del principio senza conseguenze effettive sul piano del controllo giurisprudenziale operato, ma al più orientata a dover rintracciare un rapporto di corrispondenza biunivoca⁵⁴ tra la piccola e la grande Europa anche a livello interpretativo.

Come già rilevato, nonostante la Convenzione, non menzioni in maniera espressa il principio di proporzionalità questo viene desunto, tramite una operazione esegetica, dall'espressione utilizzata in ciascun comma 2 degli articoli 8, 9, 10,11 della CEDU.

Infatti, nella proclamazione di ciascun diritto garantito dagli articoli richiamati, vengono autorizzate forme di compressione dei diritti fintantoché queste soddisfino oltreché il requisito della legalità e della legittimità degli scopi perseguiti anche il requisito della "necessità in una società democratica"⁵⁵.

⁵² M. CAIANIELLO, *IL principio di proporzionalità del procedimento penale*, cit., p. 150.

⁵³ Si fa riferimento alla dottrina "del margine di apprezzamento" in *Riv. Ita. Dir. Pub. Com.*, 1990, 3-4, p.740.

⁵⁴ Secondo D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato Giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., p. 73

⁵⁵ F. ZACCHÈ, *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, cit., p. 56.

In altri termini il fondamento del principio di proporzionalità nell'ambito della CEDU viene pacificamente ricolto alla previsione per cui, nell'ambito del diritto al rispetto della vita privata e in materia di libertà di associazione e riunione, eventuali misure limitative dei diritti siano all'interno di una società democratica necessarie al soddisfacimento di un interesse collettivo e generale.

Per di più la medesima espressione, alla quale riconduciamo quindi il fondamento implicito del principio di proporzionalità, viene utilizzata nell'articolo 2 comma 3 Prot n.4 CEDU in materia di libertà di circolazione, ma non anche rispetto all'articolo 5 della CEDU in materia di "tutela della libertà e sicurezza".

Non si può tralasciare infatti, che l'articolo 5 CEDU, al contrario delle disposizioni soprariamate, non individua come condizione finalizzata a giustificare il sacrificio della libertà personale la "necessità in una società democratica", non includendo quindi alcuna formula che possa rimandare al canone della proporzionalità nei casi di misure limitative la libertà personale.

Il silenzio evidenziato, soprattutto se confrontato con la disciplina contenuta nell'articolo 2 comma 3 Prot n.4, che al contrario prevede il requisito della necessità, è stato letto da parte della dottrina come giustificato sulla base dell'assunto secondo cui per alcune tipologie di privazioni dell'*habeas corpus*, si fa riferimento a quella contemplata dalla lett. A dell'art 5 comma 1 Cedu, il "test di necessità risulterebbe quasi inappropriato"⁵⁶.

Se quindi si aderisse a tale tesi, che vede come non operante il principio di proporzionalità quantomeno in riferimento alla prima ipotesi di restrizioni della libertà personale prevista dall'articolo 5 della Cedu, dubbi comunque permarranno circa il riconoscimento del medesimo trattamento anche alle altre ipotesi previste dalla disposizione, in particolare in riferimento alla lett. c) in tema di detenzione provvisoria.

Il profilo sollevato qui ha riguardo al fatto che a fronte del silenzio normativo, rispetto ad alcun riferimento al principio di proporzionalità, l'assenza di questo verrebbe giustificato dalla dottrina perlomeno rispetto alla ipotesi di restrizione della libertà a seguito di condanna, come ragionevole.

Diversa è la questione secondo la dottrina maggioritaria rispetto alle altre ipotesi di restrizione della libertà contemplate nell'articolo 5 CEDU; infatti, in riferimento a queste e nello specifico a quella di cui alla lettera c) dell'articolo, si sostiene che nonostante non

⁵⁶ S. TRECHSEL, *Human rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2006, p. 434.

compaia la formula della necessità nel testo relativo alle eccezioni all'inviolabilità della libertà personale, non si possa, di per sé, escluderne la rilevanza, da riferire al principio di proporzionalità, quanto meno in via interpretativa⁵⁷.

A questa conclusione giunge la dottrina, data la constatazione per cui, qualsiasi privazione della libertà che non possa essere qualificata come necessaria e quindi idonea a soddisfare un bisogno sociale e cioè in grado di essere proporzionata rispetto agli scopi invocati, dovrebbe essere considerata arbitraria.

La considerazione a cui si approda che pende quindi per l'applicazione, in via interpretativa del requisito della necessità, evocativo del principio di proporzionalità, nelle ipotesi di restrizione della libertà personale disciplinate dall'articolo 5 CEDU, trova riscontro anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁵⁸.

Nonostante quindi, al contrario dell'art 2 comma 3 prot. 4 della stessa Convenzione, non si faccia alcun riferimento alla formula della necessità descritta sopra, si è ampiamente sostenuto quanto ai fini della legittimità di qualsiasi misura rientrante nel campo di applicazione della disciplina di tutela della libertà personale ex articolo 5 CEDU, non sia sufficiente la conformità al diritto nazionale e convenzionale, ma sia indispensabile anche che la misura sia necessaria al soddisfacimento delle circostanze nel caso di specie⁵⁹.

Nello specifico la Corte Edu ha lasciato aperto il riconoscimento ermeneutico del criterio di proporzionalità proprio in riferimento ai casi di applicazione della custodia cautelare previsti ai sensi della lett. c) dell'articolo 5 CEDU, in plurime occasioni, giungendo a sostenere *expressis verbis* che la detenzione in questione «deve incorporare un requisito di proporzionalità⁶⁰»

Nella sentenza di cui si fa menzione, relativa al caso Landent c. Polonia, la Corte rileva una violazione della disciplina contenuta all'articolo 5 lettera c) proprio in relazione alla non conformità della detenzione al requisito della proporzionalità, sottolineando che lo Stato convenuto, avesse nella specie, imposto la misura detentiva provvisoria in maniera impropria, non risultando questa proporzione alla luce dell'illecito contestato e rilevando in particolare la possibilità di adottare una misura meno afflittiva.

⁵⁷ S. TRECHSEL, *Human rights in Criminal Proceedings*, cit., 435.

⁵⁸ F. ZACCHÈ, *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, cit., p. 57.

⁵⁹ C. e.d.u., Grande camera, sent. 29 gennaio 2008, Saadi c. Regno Unito § 70; C. e.d.u., Sez II, sent. 25 gennaio 2005, Enhor c. Svezia, § 42.

⁶⁰ C. e.d.u., sez. IV, sent. 18 marzo 2008, Ladent c. Polonia § 55.

Possiamo quindi rilevare quanto la malleabilità del principio di proporzionalità abbia reso possibile l'incessante pervasività che questo ha generato su molteplici piani.

Per via diretta, visti i riferimenti espliciti a livello europeo, e tramite una interpretazione estensiva nella Cedu le due corti internazionali hanno dato forma al principio attribuendogli un valore pregnante nel bilanciamento dei rapporti tra diritti degli individui e interventi pubblicistici, fino a giungere alla determinazione di una fisionomia chiara e significativa.

Quanto detto ci porta a sottolineare quanto, non a caso, sulla scia dell'evoluzione sovranazionale, anche a livello interno da parte e per mano della Corte costituzionale italiana il criterio di proporzionalità abbia assunto un riconoscimento implicito tra i «principi costituzionali a valenza generale, irradiando la sua efficacia nei diversi ambiti dell'ordinamento in cui l'autorità pubblica interferisce con le prerogative inviolabili dell'uomo»⁶¹.

Anche quindi nella giurisprudenza costituzionale il principio di proporzionalità ha ottenuto nel tempo un proprio valore, non come principio autonomo, ma come derivazione del criterio di ragionevolezza⁶², dal quale però nettamente si differenzia.

Il principio riveste sicuramente una straordinaria importanza nei giudizi di legittimità costituzionale quando è necessaria una valutazione circa il bilanciamento di diritti fra loro confliggenti, considerando che come rilevato dalla corte costituzionale, in una sentenza di portata storica nel 2013, «tutti i diritti fondamentali tutelati in costituzione si trovano in un rapporto di integrazione reciproca pertanto non potrà individuarsi uno di essi che abbia prevalenza assoluta sugli altri» data questa premessa allora la costituzione richiede un continuo bilanciamento e punto di equilibrio ,che dovrà essere valutato «secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale⁶³» .

Tale asserzione a cui è giunta la giurisprudenza costituzionale può essere rapportata, nello specifico, a quei diritti pregiudicati dallo svolgimento del procedimento penale.

Trasferendo infatti il ragionamento della Corte costituzionale sul piano processuale penalistico, allora la dottrina ha sostenuto quanto anche tra i diritti direttamente pregiudicati

⁶¹ M. CAIANIELLO, *IL principio di proporzionalità del procedimento penale*, cit., p. 148.

⁶² M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, A. Giorgis-E Grosso-J. Luther (a cura di), *il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino 2016, p. 468.

⁶³ Corte. cost., 9 Maggio 2013, n. 85.

dall'intervento giurisdizionale, non potendo riconoscere a nessuno di questi un valore assoluto, si giunge alla considerazione che eventuali limitazioni siano ammesse, se a fronte del giudizio di bilanciamento, rispettato il criterio di proporzionalità, non avvengano intollerabili compressioni della loro essenza⁶⁴.

È così quindi che il principio di proporzionalità entra nella logica del processo penale, come criterio tramite cui emettere la valutazione circa il bilanciamento degli interessi contrapposti. Ed è proprio assumendo tale punto di vista che si può cogliere l'importanza del ruolo svolto dal principio nel settore delle cautele personali, dove quella tradizionale tensione tra tutela delle libertà individuali ed esigenze repressive dello stato è sicuramente a un livello esponenziale.

1. *La proporzionalità nella sfera cautelare: bilanciamento tra presunzione d'innocenza e esigenze cautelari*

Una volta individuate le origini del principio e analizzato in ottica generale il fondamento della proporzionalità nei diversi piani interpretativi è ora opportuno restringere il campo d'indagine all'operatività del canone nel processo penale e in particolare nella sfera cautelare.

Il processo penale è il luogo dove il principio di proporzionalità sprigiona forse la sua più rilevante portata, una questione però, da dover analizzare preliminarmente è se si possa rilevare un ruolo del canone in questione nel procedimento penale in generale o se al contrario questo sia da riferire esclusivamente a suoi singoli segmenti, sebbene indubbiamente rilevanti.

Prima face sembrerebbe più appropriato sostenere la seconda tesi, del resto, la proporzionalità è testualmente inserita nell'articolo 275 comma 2 c.p.p., assumendo nella sfera delle misure cautelari e in particolare in quella relativa al mondo delle coercizioni personali ruolo centrale.

Da questa osservazione ne deriverebbe, in maniera consequenziale, che il principio di proporzionalità troverebbe campo di applicazione limitato al solo contesto cautelare, non potendosi dire operativo al di fuori.

⁶⁴ F. ZACCHÈ, *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, cit., p. 61.

Per la verità, la ricostruzione che trova maggior sostegno in dottrina fa discendere il principio in esame direttamente dalla presunzione costituzionale di innocenza⁶⁵.

La tesi in questione prende le mosse dalla constatazione per cui la presunzione di innocenza trova fondamento diretto nel principio di colpevolezza sancito all'interno del dettato costituzionale di cui all'articolo 27 comma primo⁶⁶.

Se infatti, come consacrato dalla Corte costituzionale⁶⁷, il principio di colpevolezza richiede tassativamente che la responsabilità penale sia personale, allora, si presuppone che questa sia accertata tramite un processo, rilevando in tal senso il noto brocardo latino: *Nulla poena sine culpa, nulla poena sine iudicio*.

Ed è proprio la connessione intercorrente tra responsabilità personale e il processo a chiamare in causa la presunzione di innocenza.

Il processo come fenomeno di durata necessita di provvedimenti provvisori, in grado di far fronte ad esigenze diversificate, e considerando ulteriormente che l'attività processuale porta con sé l'inevitabile pregiudizio del sospetto anticipato, ecco allora che si coglie l'importanza della presunzione d'innocenza, che si innesta proprio con l'obiettivo di impedire che quella tendenza ad attribuire la *culpa* prima della conclusione del *iudicium* si realizzi⁶⁸.

Dalla presunzione in questione, nella declinazione di regola di trattamento, discende il divieto di far uso delle restrizioni della libertà personale predisposte in chiave cautelare per finalità che siano tipiche della sanzione penale, dovendo perseguire tassativamente le misure cautelari esigenze di altro tipo.

Ed è proprio in questo contesto che il principio di proporzionalità opera, con l'intento di garantire il bilanciamento tra il dovere di trattare, per tutto il procedimento, l'individuo innocente e quelle esigenze che possano giustificare, in via eccezionale, l'anticipazione di effetti tipici della sanzione penale definitiva⁶⁹.

La proporzionalità, come canone interpretativo, in altre parole è criterio che riuscirebbe ad assicurare quell'equilibrio tanto rilevante nella materia in questione, tra interessi meritevoli

⁶⁵ M. CAIANIELLO, *IL principio di proporzionalità del procedimento penale*, cit., p. 146.

⁶⁶ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 8 s.

⁶⁷ Si fa riferimento alle due storiche sentenze: Corte. Cost., 24 marzo 1988, n. 364 ; Corte. Cost., 13 dicembre, 1988, n.1085.

⁶⁸ M. CAIANIELLO, *IL principio di proporzionalità del procedimento penale*, cit., p. 147.

⁶⁹ P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2009, p.119s.

di protezione, operando come elemento che legittima i mezzi prescelti dal pubblico potere quando questo interferisca con la sfera della libertà personale⁷⁰.

Ne consegue che il canone di proporzionalità rappresenterebbe quindi una conseguenza obbligata della presunzione di innocenza sul piano processuale, e realizzerebbe, in chiave dinamica, il principio materiale di responsabilità penale personale⁷¹.

Tali premesse hanno sicuramente il pregio di dettare una lettura contestualizzata dell'operatività del principio in ambito cautelare, ciò che però è stato messo in discussione da parte della dottrina, ha riguardato non tanto il contenuto della tesi, quanto più la considerazione per cui questa si sia limitata all'analisi di una sola delle ragioni per le quali il principio di proporzionalità interviene nel processo penale.

Il profilo problematico sollevato riguarda il fatto che se si sposasse la considerazione per cui la proporzionalità sia legata esclusivamente all'esigenza di non anticipare la pena, allora si dovrebbe giungere all'esclusione dal suo campo applicativo di tutte quelle situazioni nella quali le limitazioni dei diritti individuali non sviluppino effetti simili a quelli della sanzione penale, che non comportino quindi la produzione anticipata di effetti tipici della pena.

Così argomentando, conseguenza diretta, sarebbe quindi quella di sostenere che una valutazione fondata sul criterio di proporzionalità non dovrebbe sussistere ove si tratti di applicare misure tipiche del procedimento penale⁷² che, benché non si pongano come anticipatorie della sanzione penale, in quanto non produttive di effetti simili a quelli delle pene, sono comunque lesive della sfera del singolo.

Giungiamo dunque a constatare che parrebbe più corretto, sposando la qualificazione del procedimento penale come "diritto costituzionale applicato" riconoscere la portata del principio di proporzionalità a tutti i casi in cui nel procedimento penale siano messi a repentaglio diritti inviolabili dell'individuo.

In altri termini, la proporzionalità secondo un'argomentazione diversa viene considerata direttamente collegata alla qualificazione della inviolabilità di alcuni diritti costituzionalmente tutelati, che sono poi peraltro quelli che tipicamente vengono in rilievo nel procedimento penale; come se, nel proclamare un diritto inviolabile, la costituzione

⁷⁰ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p.12.

⁷¹ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p.16.

⁷² Si fa per esempio riferimento ai mezzi di ricerca della prova disciplinati agli articoli 244s e 247s c.p.p.

richieda la necessità di una proporzione tra gli interessi collettivi coinvolti dal processo penale e la protezione delle situazioni giuridiche soggettive dell'individuo.⁷³

È così dunque che viene rintracciata l'operatività della proporzionalità all'intero procedimento penale, come canone chiamato ad emettere una valutazione rispetto alla restrizione di un diritto involabile, restrizione che sulla base del test in questione, non potrà interferire con la sfera individuale in maniera irragionevole ed eccessiva.

Il principio di proporzionalità rappresenta quindi quel parametro attraverso cui ordinare i differenti strumenti che in modo più o meno incisivo comprimono i diritti soggettivi dell'imputato, che a fronte degli interessi collettivi perseguiti nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, porti a selezionare quello che in maniera più efficiente determini una compressione minore del diritto⁷⁴.

Tale obbligo di valutazione coinvolge tanto le scelte operate dal legislatore nella selezione dei valori, tanto il giudice nell'attuazione della legge portandolo a selezionare quella tra le tante che sia più adeguata e meno afflittiva.

Se quindi per le ragioni esposte, il principio in esame, è da considerarsi applicabile nel diritto processuale penale a tutto tondo e a livello generale, è indubbio che produca effetti diretti, in quanto esplicitamente richiamato dalle disposizioni codicistiche, in ambito cautelare.

A riprova della centralità del principio in questione nel mondo cautelare è la constatazione per cui ancora prima dell'entrata in vigore del codice di rito del 1988, la proporzionalità era già contemplata nell'ultimo periodo di vigenza del codice di procedura penale del 1930⁷⁵.

Si è dunque rintracciata l'espressione del principio di proporzionalità «con riferimento a quelle situazioni che pur essendo pienamente compatibili con la formulazione di una prognosi di colpevolezza dell'imputato, consentivano di pronosticare un esito del processo privo di conseguenze negative per la libertà personale⁷⁶», e dunque anche nella disciplina prevista nel codice Rocco la logica cautelare si caratterizzava per l'obiettivo di scongiurare la possibilità che l'individuo subisse un sacrificio eccessivo della libertà personale nel caso in cui fosse stato prevedibile l'applicazione di una pena che non avrebbe dovuto espiare⁷⁷.

⁷³ M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità del procedimento penale*, cit., p. 147.

⁷⁴ G. TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, cit., p. 46.

⁷⁵ G. TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, cit., p. 38.

⁷⁶ E. MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol.VII, Torino, 1994, p.73

⁷⁷ In G. TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, cit., p. 38. Si fa esplicito riferimento all'articolo 277 bis dell'allora codice di rito.

Con l'entrata in vigore del codice di rito del 1988 la proporzionalità acquista, nella materia *de libertate*, un ruolo centrale; infatti, pur trovando espressione indiretta anche in altre norme codicistiche, la disposizione in cui assume ruolo pregnante è sicuramente l'articolo 275 c.p.p., che esplicitamente annovera il principio tra i criteri di scelta delle misure cautelari.

Il comma secondo dell'articolo 275 c.p.p. dispone che «ogni misura cautelare deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata».

Il legislatore, nel definire i criteri a cui il giudice è vincolato nella scelta della misura cautelare da applicare, ha introdotto un parametro diverso rispetto ai precedenti, il principio di proporzionalità infatti impone di parametrare la scelta della misura in relazione all'entità del fatto o della sanzione, tale necessità di proporzione trova ragion d'essere sul naturale rapporto che sussiste tra la restrizione *ante iudicium* delle libertà e la successiva probabile entità della sanzione o, addirittura, della sanzione già irrogata⁷⁸.

La ratio di tale previsione si rinviene nella considerazione per cui si determinerebbe un eccessivo sacrificio delle libertà del singolo se la scelta della misura non fosse quanto meno ancorata a una valutazione che tenga conto della gravità del fatto di reato presunto e della sanzione auspicabilmente applicabile in concreto o già applicata.

Da sottolineare è quanto la disposizione in questione sembra imporre al giudice di guardare con un occhio al passato, presuntivamente ascritto al soggetto, mettendo in considerazione che, se la gravità del fatto non fosse così elevata, allora la valutazione cautelare dovrebbe presentarsi come necessariamente negativa e, per altra via, il giudice è obbligato a emettere un giudizio prognostico circa la pena concreta che in futuro potrebbe essere applicata, in quanto se fosse prevedibile una pena mite allora diverrebbe illogica l'imposizione di una misura cautelare particolarmente gravosa.

L'obiettivo è chiaramente quello di scongiurare la possibilità che, l'eventuale applicazione della misura della custodia cautelare in carcere *ante iudicium*, si rilevi, poi, successivamente *inutiliter data*, a fronte poi della non eseguibilità della condanna o perché comunque più lesiva della pena da applicare in concreto, e quindi essere stata integralmente "consumata" in fase cautelare.

⁷⁸ A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in A. SCALFATI (a cura di) *Trattario di procedura penale*, tomo II, Utet Giuridica, 2009, p. 83.

Elemento particolarmente rilevante è che la valutazione di proporzionalità sulla base del testo di cui al secondo comma dell'articolo 275 c.p.p., è da rapportare alla gravità del fatto e non alla gravità del reato.

Questa osservazione assume un'importanza centrale per due ordini di ragioni;

In via preliminare, infatti, il concetto di fatto evoca un significato già più ampio di quello di reato, non determina un mero riferimento alla fattispecie criminosa astratta, ma attiene a una valutazione che tiene conto delle modalità e circostanze concrete tramite le quali questo è stato realizzato.

In secondo luogo, il fatto che il legislatore abbia voluto ancorare al giudizio di proporzionalità l'entità del fatto e non la gravità della fattispecie astratta trova ragione nella considerazione che la valutazione circa la gravità del reato, attraverso la soglia della pena edittale, è già compita dal legislatore tramite l'articolo 280 c.p.p. cosicché qualsiasi interferenza del giudice in tale senso potrebbe forzare quella volontà legislativa rispetto al disvalore del fatto già espressa, rimettendo a all'organo giurisdizionale e al suo apprezzamento una scelta già fissata in via normativa⁷⁹.

È sulla base di tale considerazione che la dottrina allora riconosce valore alla congiunzione "e", riconoscendogli la funzione di legare l'elemento della gravità del fatto alla pena irrogata o irroganda.

Il legame in questione dovrà essere quindi interpretato come una sorta di "endiadi", qualificandosi come principale canone di valutazione dell'entità del fatto in quanto evoca quella concretezza, rispetto al quantum di pena, che costituisce costante monito nel campo delle misure cautelari⁸⁰.

La valutazione circa il parametro di proporzionalità della misura emesso dal giudice estende la sua operatività durante tutto il corso di vita della misura, in quanto questo agisce tanto nel momento genetico, quindi nella scelta preliminare di esercitare l'azione cautelare e nel modo in cui porla in essere, sia nel corso degli sviluppi procedurali, per i quali il legislatore ha specificato nella disposizioni parametri come gravità della pena irrogabile o irrogata, presupponendo quanto si imponga la valutazione di proporzionalità anche in momenti successivi a quello di applicazione iniziale.

⁷⁹ A. BASSI, *I presupposti e i criteri di scelta delle misure cautelari personali*, in *La custodia nel sistema penale*, a cura di A. Bassi, Padova, 2016, p.44.

⁸⁰ A. BASSI, *I presupposti e i criteri di scelta delle misure cautelari personali*, in *La custodia nel sistema penale*, a cura di A. Bassi, Padova, 2016, p.44.

Sul punto è si sono pronunciate le Sezioni unite della Corte di cassazione ⁸¹specificando quanto il principio di proporzionalità debba operare come parametro di commisurazione delle misure cautelare nel caso concreto, tanto al momento della scelta e dell'adozione del procedimento coercitivo, che per tutta la durata delle stesse, imponendone una costante verifica.

Una rilevante questione attinente l'applicazione pratica del principio di proporzionalità sancito dall'articolo 275 comma secondo c.p.p., da cui non ci possiamo esimere nell'analisi, visto l'epilogo rappresentato da una storica sentenza della Cassazione in Sezioni Unite, ha riguardato l'influenza del trascorrere del tempo sul giudizio di proporzionalità della misura applicata.

La questione prende le mosse dall'intenzione di parte della giurisprudenza di merito, respinta però dall'interpretazione della Corte di cassazione a Sezioni unite⁸², di rintracciare per il tramite del principio di proporzionalità un limite implicito di durata della custodia cautelare. In quanto, secondo la tesi prospettata da quella giurisprudenza, se in applicazione del principio di proporzionalità, la scelta e la tipologia di misura cautelare deve essere rapportata al quantum di pena irrogata o auspicabilmente irrogabile, allora conseguenza diretta è che la misura custodiale non potrebbe, mai, avere una durata pari o anche superiore della durata della pena definitiva o definibile in futuro, escludendo dunque che la misura in questione possa protrarsi oltre quel limite.

Tale ostacolo veniva direttamente collegato alla disposizione di cui all'articolo 300, comma quarto del codice di rito, nella parte in cui annovera tra i casi di sopravvenuta inefficacia della misura cautelare l'ipotesi in cui a fronte della pronunciata sentenza di condanna, la durata della custodia cautelare, sia stata superiore all'entità della pena irrogata.

Presupposto ermeneutico della tesi in questione veniva rintracciato nel fatto che il principio di proporzionalità avrebbe trovato applicazione tanto nel momento genetico, della scelta cautelare, tanto nelle vicende successive, richiedendo appunto una valutazione e un giudizio costante.

È sulla base di tali premesse, che la tesi in questione, era giunta a sostenere quanto la proporzionalità disciplinata dall'articolo 275 c.p.p. finisca per impedire che la custodia cautelare applicata *ante iudicium* possa poi essere protratta per un periodo di tempo superiore

⁸¹ Cass. Pen., sez., 31 marzo 2011, n.16085.

⁸² Cass. Pen., sez., 31 marzo 2011, n.16085.

a quella che avrebbe la pena poi disposta tramite sentenza di condanna al termine di un procedimento.

Proprio muovendo da ciò, si era cercato di elaborare una formula, che, in via automatica rintracciasse nel decorso del tempo una condizione di efficacia della misura infortunaria, in modo tale da rendere tassativo il principio di proporzionalità, trasformandolo in regola.

La soluzione che venne proposta fu quella di reinterpretare la cosiddetta regola dei $\frac{2}{3}$ prevista all'articolo 304 comma sesto c.p.p., estendendola a un ulteriore e diverso caso rispetto a quello disciplinato dalla disposizione⁸³.

Sostanzialmente tramite una interpretazione estensiva, la regola prevista al comma 6 dell'articolo 304 c.p.p. che individua come limite di durata della custodia cautelare la frazione dei $\frac{2}{3}$ del massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato in astratto, avrebbe dovuto trovare applicazione ed essere calcolata anche in relazione alla sanzione effettivamente applicata nei gradi di giudizio intermedi o sulla pena che apparisse in concreto prospettabile a priori⁸⁴.

In altri termini, tale tesi si proponeva, tramite una valorizzazione del principio di proporzionalità di cui all'articolo 275 c.p.p., di individuare per mezzo dell'argomentazione prospettata, una causa di inefficacia sopravvenuta ad hoc della misura custodiale, quando questa avesse superato i $\frac{2}{3}$ della pena "infliggenda" o in concreto applicata dal giudice di merito.

Chiaro che l'intento di tale elaborazione era quello di far divenire il principio di proporzionalità un parametro di controllo della custodia cautelare nell'arco di tutta la durata della misura⁸⁵ trasformandolo sostanzialmente da principio a regola tassativa, cosicché il giudice, a fronte delle condizioni richieste, e dunque a fronte del superamento della regola dei $\frac{2}{3}$, avrebbe dovuto dichiarare l'inefficacia della restrizione cautelare, indipendentemente dalla permanenza delle esigenze⁸⁶.

Ed è proprio questo il passaggio criticato e respinto della Corte di cassazione che al contrario ha proceduto con un opposto percorso argomentativo.

⁸³ M. CAIANIELLO, *IL principio di proporzionalità del procedimento penale*, cit., p. 152.

⁸⁴ M. CAIANIELLO, *IL principio di proporzionalità del procedimento penale*, cit., p. 153.

⁸⁵ E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità e durata della cautela*, in *Giur. Merito*, 2010 p. 450.

⁸⁶ Si fa riferimento in tal senso a un passaggio della decisione del tribunale del riesame di Bologna, 8 ottobre 2009, in *Giur. Merito*, 2010, p. 440: "perché il principio di proporzionalità non resti lettera morta lo stesso [...] deve necessariamente operare in via autonoma e prioritaria rispetto agli altri parametri della complessiva disciplina cautelare".

Il quesito oggetto del vaglio del giudice di legittimità riguardava l'idoneità o meno del principio di proporzionalità a imporre la revoca della misura della custodia cautelare, a prescindere dalla permanenza di esigenze cautelari, quando la durata della misura già sofferta avesse raggiunto il limite di due terzi della pena inflitta con sentenza di condanna. L'argomentazione delle Sezioni unite, pur avendo riconosciuto l'operatività del principio di proporzionalità tanto nella fase genetica quanto in quella dinamica della misura cautelare applicata, ha però radicalmente escluso che il canone in questione possa assurgere ad elemento tassativo da cui far derivare un giudizio attinente alla sopravvenuta inefficacia della custodia cautelare.

Tramite una lettura coordinata e sistematica del quadro normativo coinvolto, la Corte ha sottolineato quanto al giudice sia sempre imposta una valutazione globale e complessa della vicenda cautelare, che si basa su una serie di parametri di apprezzamento, tra i quali si trova sicuramente il principio di proporzionalità, che però sfugge da qualsiasi interpretazione rigida.

Porre in rapporto la proporzionalità della durata della misura con l'entità della pena, utilizzando come criterio di calcolo il limite dei due terzi della pena inflitta, equivarrebbe a snaturare la disciplina dei termini.

In tal modo, utilizzando le parole della Corte, si finirebbe «per introdurre arbitrariamente nel sistema un meccanismo di automatica estinzione della custodia cautelare che giungerebbe a obliterare totalmente la esigenza, postulata dal codice di rito, di un apprezzamento non parcellizzato dell'intero iter cautelare, nel cui ambito non può ricomprendersi, anche, l'apprezzamento in concreto dei pericoli che dovessero in ipotesi residuare».

Quello che la pronuncia respinge drasticamente è la possibilità di desumere dal sistema un principio, nella specie quello di proporzionalità, in forza del quale, al raggiungimento di una rigida e predeterminata proporzione tra durata della custodia e *quantum* di pena inflitta, la restrizione della libertà personale debba comunque cessare, a prescindere da qualsiasi apprezzamento delle esigenze cautelari⁸⁷.

Tale conclusione, a cui giunge la Corte di cassazione, è fondata sulla considerazione per cui quello che emerge dalla lettura in combinato disposto dell'articolo 275 c.p.p. e dalle intenzioni del legislatore inserite nella direttiva di cui all'articolo 2, n.59, della legge-delega

⁸⁷ Sent. Sez. I. 3 febbraio 2009, n.9233,

sul codice di procedura penale, è che il principio di proporzionalità si un principio autosufficiente, che imponga una valutazione circa la ragionevolezza della restrizione della libertà personale derivante dall'applicazione della misura cautelare, in relazione al prevedibile risultato finale del processo.

Il principio implica sicuramente una prognosi, provvisoria e circoscritta negli effetti, in ordine alla sanzione che potrà essere irrogata in caso di condanna, e una valutazione che tenga conto della presumibile decisione finale e della durata che la misura cautelare ha già avuto, rendendo proporzionata e dunque ragionevole il protrarsi della stessa, ma dal quale mai potrebbe derivare un rigido criterio aritmetico che in maniera automatica caduchi la misura per carenza di ragionevolezza⁸⁸.

Emerge quindi chiaramente che il percorso argomentativo perseguito dalla Corte di cassazione a Sezioni unite tenga conto di quell'esigenza, rilevata in plurime occasioni dalla Corte costituzionale, che richiede che i presupposti e le condizioni per l'applicazione e la permanenza delle misure cautelari restrittive della libertà personale siano oggetto di vaglio costante da parte del giudice, perché solo garantendo una costante valutazione della situazione in concreto si può auspicare a quella piena individualizzazione della coercizione cautelare⁸⁹.

Ulteriore specificazione del principio di proporzionalità, del tutto in linea con la necessità che la scelta della misura tenga conto del possibile esito del processo, è la disposizione codificata nel comma 2bis dell'articolo 275c.p.p.

Nonostante la fase cautelare si caratterizzi per garantire una certa dose di discrezionalità al giudice, ritenendo necessario l'apprezzamento costante dell'organo giudicante, talvolta il legislatore ha però predeterminato delle ipotesi nelle quali tale valutazione appare fortemente limitata.

In particolare, tali casi limite si presentano più stringenti nel caso di applicazione della misura di cui all'articolo 285 c.p.p.

Tenendo in considerazione che la disposizione contenuta nel comma 2 bis dell'articolo 275 c.p.p. ha subito nel tempo diversi interventi, è allora necessario analizzare in ordine cronologico l'evoluzione della disposizione, per meglio comprendere le ragioni

⁸⁸ M. CAIANIELLO, *IL principio di proporzionalità del procedimento penale*, cit., p. 153

⁸⁹ Corte cost. sent, 21 luglio 2012, n.265.

dell'introduzione di limiti all'applicazione delle misure coercitive della custodia cautelare e degli arresti domiciliari.

La prima introduzione in tal senso avvenne con l'intervento del legislatore pochi anni dopo l'entrata in vigore del novellato codice, nel 1995⁹⁰, con il quale venne inserito un primo limite all'applicazione delle misure custodiali.

La norma, che opera in senso favorevole all'imputato imponeva il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere nei casi in cui fosse prevedibile, tramite una valutazione prognostica allo stato degli atti, che al momento della eventuale pronuncia di condanna la pena non determinasse la restrizione inframuraria⁹¹.

L'inedita disposizione contenuta nel comma 2 bis dell'articolo 275 c.p.p., nella formulazione risalente alla riforma del 1995, ha realizzato un radicale cambiamento di prospettiva nel sistema cautelare⁹².

Si è infatti imposto al giudice per la prima volta un'ipotesi concreta al giudizio di merito nella scelta della cautela, prevenendo infatti che «non può essere applicata la misura cautelare della custodia in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere disposta la sospensione condizionale della pena».

La portata innovativa dell'intervento si rintraccia in primo luogo nel tono imperativo della disposizione, il limite della futura possibile concessione della sospensione condizionale della penale è sufficiente a neutralizzare l'applicazione di una delle due misure coercitive.

Il carattere obbligatorio della disposizione evoca quindi una presunzione in *bonam partem* per il l'indagato, il quale non dovrà subire le forme più intense di restrizione della libertà ante iudicium, se l'epilogo del processo non dovesse portare all'applicazione di una sanzione inframuraria.

Ulteriore elemento che ha contribuito a modificare la prospettiva nella scelta della misura riguarda la circostanza inedita per cui il giudice della cautela sarà obbligato ad assumere le vesti del giudice di merito, analizzando il compendio indiziario fino a quel momento prospettato, immaginando non solo l'esito del processo e quindi valutare la resistenza del materiale allegato ai fini cautelari ad un eventuale contraddittorio, ma altresì prospettare la pena che potrebbe essere disposta in caso di condanna e infine l'ulteriore sussistenza delle circostanze previste dall'articolo 163 c.p. per la concessione della sospensione della pena.

⁹⁰ Art. 4 comma 2 L. n. 332 del 1995.

⁹¹ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, XXIII ed., Giuffrè, Milano, 2022 p. 487.

⁹² DE ROBBIO., *Le misure cautelari personali*. Milano, Giuffrè, 2016, p.182.

Premessa l'assenza di specificazioni ulteriori il giudice della cautela dovrà attenersi alla disciplina contenuta nel Codice penale⁹³, la quale prevede che ai fini della concessione del beneficio, oltre ad esservi un requisito oggettivo rinvenuto nel limite di condanna a una pena che non sia superiore a due anni di reclusione, il giudice potrà procedere con la sospensione condizionale della pena ove ritenga, nel concreto, che il condannato si asterrà in futuro dalla commissione di ulteriori reati.

La prognosi, quindi, sarà evidentemente ancorata alle disposizioni di cui agli articoli 163 e 164 del c.p. e alla pericolosità dell'indagato desumibile dagli indici di cui all'art. 133 c.p.

Dunque la valutazione sottesa riguarda dei profili, come quelli riguardanti il delitto contestato, le modalità di esecuzione e la personalità dell'indagato⁹⁴ dai quali desumere in definitiva che egli si asterrà da commettere ulteriori reati⁹⁵, che ,anticipati al momento cautelare, appaiono non di facile conoscenza, considerando che, nella maggior parte dei casi, il momento applicativo della misura nella prassi riguarda un momento del procedimento penale in cui non è stata assunta ancora alcuna prova, né tanto meno è stato istaurato alcun contraddittorio⁹⁶.

Risulta evidente che la disposizione imponga una forte responsabilizzazione del giudice, che si tramuta poi, in un obbligo di indicazione nella motivazione dell'ordinanza applicativa della misura custodiale, delle ragioni per le quali il giudice ritiene che in futuro il beneficio non potrà essere applicato.

Tale specificazione del principio di proporzionalità evoca proprio la necessità che la scelta della misura cautelare sia ancorata alla prognosi futura concernermene l'andamento e l'esito del procedimento.

La ratio della previsione è proprio quella di scongiurare ipotesi di restrizione della libertà personale *ante iudicim* che non siano poi seguite dall'effettiva applicazione di pene inframurarie, ritenendo il sacrificio della libertà in sede cautelare del tutto ingiustificato se non seguito da una sanzione che non implichi il medesimo grado di lesività del singolo.

⁹³ Art. 163 e seguenti c.p.

⁹⁴ A. BASSI. *I presupposti ed i criteri di scelta delle misure cautelari personali*, in *La cautela nel sistema penale*, a cura di A. BASSI, Milano, 2016, p.48.

⁹⁵ Cass. Sez. V, 28 gennaio 1998, Tudor, CED 209565

⁹⁶ C.DE ROBBIO ., *Le misure cautelari personali*.cit., p. 184.

La novella attuata con la legge numero 332 del 1995 ha assunto per la verità la funzione di apripista in tal senso, avendo dettato un cambio di rotta nel contesto cautelare ripreso poi da interventi successivi.

3.1. Il monito della Corte Edu: la sentenza Torreggiani e le modifiche del comma 2 bis dell'art. 275 c.p.p.

Le preclusioni introdotte con la riforma del 1995 nel primo periodo del comma 2-bis dell'articolo 275 c.p.p. che perseguivano l'obiettivo di limitare l'applicazione della misura coercitiva custodiale alle sole ipotesi strettamente necessarie, non ottennero l'effetto desiderato, costringendo il legislatore quasi dieci anni dopo a rimettere mano all'impianto dell'articolo.

Per la verità l'intervento è parso obbligato, non soltanto per rimediare alle aspettative risposte nella riforma del 1995 poi disattese dalla prassi, motivo scatenante è da rintracciare nel severo monito proveniente dalla giurisprudenza sovranazionale, che con la nota sentenza Torreggiani⁹⁷, ha denunciato la gravissima situazione emergenziale degli istituti penitenziari italiani evidenziando l'uso improprio ed eccessivo della custodia cautelare.

Tramite la sentenza pilota lo Stato italiano si è visto costretto alla creazione, nell'ordimento, di rimedi preventivi e compensativi⁹⁸ finalizzati proprio a ridurre la popolazione detenuta, di cui significativa percentuale era proprio rappresentata da soggetti destinatari della misura custodiale⁹⁹.

Ai fini di una disanima corretta dell'intervento del legislatore italiano è necessario tenere in considerazione le argomentazioni della corte di Strasburgo, che per la trattazione dell'oggetto di nostro interesse, possono dirsi fondamentali.

Questo in quanto il divieto di disporre la custodia cautelare in carcere in tutti i casi in cui il giudice prognostichi l'inflizione di una pena detentiva non superiore a tre anni, introdotto da D.l. n. 92 de 26 giugno 2014, pareva evidentemente funzionale a conformarsi alle prescrizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo finalizzate a determinare un

⁹⁷ Ci riferiamo alla Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.

⁹⁸ Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, la quale termina il monito riferito alla condizione emergenziale del contesto penitenziario nel nostro Paese disponendo che "le autorità nazionali devono creare senza indugio un ricorso o una combinazione di ricorsi che abbiano effetti preventivi e compensativi e garantiscano realmente una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario in Italia."

⁹⁹ Come rilevato dalla corte e.d.u 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia il 40 % della popolazione detenuta italiana era rappresentata da soggetti sottoposti a custodia cautelare in attesa di giudizio"

alleggerimento della popolazione detentiva, diminuendo il numero dei detenuti in modo da avvicinarlo a quello auspicato in base alla capienza dei nostri istituti.

È proprio il contrasto al fenomeno del sovraffollamento carcerario che richiedeva una risposta celere la ragione principale che ha spinto il legislatore a estrapolare la nuova regola dalla sede in cui è nata – i lavori preparatori alla legge 16 aprile 2015, n 47¹⁰⁰ - per anticiparne l'entrata in vigore tramite l'art. 8 d.l. n.92 del 2014.

Non vi è alcun dubbio quindi che la ragione dell'introduzione anticipata del divieto, rispetto alla successiva riforma organica delle misure cautelari del 2015¹⁰¹, si ponga in netta coerenza con le argomentazioni della Corte europea, proprio quest'ultima infatti aveva individuato tra i mezzi possibili per favorire il deflusso della popolazione penitenziaria la riduzione al minimo dell'applicazione della custodia cautelare in carcere¹⁰².

Nonostante questo, per la verità, parte della dottrina e della giurisprudenza guardarono alla scelta del legislatore di accelerare i tempi dell'entrata in vigore dell'inedita regola con un'ottica di critica, timorose che la nuova disciplina impoverisse troppo e irragionevolmente il potere cautelare di coercizione¹⁰³.

Il testo originario dell'art 8 del d.l. 92 del 2014 prevedeva il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere se il giudice avesse ritenuto, all'esito del giudizio, una pena detentiva da eseguire non superiore a tre anni.

Il carattere assoluto del divieto era proprio l'elemento oggetto di critiche da parte degli operatori del diritto, critiche che ebbero poi degli effetti in sede di conversione, in quanto la

¹⁰⁰ Questo perché il limite compare per la prima volta nell'art 4 della proposta di legge n.631, nella versione, deliberata dalla Commissione Giustizia della Camera il 5 dicembre del 2013, nei seguenti termini: "Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena o se ritiene che all'esito del giudizio l'esecuzione della pena possa essere sospesa ai sensi dell'articolo 656, comma 5" e approvata dalla Camera dei deputati il 9 gennaio 2014(stampato senato n. 1232). La proposta modificata dal senato il 2 aprile 2014 viene rubricata "Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visita a persone affette da Handicap in situazione di gravità, e al decreto legislativo 23 febbraio 2006, n.109, in materia di illeciti disciplinari e relative sanzioni" la disposizione in esame è accolta, in identico testo, nell'art 3 comma 2-bis (Stampato Camera n.631-B). Norma che verrà soppressa nel successivo passaggio alla Camera del 4 dicembre 2014, in quanto ormai in vigore a seguito della traslazione nel D.l. n. 92 del 2014.

¹⁰¹ L 16 aprile 2015, n.47.

¹⁰² Sul punto la Corte e.d.u. 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia cit., "quando lo Stato non è in grado di garantire a ciascun detenuto condizioni detentive conformi all'art 3 della Convenzione, la Corte lo esorta in modo da ridurre il numero di persone incarcerate, in particolare attraverso una maggiore applicazione di misure non privative della libertà personale (...) e una riduzione al minimo del ricorso alla custodia cautelare in carcere (...). A quest'ultimo riguardo, la Corte è colpita dal fatto che il 40 % circa dei detenuti nelle carceri italiane sia persone sottoposte a custodia cautelare in attesa di giudizio"

¹⁰³ Le modifiche al comma 2 bis dell'articolo 275 c.p.p. e il d.l. 26 giugno 2014, n 92, Riforma delle misure cautelari personali p. 37

legge di conversione n.117 del 11 agosto del 2014 ha in effetti proceduto con la modifica di taluni aspetti, chiarendone dei dubbi interpretativi, ma allo stesso tempo prevedendo una serie di eccezioni alla operatività del divieto con la conseguenza che questo venne, difatti, depotenziato.

Il testo odierno del secondo periodo dell'articolo 275 comma 2-bis c.p.p. quindi, reduce dalle modifiche in sede di conversione, recita: Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1-ter, e 280, comma 3, non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni.

La disposizione prosegue poi richiamando una serie di fattispecie criminose¹⁰⁴ prevedendo per queste un'eccezione all'operatività del divieto di applicazione della misura lesiva della libertà personale.

Il legislatore sulla scia dei dubbi sollevati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, precedentemente accennati, ha quindi escluso che il divieto oggetto di analisi possa essere applicato ogni qual volta, nei casi richiamati, venga rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura cautelare e inoltre gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284 c.p.¹⁰⁵

Emerge che la legge di conversione, con l'intento di ricalibrare il tiro rispetto alla previsione del divieto a carattere assoluto precedentemente disposto, abbia ridimensionato considerevolmente la portata dirompente della disciplina voluta dal decreto, prevedendo una serie di casi, tra l'altro riferiti ad alcuni reati ostativi, in relazione ai quali anche nel caso di previsioni di pene irrogate inferiori ai tre anni potrà essere disposta la misura inframuraria¹⁰⁶. Un'ulteriore modifica emersa in sede di conversione, che ha però il pregio di aver sopito dubbi circa l'applicazione della disposizione, concerne la specificazione disposta in riferimento all'oggetto della prognosi emessa dal giudice, che dovrà appunto riguardare la pena "irrogata" all'esito del giudizio e non quella da eseguire, superando tutta una serie di calcoli aleatori che il giudice avrebbero dovuto eseguire per computare la pena residua.

¹⁰⁴ Artt. 423bis, 572, 612 bis, 612 ter, 624 bis c.p.; art 4 bis L 26 luglio 1975 n. 354.; artt. 387 bis, 582 c.p. aggravate ai sensi 576, comma 1 n. 2-5-5.1, 577 comma 1 n.1 e comma 2 c.p.

¹⁰⁵ Art 275 comma 2-bis c.p.p.

¹⁰⁶ M.G. COPPETTA, *Le modifiche al comma 2-bis dell'art 275 c.p.p. e il d.l. 26 giugno 2014, n.92*, in L. GIULIANI (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali.*, Giappichelli, Torino, 2015, p.37.

Questo perché la formulazione originaria sembrava imporre al giudice de libertate di considerare anche le possibili implicazioni del “presofferto” cautelare, e dell’ulteriore sconto derivante dalla liberazione anticipata, la modifica ha invece imposto una valutazione meno impegnativa per il giudice de libertate che dovrà prevedere solamente sanzione detentiva auspicabilmente irrogata in sentenza e non anche le determinazioni del residuo di pena da scontare¹⁰⁷.

Prima di analizzare come tale ulteriore divieto abbia contribuito a mutare il contesto cautelare e soprattutto come abbia ancor di più direzionato lo sguardo del giudice cautelare verso il giudizio di merito, dobbiamo sottolineare che, individuare come unica o principale ragione dell’introduzione del divieto di applicazione della custodia cautelare oggetto di analisi nel contrasto al fenomeno del sovraffollamento sia evidentemente riduttivo.

Tale affermazione, difatti, non sarebbe in grado di cogliere alcuni aspetti della disciplina che si presentano come fondamentali.

Condivisa dalla dottrina è infatti la considerazione per la quale, il canone che si intendeva valorizzare con la previsione introdotta riguarda, la garanzia della proporzionalità tra la custodia cautelare in carcere e la pena detentiva” che si ritiene possa essere irrogata”¹⁰⁸.

Il principio di proporzionalità, come ampiamente analizzato, impone al legislatore di prevedere un sistema di disposizioni cautelari che scongiurino quanto più possibile il rischio di una restrizione *in vinculis* di chi, all’esito del processo, non subirà pena¹⁰⁹, qualificandosi questo come elemento dichiarativamente riferibile al carattere della inviolabilità della libertà personale dell’articolo 13 comma 1 Cost, e configurandosi quindi come condizione imprescindibile di legalità della cautela¹¹⁰.

Cosicché, il giudice, nella scelta della misura dovrà tener conto tra l’altro «della sua congruità, sotto il profilo del *deminutio libertatis* che ne deriva all’imputato»¹¹¹.

Queste considerazioni ,insieme con la specificazione che si rintraccia nello stesso preambolo del decreto¹¹², che sottolinea quanto «la straordinaria necessità e urgenza di modificare il

¹⁰⁷ D. POLETTI, *l’art 275, comma 2-bis, c.p.p. e il giudice veggente*, in *Cass. Pen.*, 2016, p. 1114.

¹⁰⁸ M.G. COPPETTA, *Le modifiche al comma 2-bis dell’art 275 c.p.p. e il d.l. 26 giugno 2014, n.92*, cit., p. 38.

¹⁰⁹ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappicchelli, 2004 p.8s

¹¹⁰ Così, M. CERESA-GASTALDO, *Tempi duri per i legislatori liberali*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 luglio 2014, il quale aggiunge che il potere coercitivo cautelare “è privo di legittimazione tutte le volte in cui (...) si possa escludere (...) che l’esito del giudizio di responsabilità, ancorché, positivo si traduca in una effettiva privazione della libertà personale”.

¹¹¹ V. GREVI, *Misure cautelari*, in G. CONSO- V. GREVI- M. BARGIS (a cura di). *Compendio di procedura penale*, VII ed, Cedam, 2014, p.417.

¹¹² Preambolo del decreto legislativo n. 92 del 2014.

comma 2 bis dell'articolo 275 del codice di rito sia finalizzato a rendere tale norma coerente con quella contenuta nell'articolo 656 c.p.p., in materia di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva» mettono in luce quanto la modifica introdotta si rendesse necessaria per ragioni non solo limitate alla denuncia proveniente dalla comunità internazionale.

L'intenzione perseguita ed attuata era quella di armonizzare il sistema delle cautele con la fase esecutiva della pena ¹¹³, scongiurando la possibilità che quei soggetti che avessero subito un "assaggio di carcere" derivante dall'applicazione della custodia cautelare *ante iudicium*, se condannati poi, al termine del procedimento a una pena inferiore ai tre anni, avrebbero potuto accedere al sistema delle misure alternative alla detenzione, finendo quindi per non scontare una pena inframuraria¹¹⁴.

A dover essere sottolineato infatti è la considerazione per cui non necessariamente una sentenza di condanna, che disponga una pena detentiva, è seguita dall'effettiva esecuzione della sanzione inframuraria, al contrario proprio per le pene detentive brevi la legge Simenone- Saraceni¹¹⁵ ha previsto un modello di esecuzione che sospende l'entrata del condannato nel circuito carcerario.

La disciplina contenuta nell'articolo 656 c.p.p., prevede infatti un meccanismo di sospensione dell'ordine di esecuzione nelle ipotesi di pene brevi, tale per cui:

il pubblico ministero, dominus della fase esecutiva della pena, ha l'obbligo di notificare l'ordine di esecuzione e contestualmente il decreto di sospensione, attribuendo il diritto al condannato entro trenta giorni di richiedere al tribunale di sorveglianza l'accesso alle misure alternative alla detenzione evitando così la permanenza nell'istituto carcerario.

Nello specifico poi l'articolo 656 comma 5 c.p.p. in riferimento alla quantità di pena inferiore alla quale è possibile accedere al sistema di sospensione individua non solo il limite tre anni, ma altri due livelli – di quattro e sei anni – contrariamente all'articolo 275 comma 2-bis che richiama solo il primo.

Ai fini di completezza è necessario evidenziare, senza addentrarci nell'analisi specifica delle vicissitudini che hanno caratterizzato la storia dell'articolo 656 c.p.p., la modifica avvenuta tramite la sentenza additiva delle Corte costituzionale¹¹⁶, che ha trasformato il limite per l'accesso al meccanismo della sospensione dell'ordine esecutivo a quattro anni allineandolo

¹¹³ F. FIORENTIN, *Non c'è carcere se la pena è inferiore ai tre anni*, in *Guida dir.*, 2014, fasc.30, p.37.

¹¹⁴ C. DE ROBBIO ., *Le misure cautelari personali*.cit., p. 184

¹¹⁵ Legge 27 Maggio 1998 n. 165.

¹¹⁶ Corte Cost., 2 marzo 2018, n 41.

dunque alla disciplina prevista per l'accesso all'affidamento in prova ai servizi sociali ex articolo 47 ord. Penit¹¹⁷.

Tale innovazione concernente il limite per l'accesso al meccanismo della sospensione dell'esecuzione della pena non è stata però seguita da un conseguenziale allineamento nella fase cautelare, che ha per la verità richiesto una pronuncia della Corte di cassazione¹¹⁸, la quale ha osservato che sebbene la ratio della riforma del 2014 fosse quella di armonizzare il sistema, la Costituzione non impone un indefettibile parallelismo tra il momento cautelare e quello punitivo, ritenendo dunque rimessa alla discrezionalità del legislatore la scelta di lasciare invariato il limite dei tre anni di pena previsto dall'articolo 275 comma 2-bis c.p.p. Al netto dei dubbi della dottrina sollevati in merito al mancato allineamento tra la fase cautelare e quella della esecuzione della pena emerge dunque l'esistenza nella fase esecutiva di una sorta di sbarramento all'effettiva espiazione delle pene nel regime inframurario.

Dunque, il fatto che il principio di inesigibilità della pena detentiva inferiore a tre anni abbia come conseguenza implicita che anche le misure cautelari non devono essere disposte se la pena finale è inferiore a tale limite, allora questa sorta di sbarramento viene sostanzialmente trasmutato nella fase cautelare¹¹⁹.

Chiaro è che l'allineamento creato dal legislatore tra momento cautelare e fase esecutiva della pena, che ha imposto il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere se tramite un giudizio prognostico allo stato degli atti il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena inferiore a tre anni, ha restituito al principio di proporzionalità lo spazio necessario per incidere concretamente ed in maniera autonoma nel terreno delle garanzie¹²⁰, risultando palesemente illogico la possibilità che l'indagato venga privato della propria libertà personale nel corso dell'accertamento del reato, quindi momento nel quale è un presunto innocente, se poi, la sanzione detentiva da colpevole, non verrà espiata.

Sicuramente quindi il sistema così congegnato è idoneo a correggere il ricorso patologico allo strumento della carcerazione cautelare, soprattutto in quelle ipotesi, purtroppo significative, in relazione alle quali la cautela detentiva viene utilizzata per neutralizzare la pericolosità dei soggetti e per sedere l'allarme sociale, assumendo delle funzioni che non le

¹¹⁷ Legge 26 luglio 1975, n.354.

¹¹⁸ Cass. Pen., sez I 28 febbraio 2019, n.18891

¹¹⁹ C.DE ROBBIO., *Le misure cautelari personali*.cit., p. 186

¹²⁰ M.G. COPPETTA, *Le modifiche al comma 2-bis dell'art 275 c.p.p. e il d.l. 26 giugno 2014, n.92*, cit., p. 39.

competono, nello specifico quella general-preventiva (retributiva ed esemplare), fenomeno che rappresenta una chiara patologia e violazione della presunzione d'innocenza sancito all'articolo 27 comma secondo Cost¹²¹.

Emerge quindi dall'analisi della disposizione in questione che il giudice, prima di applicare la misura custodiale più lesiva, dovrà dunque procedere a un giudizio prognostico sull'entità della pena da irrogare.

Da sottolineare è che la valutazione circa la possibilità che si giunga al processo e che questo, di conseguenza, porti alla condanna a una pena superiore o inferiore a tre anni è una valutazione che presenta dei profili di grande difficoltà soprattutto nella fase delle indagini preliminari.

Nella fase del procedimento sopra richiamata, il giudice avrebbe quindi il compito di dover valutare e prevedere il *quantum* di pena irrogabile, ai fini dell'applicazione della misura cautelare, attraverso l'analisi di una piattaforma conoscitiva evidentemente provvisoria e incompleta.

Le complicazioni in questo senso rilevate si attenuerebbero sia nella fase dibattimentale sia a seguito di una pronuncia, in quanto, nel primo caso sebbene l'impianto probatorio sia ancora incompleto, è stato evidentemente selezionato e dunque presenta un livello maggiore di affidabilità, nel secondo invece il giudice farà riferimento alle prove così come accertate nella pronuncia¹²².

Per di più da evidenziare è quell'orientamento della Corte di cassazione che sostiene l'operatività di questo limite anche nella fase successiva all'applicazione della misura¹²³.

L'argomentazione del Giudice di legittimità si fonda sulla constatazione per cui la valutazione della proporzionalità, in quanto rappresentativa di una regola generale, opera anche nella fase di esecuzione della misura e non solo al momento della sua applicazione.

Di conseguenza il limite dei tre anni di pena detentiva necessario per l'applicazione della custodia cautelare opererebbe in modo tale che, sopraggiunta una sentenza di condanna, anche non definitiva, a una pena inferiore al suddetto limite, si determinerebbe l'estinzione della misura.

¹²¹ M.G. COPPETTA, *Le modifiche al comma 2-bis dell'art 275 c.p.p. e il d.l. 26 giugno 2014, n.92*, cit., p. 45.

¹²² M.G. COPPETTA, *Le modifiche al comma 2-bis dell'art 275 c.p.p. e il d.l. 26 giugno 2014, n.92*, cit., p.46.

¹²³ Cass. pen. Sez. V, 20 gennaio 2021, n.4948.

L'argomentazione avanzata non è però condivisa dall'intera giurisprudenza della suprema Corte di cassazione, che in una precedente pronuncia, aveva invece negato l'operatività del principio.¹²⁴

Nonostante le chiare difficoltà che concernono una valutazione di tale tipo in una fase ancora preliminare del procedimento, come rilevato da parte della dottrina, si tratta comunque di un'operazione che non si presenta come nuova all'organo cautelare.

Di fatti si è sottolineato quanto già la clausola dei "gravi indizi di colpevolezza" prevista ai sensi dell'articolo 273 comma 1 c.p.p., presenti, seppur in maniera diversa, una valutazione anticipata di tutti i requisiti necessari a condannare, prendendo in considerazione il prognostico accertamento del fatto materiale tipico e dell'antigiuridicità di questo, e la sua riferibilità all'imputato¹²⁵.

A questa considerazione si è aggiunge l'ulteriore necessità che il giudice della cautela emetta una seconda valutazione rispetto alla qualificazione giuridica del fatto e alla determinazione in astratto della pena irrogabile per verificare la sussistenza del requisito di cui all'articolo 280 c.p.p. delle soglie edittali che questo prevede.

Secondo questa visione, infatti, nei casi menzionati il vaglio che il giudice cautelare è obbligato a realizzare non parrebbe dissimile, sotto il profilo meramente tecnico, rispetto alla prognosi richiesta per determinare se la pena applicabile sia o meno inferiore a tre anni. Per la verità, sotto questo punto di vista, ad apparire più articolata sembrerebbe la valutazione richiesta dal primo periodo dell'articolo 275 comma 2 bis concernente il divieto di applicazione delle misure coercitive custodiali a fronte della probabile successiva concessione della sospensione condizionale della pena.

In riferimento a questa, preliminarmente è necessario, evidenziare che, a differenza della limitazione del secondo periodo circa il limite della pena irrogata inferiore a tre anni, il divieto del primo inciso è specificamente destinato a limitare tanto l'applicazione della custodia cautelare in carcere tanto la misura degli arresti domiciliari.

Infatti, come sancito a più riprese dalla Corte di cassazione¹²⁶, « il divieto dell'applicazione della misura degli arresti domiciliari previsto dall'articolo 275 comma 2-bis c.p.p. così come novellato dal d.l. 26 giugno 2014, n.92, convertito con modificazioni nella legge 11 agosto 2014, n.117 consegue esclusivamente alla prognosi di prevedibile concessione della

¹²⁴ Cass. Pen. Sez. IV, 25 giugno 2020, n.211913.

¹²⁵D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*. cit., p. 126.

¹²⁶ Cass. pen., sez. I, 10 dicembre 2014, n. 53541; Cass. pen., sez II, 15 gennaio 2015, n. 4418.

sospensione condizionale della pena e, non anche a quella di prevedibile irrogazione di una pena detentiva non superiore ai tre anni», di talché, ne consegue che il secondo divieto previsto dall'articolo non si applicherà anche alla misura degli arresti domiciliari, o ad altre misure più tenui, le quali potranno essere applicate anche nel caso in cui il giudice ritenga irrogata al termine del giudizio una pena inferiore ai tre anni.

Come accettato, confrontando la complessità del giudizio prognostico cui il giudice è obbligato sulla base della disciplina contenuta nell'articolo 275 comma 2-bis, emerge una maggiore complessità riferibile alla valutazione circa l'applicabilità della sospensione condizionale della pena, in quanto nel caso di specie, il giudice non solo dovrà procedere a valutare se sia prevedibile, in caso di condanna, la sussistenza di tutti i requisiti previsti dall'articolo 163 c.p., ma dovrà ulteriormente prognosticare circa la meritevolezza del beneficio per il futuro condannato, tramite una valutazione che riguarda la circostanza che questo si asterrà da commettere ulteriori reati (ex 164 c.p.)¹²⁷.

Per la verità tale onere motivazionale che appare particolarmente complesso è stato ridimensionato dall'interpretazione del giudice di legittimità, che pronunciandosi sul tema, ha semplificato il giudizio prognostico sostenendo che la ritenuta sussistenza del pericolo di reiterazione del reato ex art 274 comma 1 Lett. c, c.p.p. esime il giudice dal dovere di motivare sulla prognosi relativa alla concessione della sospensione condizionale della pena¹²⁸.

Al contrario la valutazione da emettere in riferimento al divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere nel caso disciplinato dal secondo inciso dell'articolo 275 comma 2-bis c.p.p., è limitato alla pena irrogabile.

Il giudice della cautela sicuramente sarà chiamato a prevedere se vi sarà un processo e se all'esito di questo sia auspicabile la determinazione di una pena inferiore a tre anni, ma non graverà sul giudice *de libertate* un giudizio riguardante la meritevolezza della concessione di un beneficio, né la pericolosità del soggetto, dall'assunto secondo cui è il legislatore a presumere tale elemento individuando le ipotesi derogatorie del divieto in questione.

¹²⁷ M.G. COPPETTA, *Le modifiche al comma 2-bis dell'art 275 c.p.p. e il d.l. 26 giugno 2014, n.92*, cit., p. 48

¹²⁸ Cass., Sez Un., 28 ottobre 2010, n. 248866; Cass., 21 novembre 2013, n. 258501; Cass., 19 maggio 1999, n. 214231.

Nonostante le differenze evidenziate i due divieti menzionati presentano però un elemento che li accomuna, e che rende particolarmente delicato il giudizio prognostico richiesto al giudice, ossia quello di portare agli estremi il principio di proporzionalità¹²⁹.

Constatazione che era già stata avanzata in ordine al giudizio sulla possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena¹³⁰, e che emerge ancora di più in riferimento al secondo divieto.

Tale tesi infatti sottolinea come, in entrambi i casi, il giudice *de libertate* tenderà ad effettuare valutazioni e considerazioni simili a quelle emesse nel giudizio di merito, così da determinare una sorta di sovrapposizione del giudizio provvisorio con quello definitivo, che potrebbe portare a delle possibili interferenze con la presunzione di innocenza dell'imputato. Per la verità tale punto deve essere maggiormente analizzato, in quanto, nonostante la prognosi sulla punibilità del reo richiesta al giudice *de libertate* determini una concreta interferenza del giudizio incidentale con quello principale, essendo questa propedeutica alla concreta realizzazione della proporzionalità nella sfera cautelare non può ritenersi in contrasto con la presunzione di non colpevolezza¹³¹.

Anche la giurisprudenza costituzionale pronunciata sulla possibile illegittimità del giudizio prognostico di cui al comma 2-bis dell'articolo 275 c.p.p. per violazione dell'articolo 27 comma secondo Cost.¹³² ha respinto l'argomentazione del giudice remittente, rilevando che l'apprezzamento del giudice si svolge all'interno di un quadro di valutazione prognostica sul merito dell'accusa che è «coessenziale all'insorgenza stessa del procedimento cautelare» e per questo nessuna violazione subirebbe il principio di presunzione di non colpevolezza.

Così che parte della dottrina considera le limitazioni all'applicazione delle misure cautelari più lesive previste dall'articolo oggetto di analisi riconducibili alla categoria delle presunzioni cautelari pro-reo, in applicazione del principio del *favor libertatis*¹³³.

Volendo tirare le somme dell'analisi fino ad ora emessa possiamo sostenere che, il giudizio *de libertate* ha l'obiettivo di tutelare determinate esigenze cautelari in relazione ad una ipotesi d'accusa, di talché determina un accertamento che è incontrovertibilmente diverso dall'accertamento della responsabilità penale dell'imputato, con la conseguenza che di

¹²⁹ M.G. COPPETTA, *Le modifiche al comma 2-bis dell'art 275 c.p.p. e il d.l. 26 giugno 2014*, n.92, cit., p. 48.

¹³⁰ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, cit., p. 129.

¹³¹ G. DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, Giappichelli, Torino, 2023, p.280.

¹³² Corte cost. 22 luglio 1996, n. 278 nel particolare la pronuncia si riferiva solo al divieto di applicazione della custodia cautelare nell'ipotesi di prevedibile concessione della sospensione condizionale della pena.

¹³³ G. DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., p.282.

norma valutazioni inerenti la sanzione da irrogare, o la possibilità di concedere benefici, si qualificano come escluse dalla fase cautelare in quanto attengono al giudizio principale.

Quanto detto però non esclude che talvolta, proprio in applicazione di canoni fondamentali, tali profili valutativi non possano- direttamente o attraverso apprezzamenti di tipo prognostico- influenzare anche il giudizio incidentale.

I divieti previsti dall'articolo 275 comma 2-bis trovano fondamento sulla inopportunità di disporre misure limitative della libertà personale nel corso di un procedimento penale che potrebbe ragionevolmente essere definito che una pronuncia che comunque non porterà alla effettiva esecuzione della pena detentiva, avendo il legislatore preferito privilegiare in questo senso la libertà personale dell'indagato.

Se altrimenti si consentisse l'applicazione di provvedimenti restrittivi *ante iudicium* non seguiti dall'irrogazione di una sanzione che implichi lo stesso grado di lesività per la libertà personale si finirebbe per riconoscere in maniera consequenziale alla custodia preventiva un'autonoma portata sanzionatoria, con la conseguenza che la misura perderebbe qualsiasi forma di legittimazione, ponendosi in chiaro contrasto con il principio cardine della presunzione di non colpevolezza, che come ampiamente analizzato, impone la netta distinzione delle funzioni perseguite dalle misure cautelari e dalla pena.

È così dunque che tramite l'introduzione normativa della proporzionalità all'interno del sistema cautelare, da principio generale che anima l'intero procedimento penale, a parametro specifico che vincola il giudice nella scelta della misura da disporre che quella originaria "ingiustizia necessaria" è divenuta dunque "ingiustizia proporzionata"¹³⁴.

¹³⁴ N. GALANTINI, "Diritti cautelari" e restrizione della libertà personale nella logica della proporzionalità, in *sistema penale*, 30 giugno 2022.

CAPITOLO IV: La Custodia cautelare e il confronto con il dato statistico

SOMMARIO: 1. La situazione emergenziale del sovraffollamento carcerario e l'utilizzo della custodia cautelare in carcere. 1.1. Le prime strategie intraprese e i moniti internazionali. – 2 Il contrasto all'uso ipertrofico della misura ex art. 285c.p.p e la finalità deflattiva perseguita dal legislatore. – 3 Analisi dei dati recenti.

La situazione emergenziale del sovraffollamento carcerario e l'utilizzo della custodia cautelare in carcere.

La struttura del sistema delle cautele personali e l'applicazione concreta che di queste viene fatta quotidianamente è indice sintomatico della natura garantista della giurisdizione penale di uno stato¹.

L'applicazione della carcerazione preventiva, nello specifico, proprio perché si presenta come la misura maggiormente lesiva della inviolabile libertà personale, è ancor di più rappresentativa di tale elemento.

Nonostante l'ingiustizia connaturata a una misura così afflittiva, per di più applicata ante iudicium, questa è di fatto necessaria la sua funzione è incontrovertibilmente legata all'andamento di un processo, come quello penale, finalizzato all'accertamento della responsabilità di un fatto di reato, e che richiede talvolta l'applicazione di strumenti che neutralizzino pericoli concreti che si possono presentare nel tempo.

A rappresentare quindi la sintomaticità del sistema e dunque far pendere l'ago della bilancia in un senso piuttosto che in un altro, non è tanto la possibilità di fare uso della misura, - comunque, espressiva di ingiustizia necessaria²- quanto più l'utilizzo e il tasso di applicazione che di questa si fa.

Sono infatti il numero di custodie cautelari disposte e il tempo di durate di queste, gli elementi che finiscono per tracciare il discrimine tra l'utilizzo della misura in modo conforme al principio di *extrema ratio*, come strumento eccezionale, perché necessario e indispensabile e l'abuso incontrollato della misura cautelare.

¹ G. ZACCARO, *Misure cautelari e libertà personale*, in *gli speciali di questione di giustizia*, ottobre 2014.

² F. CARRARA, *L'immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Lucca, 1874.

Da tempo nel nostro paese il tema dell'uso ipertrofico della misura custodiale è incontrovertibilmente legato al tema del sovraffollamento carcerario.

Le plurime occasioni di denuncia della condizione emergenziale di sovraffollamento delle carceri Italiane sono state accompagnate da una aspra critica concernente lo spropositato ricorso alla misura inframuraria, soprattutto in quelle occasioni di confronto con i sistemi degli altri paesi europei.

Se infatti guardiamo alla composizione della popolazione dei ristretti nel sistema carcerario italiano, rispetto alla posizione giuridica rivestita, noteremo che il numero di detenuti in attesa di una sentenza definitiva è, in termini assoluti, di gran lunga il più alto in Europa.

Occorre, tuttavia, essere consapevoli che elemento da non tralasciare nell'indagine, è quanto il dato sia contaminato dal fatto che nella stragrande maggioranza dei paesi europei la sentenza di condanna in primo grado è difatti esecutiva, falsando quindi di conseguenza la comparazione effettiva, in quanto gli individui che in Italia verrebbero qualificati come ancora in attesa di un giudizio definitivo – ancorché destinatari di una sentenza di condanna in primo grado- sono nei diversi paesi considerati condannati.

Nonostante tale discrasia, comunque, il dato che emerge nel contesto italiano è sicuramente allarmante.

Infatti, se, come rilevato dall'indagine emessa nei precedenti capitoli, il sistema delle misure cautelari deve essere ispirato al principio del minor sacrificio necessario della libertà personale, che ha come conseguenza diretta, che il ricorso alla custodia cautelare deve essere *l'extrema ratio*, e dunque rappresentare uno strumento eccezionale, ci dovremmo stupire di rilevare come nei periodi più bui oltre il 40% della popolazione detenuta sia stata rappresentata proprio da individui sottoposti alla misura coercitiva³.

È dunque, sulla base di tale premesse, che l'indagine circa l'applicazione delle cautele nel sistema italiano non può arrestarsi a un'analisi del dettato normativo e dei relativi principi sottesi, ma deve spingersi oltre, rivolgendo lo sguardo ai numeri del diritto vivente, espressivi della reale prassi applicativa.

L'indagine non può che prendere le mosse dalla presa di coscienza avuta rispetto alla condizione di sovraffollamento nel sistema carcerario italiano, occasione che ha poi messo ancor di più in luce le lacunosità concernenti il sistema delle cautele.

³ Percentuale di cui fa menzione la Corte e.d.u. nella sentenza Corte e.d.u, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.

È necessario quindi analizzare il rapporto tra sovraffollamento carcerario e misura custodiale, questo perché è stata proprio la consapevolezza della condizione emergenziale in cui ha versato per anni il sistema carcerario italiano a sensibilizzare, forse in maniera più consapevole, le critiche rispetto all'utilizzo dello strumento custodiale.

La condizione di sovraffollamento che caratterizza il sistema carcerario italiano non può e non deve essere infatti trattata come fenomeno espressivo di una emergenza straordinaria, bensì come una problematica strutturale che investe l'Italia ormai da più di quarant'anni⁴.

Da rilevare infatti è che l'Italia dal 1992 ad oggi, per quello che concerne il rapporto tra detenuti presenti nel regime detentivo e posti effettivamente disponibili, si è sempre assicurata un posto nelle ultime posizioni della difficile classifica del sovraffollamento carcerario, raggiungendo il picco del 140%, che oggi è al 119,1% a fronte di una media europea del 99,3%⁵.

Premessa necessaria all'indagine che segue è che in realtà la “*prison overcrowding*”, ossia la vertiginosa crescita della popolazione detenuta, è un fenomeno che nel primo decennio degli anni 2000 si è concretizzato in molti paesi europei, non è quindi di per sé una condizione da doversi imputare solamente al nostro paese⁶.

Condizione però che a livello europeo negli anni è diminuita vertiginosamente infatti, dal 2012⁷ in poi, il numero delle persone detenute nelle carceri europee è con costanza diminuito, rilevando proprio a partire da quell'anno una condizione di sovraffollamento grave in 22 paesi, per poi assistere a una prima diminuzione del 7.5% tra il 2013 e il 2016, che poi si è gradualmente affievolita, arrivando una media europea del tasso di sovraffollamento del 86,6⁸.

Secondo parte della dottrina, il massiccio incremento dei numeri potrebbe trovare in parte causa nel principio del “*tough on crime*”⁹, intendendosi per questo, l'inasprimento legislativo della politica criminale e di conseguenza il ricorso a sistemi coercitivi di repressione dei reati di maggiore allarme.

⁴ Lavori preparatori della legge di conversione del D.L. n. 211 del 2011.

⁵ Dati Associazione Antigone Web: <https://www.antigone.it/>.

⁶ G. CHIOLA, *Il sistema carcerario italiano: profili costituzionali*, Giappichelli, Torino p.159.

⁷ V. dati SPACE Consiglio d'Europa 2018, elaborati nel XV Rapporto sulle condizioni di detenzione.

Carceri in Europa, numeri e politiche, in www.antigone.it.

⁸ V. dati M. GIALUZ, J. DELLA TORRE., *Giustizia per nessuno*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 180 tabella 47.

⁹ J. SIMON, *Governing through Crime. How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*, Oxford University Press, 2007.

L'idea di base è che intraprendendo una politica criminale più serrata, inevitabilmente il tasso di criminalità è portato a incrementare, così da determinare una maggiore quantità di reati commessi, con un conseguente aumento della popolazione detenuta.

Tale spiegazione non trova in realtà un riscontro assoluto nel contesto italiano, in quanto, al picco massimo di popolazione detenuta, non ha corrisposto un contestuale aumento del numero dei reati commessi.

Il fenomeno italiano, quindi, finisce per rappresentare un caso anomalo.

Si è, infatti, rilevato che all'aumento della popolazione sottoposta a regime inframurario non si rinviene contestualmente un aumento del tasso di commissione dei reati, che viceversa, sono diminuiti in misura superiore rispetto alla media del continente¹⁰.

Se quindi causa scatenante e principale dell'aumento della popolazione detenuta, rispetto alla capienza legittima delle carceri, non è stata rinvenuta nell'aumento lineare del tasso di criminalità e quindi di ingressi nuovi nel circuito inframurario, allora lo sguardo deve essere riposto in altri fattori.

Scontata è la considerazione per la quale la causa di un complesso fenomeno come quello del sovraffollamento carcerario non può essere rintracciata in un solo elemento, ma è espressione della concomitanza di molteplici cortocircuiti presenti nel sistema.

Tra i vari fattori che nella storia del sistema detentivo italiano hanno sicuramente incrementato il dilagante superamento della capienza regolare degli istituti carcerari vi è l'eccessivo ricorso alla custodia cautelare in carcere e la conseguente elevata durata della misura, insieme con una scarsa valorizzazione delle misure alternative al circuito inframurario.

Infatti, per avere un'idea delle dimensioni del problema, si fa riferimento a quanto risultante dall'indagine statistica commissionata dal Ministero della giustizia nel 2011, periodo nel quale si è assistito a uno dei picchi più dirompenti del sovraffollamento.

La capienza regolamentare degli istituti carcerari italiani si aggirava intorno ai 45.700 posti regolari, nonostante il tasso di detenuti presenti concretamente nel sistema detentivo fosse di 66.897 mila, rappresentando quindi oltre il 45% in più della capienza legittima¹¹.

¹⁰ V. dati SPACE Consiglio d'Europa 2018, elaborati nel XV Rapporto sulle condizioni di detenzione. *Carceri in Europa, numeri e politiche*, in www.antigone.it

¹¹ Dati del ministero della giustizia aggiornamento al 31 dicembre del 2011, web : https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST720006

Per di più, oltre a rilevare il superamento drammatico delle soglie di capienza massima delle carceri, profilo particolarmente significativo per l'indagine che qui si propone è che la percentuale di individui sottoposti a custodia cautelare -ancora quindi in attesa di giudizio- nello stesso anno rappresentavano oltre il 40% della popolazione detenuta complessiva¹².

Come evidenziato, il sovraffollamento carcerario, quindi, si è sempre qualificato come una condizione sistematica nel sistema italiano, ma solo nell'ultimo decennio il tema ha acquisito una risonanza maggiore, avendo rilevato l'impatto lesivo che il fenomeno ha rispetto alla tutela dei diritti dei detenuti.

L'emergenza delle carceri, infatti, si presenta come una pena ulteriore, tanto da sopprimere quella preziosissima sfera di diritti che ai detenuti, nonostante la condizione di carcerazione, sono e devono comunque essere riconosciuti; non a caso, l'insufficiente capienza degli istituti a ospitare numeri ben più elevati di quelli ritenuti regolari, in plurime occasioni, ha fatto sì che la permanenza nell'istituto detentivo si trasformasse in un trattamento inumano e degradante.

Se quindi il trattamento penitenziario, come previsto dall'articolo 1 della legge n. 354 del 1975, deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità umana, la condizione drammatica di sovraffollamento potrebbe impedire che il trattamento sia conforme a quanto previsto dalla legge di ordinamento penitenziario e dalla Carta costituzionale¹³, minando la garanzia di una condizione così necessaria e indispensabile.

Questo perché conseguenza logica dello spropositato numero di detenuti presenti nell'istituto è, evidentemente, la riduzione significativa degli spazi disponibili, il che determina in primo luogo gravi difficoltà nella conduzione della vita all'interno della camera di pernottamento, dove in linea tendenziale i detenuti trascorrono – nel concreto- circa venti ore al giorno.

Non è infatti un caso che, proprio riconoscendo la fondamentale importanza di vivere in un ambiente salubre e dignitoso, l'articolo 6 della legge di ordinamento penitenziario specifichi le condizioni che dovrebbero soddisfare i locali di pernottamento, sottolineando tra l'altro, la necessità che siano di ampiezza sufficiente.

¹² Si tenga presente che in riferimento alla percentuale degli individui in attesa di giudizio vi sono anche gli appellanti e i ricorrenti.

¹³ Si fa riferimento all'articolo 27, comma 3 Cost. "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità..."

Inoltre, alla riduzione degli spazi, consegue altresì, una diminuzione delle opportunità che gli istituti detentivi dovrebbero essere in grado di offrire ai detenuti e che dovrebbero rientrare nel trattamento penitenziario.

La sovrappopolazione detentiva difatti diminuisce, se non quasi azzerata, la possibilità di esercitare lavoro all'interno del carcere, difettando il meccanismo della rotazione per la quantità di individui presenti nelle liste, rende poi impraticabile o quanto meno ardua la possibilità di accesso agli spazi comuni al fine di trascorre un tempo di qualità.

Le elevate presenze determinano poi, inevitabilmente, una flessione dei meccanismi di controllo.

Questo elemento, oltre a essere particolarmente rilevante sul piano del controllo esercitato in tema di sicurezza, comporta anche dei gravi rischi in tema di danni ai detenuti più deboli, senza tralasciare i grandi disagi che si verificano in tema di individualizzazione del trattamento, non essendo il personale capace di esercitare un'osservazione di qualità a cui ciascun condannato dovrebbe essere sottoposto, che si pone come base fondamentale del trattamento detentivo e della sua funzione¹⁴.

In ultimo, da considerare ulteriormente è che il sovraffollamento chiaramente determina anche una maggiore difficoltà per l'amministrazione di tenere distinti gli individui detenuti in relazione alla loro posizione giuridica.

1. Le prime strategie intraprese e i moniti internazionali.

Nonostante, nel nostro carcere, i numeri relativi agli individui giudicabili siano stati per decenni particolarmente allarmanti, le strategie intraprese dal legislatore negli anni non hanno sempre tenuto conto dell'impatto rilevante che produce l'uso ipertrofico della custodia cautelare rispetto all'aumento dei numeri della popolazione detenuta.

Nell'analisi degli interventi realizzati dallo Stato italiano volti a ridimensionare il numero della popolazione carceraria negli ultimi anni, non rintracciamo, infatti, una linea direttrice univoca nella modalità di affrontare il fenomeno emergenziale.

¹⁴ F. ANGELINI, *Il carcere: i numeri, i dati, le prospettive*, in *Questione Giustizia* 2010,1, p.52.

Una prima strategia intrapresa tra la fine degli anni Novanta del XX secolo e l'inizio del nuovo secolo si è basata prevalentemente sul ricorso a provvedimenti di clemenza come l'indulto e l'amnistia¹⁵.

In particolare, si può rammentare, per brevi cenni, quanto alla luce della continua crescita della popolazione penitenziaria il legislatore con la legge 1° agosto 2003 n. 207, abbia varato un provvedimento noto come "indultino", finalizzato per un verso a imporre la scarcerazione di detenuti che avessero scontato almeno metà della pena e il relativo residuo non superasse i due anni, e per l'altro, di evitare l'entrata nel circuito inframurario di quei soggetti che, condannati a pena detentiva, non superiore a due anni, fossero in attesa di esecuzione.

Nonostante l'intervento realizzato pochi anni prima, il legislatore dovette riaffrontare l'emergenza carceri tramite l'emanazione di un ulteriore provvedimento di indulto con la legge del 31 luglio 2006 n.241, approvata con la maggioranza qualificata richiesta dall'articolo 79 Cost., di cui beneficiarono gli autori di reati commessi entro il 2 maggio del 2006.

Sicuramente il ricorso al provvedimento di clemenza produsse gli effetti sperati nel breve periodo, non a caso venne autorevolmente definito come uno dei provvedimenti «più generosi nella storia italiana, in quanto ha condonato tre anni di pena detentiva»,¹⁶ considerato che al 31 agosto del 2006 la popolazione penitenziaria era diminuita a 38.000 unità, ma già nel 2009 il tasso di affollamento era già impennato a 63.000 individui, per poi sfiorare il picco massimo a giugno 2010 in 68.000¹⁷.

Benché nel breve periodo i provvedimenti di cui sopra produssero gli effetti sperati, riducendo drasticamente il numero degli individui inseriti nel circuito inframurario, questi comunque proponevano una soluzione al problema immediata, e non al contrario finalizzata a modificare un fenomeno fortemente radicato nel sistema, che richiedeva evidentemente una soluzione che esprimesse effetti durevoli nel tempo.

La questione verte chiaramente sul fatto che i provvedimenti di indulto emanati dal legislatore, in quanto finalizzati a estinguere la pena, determinavano un istantaneo

¹⁵ P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ, *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 548.

¹⁶ Espressione utilizzata da G. NEPPI MODONA, *Perdono e clemenza di Stato nella giustizia penale italiana*, in *Grazia e giustizia. Figure della clemenza tra tardo medioevo ed età contemporanea*, a cura di K. HATER-C. NUBOLA, Bologna, 2011, p. 581.

¹⁷Dati del ministero della giustizia
https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/statistiche?facetNode_1=0_2&facetNode_2=1_5_28&selectedNode=1_5_2

decongestionamento carcerario, a cui poi non seguiva il mantenimento di quei numeri durante gli anni.

La ricerca di una soluzione diversa parve obbligata, anche alla luce dei gravi moniti espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, prima nel 2009, tramite la nota pronuncia relativa al caso Sulejmanovic¹⁸, poi il monito divenne ancora più imperativo nella storica sentenza pilota del caso Torreggiani¹⁹.

Il legislatore quindi a fronte della condizione emergenziale di sovraffollamento, per di più aspramente denunciate dalla Corte di Strasburgo, dovette abbandonare la strategia dei provvedimenti di clemenza, che benché risolutivi nell'immediato non avevano mutato la condizione nel lungo periodo, per ricorrere a una tattica che affrontasse il problema a tutto tondo: non una soluzione effimera e limitata negli effetti temporali, ma un nuovo approccio che rimodulasse l'intero sistema, dall'accesso in carcere, fino alla fase esecutiva.

E dunque un primo passo in questa direzione avvenne, a seguito della prima delle due pronunce richiamate, con l'emanazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri il 13 gennaio del 2010²⁰, con il quale venne dichiarato lo stato di emergenza nazionale, a causa del sovraffollamento, visto il drammatico tasso del 151 %, cui seguì l'elaborazione di un piano d'intervento definito "piano carceri"²¹.

Il programma era fondamentalmente basato su quattro linee di intervento: le prime due erano finalizzate ad arginare il fenomeno sul piano dell'edilizia carceraria, la terza finalizzata a implementare il piano normativo e l'ultima invece prevedeva l'assunzione di 2.000 nuovi agenti di polizia penitenziaria.

In attuazione del primo "pilastro" si prevedeva la costruzione di undici nuovi istituti penitenziari e di venti padiglioni all'interno di strutture già esistenti, che avrebbero incrementato la capienza degli istituti carcerari, intervenendo dunque concretamente sull'offerta penitenziaria²².

¹⁸ Corte e.d.u., 16 luglio 2009, n.22635\03, Sulejmanovic c. Italia.

¹⁹ Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, torreggiani c. Italia.

²⁰ Ordinanza del presidente del consiglio dei ministri 13 gennaio 2012.

²¹ Si fa riferimento all'ordinanza 3861 del 19 marzo 2010, intitolata "disposizioni urgenti di protezione civile dirette a fronteggiare la situazione di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale", con la quale il presidente del Consiglio dei ministri ha nominato un Commissario delegato al Ministero della Giustizia incaricato di elaborare il piano di intervento per le carceri.

²² In particolare, il piano prevedeva inizialmente in primo luogo l'ampliamento di una serie di istituti già esistenti, per poi prevedere tra il 2011 e 2012 la costruzione dei nuovi stabilimenti, così da portare la c.d. capienza tollerabile delle carceri italiane a circa 80.000 mila unità, con un incremento di oltre 21.700 posti. https://www.camera.it/leg17/465?tema=la_questione_carceraria.

Sul fronte normativo invece si diede l'avvio all'emanazione di una serie di provvedimenti, tra i quali rinveniamo in prima battuta la riforma varata con la legge n.199 del 26 novembre del 2010, con la quale furono adottate disposizioni straordinarie in materia di esecuzione delle pene, denominata "esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno".

La c.d. detenzione domiciliare "svuota carceri" avrebbe dovuto rappresentare una misura eccezionale, restando in vigore il tempo necessario per mettere in atto il piano di intervento per le carceri e comunque non oltre il 31 dicembre del 2013, mai poi l'istituto divenne definitivo perdendo il carattere della temporaneità con l'emanazione della l. 21 febbraio 2014 n.10.

Tramite il provvedimento in questione si è cercato di fornire una soluzione radicale anche al fenomeno problematico delle c.d. porte girevoli, ovvero la permanenza brevissima in carcere di arresti in flagranza da sottoporre al rito direttissimo.

Nonostante alla data del 13 aprile 2012 il tasso di sovraffollamento, come rilevato dal Ministero della giustizia, fosse circa del 148% e i detenuti presenti nelle carceri fossero 66.585²³, quindi mostrando degli effetti lievemente positivi rispetto alla situazione antecedente, l'emergenza permaneva.

Sarà poi con la sentenza Torreggiani²⁴, che la Corte e.d.u., comunque riconoscendo i miglioramenti apportanti con gli interventi precedenti, richiederà ulteriori sforzi da parte dello stato italiano visto «il carattere strutturale e sistematico del sovraffollamento carcerario».

La patologia sistematica del sistema carcerario italiano, che trae origine da un malfunzionamento cronico, richiede per essere sedata, a detta della corte, l'introduzione rimedi e misure idonee, anche in termini di ricorsi effettivi ed efficaci. Non è questa la sede per ripercorrere in profondità le cadenze argomentative e i parametri specificatamente indicati nella sentenza, ma a fini di completezza, si deve specificare quanto nel caso di specie la Corte e.d.u. avesse rilevato una violazione sistematica dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in materia di divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani

²³ Dati del ministero della giustizia:

[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2\(2013\)&facetNode_2=0_8_1_85&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU810042#:~:text=Sentenza%20della%20Corte%20Europea%20dei,Italia&text=Questa%20sentenza%20diverr%C3%A0%20definitiva%20alle,44%20%C2%A7%202%20della%20Convenzione.](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2(2013)&facetNode_2=0_8_1_85&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU810042#:~:text=Sentenza%20della%20Corte%20Europea%20dei,Italia&text=Questa%20sentenza%20diverr%C3%A0%20definitiva%20alle,44%20%C2%A7%202%20della%20Convenzione.)

²⁴ Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, torreggiani c. Italia.

e degradanti, a carico dello Stato italiano a causa delle condizioni di detenzione nelle carceri italiane, con particolare riferimento alla problematica del sovraffollamento carcerario.

I trattamenti inumani e degradanti accertati dalla Corte in riferimento ai sette ricorrenti²⁵ trovano ragione nella inadeguatezza delle condizioni detentive a garantire quanto richiesto dall'articolo 3 Cedu.

L'oggetto di censura delle Corte non ha solo riguardato le condizioni carcerarie dei ricorrenti, ma l'intero assetto penitenziario italiano: è stata un'occasione per la Corte di accertare incapacità dell'intero sistema di assicurare il rispetto della dignità umana.

La procedura pilota infatti ha avuto lo scopo di «porre chiaramente in luce l'esistenza di problemi strutturali che sono all'origine delle violazioni lamentate dai ricorsi seriali, e di indicare allo stato le misure e le azioni indispensabili per porvi rimedio, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri (...): e ciò in conformità al principio di sussidiarietà che regola i rapporti tra la Corte e gli Stati parte della Convenzione, secondo il quale spetta anzitutto alle autorità nazionali assicurare un'adeguata tutela ai diritti convenzionali²⁶».

Infatti, constatando che le carceri italiane, concretamente capaci di avere una capienza di circa 45.000 detenuti, ospitavano al tempo 66.585 individui, con un tasso quindi di sovraffollamento del 148%²⁷, la corte ha dunque sottolineato e sensibilizzato rispetto alla portata generale del fenomeno, che incide sull'intera popolazione carceraria e ha preconizzato una soluzione rapida ed effettiva del malfunzionamento sistematico²⁸.

La diagnosi della Corte circa l'esistenza e la natura della patologia sistematica si basa essenzialmente su due fattori: l'abuso concernente lo strumento della custodia cautelare e la continua crescita della popolazione carceraria.

La Corte in particolare, per il profilo che qui ci interessa maggiormente, si sofferma sull'analisi della condizione di sovrappiaccazione della misura della custodia cautelare, rilevando un tasso allarmante, ossia 42%²⁹ degli individui inseriti nel circuito penitenziario risultava essere in attesa di giudizio; dunque, circa due detenuti su cinque erano sottoposti alla misura della custodia cautelare in carcere.

²⁵ F.M. Torreggiani; B.Bamba; R.R. Biondi; A. Sela; T.Ghisoni; M.EL Haili; R. Hajjoubi.

²⁶ F.VIGANÒ, *La sentenza pilota della Corte Edu sul sovraffollamento delle carceri Italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p.3.

²⁷ I dati presi in considerazione dalla Corte nella sentenza Torreggiani e altri sono aggiornati al 13 aprile 2012.

²⁸ A. TAMIETTI, M. FIORI, F. DE SANTIS DI NICOLA, D. RANELLI, V.LEDRI, *Note a margine della sentenza della corte europea dei diritti dell'uomo nel caso torreggiani e altri*, in, *Giurisprudenza Internazionale*, p 73.

²⁹ Corte e.u.d, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.

I Giudici di Strasburgo hanno quindi esortato lo Stato italiano a provvedere con la riduzione dell'inflazione carceraria, attraverso un più ampio uso delle misure alternative, attraverso il richiamo al principio, già ampiamente affermato dalla Corte costituzionale, del «minore sacrificio necessario», secondo cui la compressione della libertà personale deve essere contenuta entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari³⁰.

All'analisi della Corte, infatti, venivano allegati in particolare i principi di base enunciati nella Raccomandazione³¹ in materia di custodia cautelare, in relazione alle quali si invitano gli stati alla riduzione al minimo compatibile con gli interessi della giustizia dell'applicazione della misura e della durata della stessa, ricorrendo dunque in maniera minimale alla carcerazione utilizzando il più possibile misure alternative.

La denuncia imperativa proveniente dalla Corte e.d.u., ha ancor di più evidenziato quanto l'emergenza carceri, derivante da una insufficiente capienza degli istituti ad accogliere numeri così elevati, fosse inevitabilmente alimentata dall'uso ipertrofico della carcerazione preventiva, sensibilizzando quindi il tema del mal funzionamento, tra le altre cose, del sistema delle cautele personali in Italia.

La decisione dei giudici di Strasburgo ha sostanzialmente certificato il fallimento dell'Italia nelle politiche "penitenziarie", avendo esplicitamente osservato, in maniera *tranchant*, che «quando lo stato non è in grado di garantire a ciascun detenuto condizioni detentive conformi all'art 3 della Convenzione, la Corte lo esorta ad agire in modo da ridurre il numero di persone incarcerate, in particolare attraverso una maggiore applicazione di misure punitive non privative della libertà (...) e una riduzione al minimo della custodia cautelare³²».

In ottica generale, infatti, i giudici di Strasburgo hanno fornito ulteriori indicazioni sulle misure generali da attuare attraverso il rinvio al contenuto di due raccomandazioni del comitato dei ministri del consiglio d'Europa, riguardanti il sovraffollamento e le condizioni di detenzione³³.

In tal maniera si è richiamata l'attenzione del Governo italiano su due aspetti fondamentali: l'esigenza di contestualizzare il fenomeno del sovraffollamento, considerandolo come la "punta dell'iceberg" del fallimento delle politiche penali e penitenziarie, e la conseguente

³⁰ Corte Costituzionale, sentenza del 7 luglio 2005, n. 299.

³¹ Raccomandazione n.(87) 18.

³² Corte e.u.d, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.

³³ Raccomandazione n. R(99)22 del comitato dei ministri del consiglio d'Europa del 30 settembre 1999 riguardante il sovraffollamento delle carceri e l'inflazione carceraria; Raccomandazione R(2006) 2 dell'11 gennaio 2006 e dedicata alle condizioni di detenzione.

inefficacia di misure volte a tamponare gli effetti del sovraffollamento, ma incapaci di rimuoverne le cause.

Una volta contestualizzato il corredo storico, del legame tra sovraffollamento carcerario e utilizzo della custodia cautelare, è necessario indagare circa le modalità concrete con le quali l'applicazione della misura custodiale alimenti effettivamente la popolazione carceraria, e soprattutto se l'incidenza abbia effettivamente una portata così significativa.

L'analisi, quindi, verrà condotta in riferimento al periodo antecedente e immediatamente successivo alla sentenza pilota della Corte e.d.u.³⁴, per poi indagare successivamente in che modo, gli interventi del legislatore, abbiamo mutato il rapporto evidenziato.

Al 31 dicembre del 2009 la percentuale di imputati in attesa di giudizio sottoposti alla misura della custodia cautelare sul totale della popolazione carceraria si aggirava intorno al 46%, dunque, all'incirca, poco meno di un detenuto su due, risultava essere inserito nel circuito carcerario in applicazione di una misura cautelare *ante iudicium*.

Analizzando poi la composizione della popolazione detentiva dall'anno 2009 al 2015³⁵, emerge che la percentuale, con costanza diversa, sia gradualmente diminuita.

Nell'anno 2015, infatti, solo 17.785 mila soggetti, su un totale di 52.164 mila, risultavano essere presenti nel circuito detentivo benché ancora non condannati definitivi, o ancora imputati, percentuale che mostra quindi una evidente diminuzione.

A questo dato possiamo accostare l'indagine circa l'andamento della percentuale di sovraffollamento negli stessi anni, da questa emerge che nel 2009, il tasso di sovraffollamento risultava essere del 147%, per una capienza massima di 43.257 mila posti, infatti, il numero degli individui materialmente reclusi era di gran lunga superiore aggirandosi intorno ai 63.630 mila³⁶.

Per poi constatare che nel periodo temporale che va dal 2009 al 2015³⁷ l'indice di sovraffollamento, eccezion fatta per l'anno 2010 periodo nel quale si registra un dato del 151 % che rappresenta il picco massimo registrato in quegli anni, la percentuale di

³⁴ Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.

³⁵ Si fa riferimento per necessità di coerenza ai dati rilevati il 31 dicembre di ogni anno preso in considerazione: 42% nel 2010, 41% nel 2011, 39% nel 2012, 37% nel 2013, 34 % nel 2014, 34% nel 2015. Dati: https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/statistiche?all=true&frame11_item=2.

³⁶ Dati rilevati dal ministero della giustizia

https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/statistiche?all=true&frame11_item=2

³⁷ Le percentuali per anni: 147% (2009), 159 % (2010), 146 % (2011), 139 % (2012), 131% (2013), 107% (2014), 105 % (2015). Dati del ministero della giustizia

https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/statistiche?all=true&frame11_item=2

sovrapopolazione delle carceri italiane è gradualmente diminuita per giungere nel 2015 il minimo del 105%.

Confrontando i dati, emerge che la diminuzione della popolazione sottoposta alla misura cautelare sia stata effettivamente seguita da un corrispondente decremento del tasso di sovraffollamento, rappresentando quindi una diminuzione dei numeri non solo in termini assoluti, ma anche in percentuale, tra soggetti sottoposti a custodia cautelare in attesa di primo giudizio e condannati definitivi³⁸.

Se giungessimo tramite solo tale constatazione, per di più riferita esclusivamente a un'analisi dei dati, alla soluzione di individuare nel tasso di applicazione della custodia cautelare l'unica ragione di incremento della popolazione carceraria, si finirebbe per assumere una visione miope del fenomeno.

Quello che è pacifico sostenere è che il sovraffollamento, naturalmente, è un fenomeno che trae origine dall'abuso in generale del carcere, abuso tanto nel corso del processo e quindi nell'applicazione della custodia cautelare, tanto come abuso complessivo della criminalizzazione³⁹.

A questo poi bisogna aggiungere quanto il tasso di sovrapopolazione sia concretamente incrementato dall'inefficacia della edilizia penitenziaria, il problema è dunque strettamente consequenziale alle preoccupanti carenze strutturali delle carceri italiane, tanto per l'obsoleto stato degli edifici, tanto per il limitato numero di posti disponibili.

Pare scontato constatare che la consistente diminuzione di entrambi gli indici presi in considerazione sia frutto delle riforme e degli interventi posti in essere dal legislatore dal 2010 in poi.

È evidente dai dati, che le modifiche apportate, abbiano inciso rispetto al sistema delle cautele, e dunque in netta corrispondenza con l'intenzione del legislatore di deflazionare l'utilizzo della custodia cautelare, il ricorso allo strumento *ante iudicium* sia concretamente diminuito.

Quello che però emergerà anche attraverso l'analisi che seguirà rispetto ai provvedimenti intrapresi dal legislatore nel tema specifico delle misure cautelari, è che i provvedimenti immediatamente successivi alla pronuncia internazionale, caratterizzati dalla smania di

³⁸ Al 30 giugno del 2015 infatti 8.878 risultavano i detenuti in attesa del giudizio di primo grado e 8.952 i condannati non definitivi.

³⁹ A. MARGARA, *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in FRANCO ANGELI (a cura di), *Questione giustizia: bimestrale promosso da Magistratura democratica*, f. 5, 2009, p. 103.

otturare la falla rilevata, peccavano evidentemente di sistematicità generale, in quanto ben più indirizzati a ridurre il tasso di applicazione della custodia cautelare ai fini del decongestionamento della popolazione carceraria piuttosto che determinare una riforma sistematica dell'impianto cautelare⁴⁰.

Dando per assunto che l'applicazione della misura custodiale determini inevitabilmente un'influenza sul numero della popolazione carceraria, necessario è comprendere come questa concretamente incida rispetto al superamento della capienza tollerata.

In primo luogo, l'utilizzo della carcerazione preventiva, oltre il perimetro del principio di *extrema ratio* è alimentato da un meccanismo perverso autoindotto dal sistema: le lungaggini procedurali- che si presentano come incettabili- determinano uno scollamento tra il momento di commissione del reato e il momento dell'esecuzione della pena che determina una condivisa percezione della insufficienza del sistema repressivo.

Così che la risposta immediata rispetto alla presunta commissione di un reato appare il ricorso al sistema delle cautele, che non fa altro che alimentare la percezione della presenza repressiva dello stato in una fase ancora primordiale come quella delle indagini.

Non a caso l'ingresso in carcere, nel nostro Paese, avviene nella stragrande maggioranza dei casi in applicazione di una misura cautelare detentiva, destinata- nei casi più gravi- a trasformarsi direttamente in espiatione della pena con la condanna definitiva, quando è viceversa ridotto il numero dei detenuti che vengono incarcerati in esecuzione di una condanna.

È facile, dunque, constatare come vengano scaricate tutte le tensioni derivanti dal conflitto tra la doverosa azione di repressione dei reati da parte dello stato e la tutela della libertà personale, sulla fase cautelare⁴¹.

Con la conseguenza che la percezione della misura custodiale finisce per assumere e concretamente assume nell'immaginario collettivo le sembianze della pena.

Un secondo profilo altrettanto significativo riguarda il tema della durata, che per la verità richiede un'analisi maggiore.

⁴⁰ L. FILIPPI, *Adelante pedro... con (poco) judicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Dir.pen.proc.*, 2014, fasc.4 , p.377.

⁴¹ G. ILLUMINATI, *introduzione alla riforma*, in L. GIULIANI (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali.*, Giappichelli, Torino, 2015, p.37.

Il profilo problematico concernente il massiccio impiego della custodia cautelare, si presenta, in riferimento alla durata, come espressivo di due fenomeni apparentemente opposti, ma in realtà sintomatici della stessa patologia.

Infatti, analizzando la situazione si ricava un apparente paradosso: da un lato, in Italia la misura custodiale può assumere- e concretamente assume- una durata patologica; dall'altro più della metà dei detenuti esce dal carcere pochi giorni dopo l'ingresso.

Come emerge infatti dai dati riportati, il 50 % dei detenuti che fanno ingresso in carcere dalla libertà vi resta per non più di 11 giorni, elemento che dimostra di per sé quanto la restrizione massima della libertà personale non viene affatto concepita quale *extrema ratio*, ma al contrario come misura generale tutt'altro che eccezionale.

Il fenomeno delle c.d. "porte girevoli", che indica la permanenza in carcere per brevissimi periodi di tempo tra l'arresto in flagranza e la convalida della misura limitativa della libertà, destinata poi nella stragrande maggioranza delle volte a non essere seguita dall'adozione di misure inframurarie, è sintomatico di una patologia rilevante, di una percezione del possibile ricorso alla misura custodiale ampio, che al contrario dovrebbe essere evidentemente ristretto ai casi limite.

Il ricorso al carcere in via cautelare si presentava quindi come la scelta da preferire, stravolgendo drasticamente i principi garantisti basilari di un sistema come quello cautelare estremamente sensibile e potenzialmente altamente lesivo dei diritti fondamentali degli individui.

Possiamo allora sostenere, che la condizione del sovraffollamento carcerario abbia rappresentato l'occasione per prendere consapevolezza dell'ulteriore patologia che affligge il sistema penale italiano, falla nel sistema che appare significativa indipendente dal numeri del carcere, ma che riguarda una promessa espressa in sede di emanazione del codice di rito del 1988, poi tradita negli anni, che necessitava di una profonda innovazione.

Il contrasto all'uso ipertrofico della misura ex art. 285 c.p.p. e la finalità deflattiva perseguita dal legislatore.

L'instabilità che ha caratterizzato l'impianto normativo del sistema cautelare, derivante dall'andamento di una produzione legislativa tutt'altro che lineare, ma che al contrario è

parsa negli anni sintomatica di oscillazioni alternativamente securitarie e garantiste, richiedeva già da tempo l'intervento di una riforma che definisse il sistema in un'ottica di razionalizzazione⁴².

In dottrina, ben prima dell'ultimatum espresso in sede internazionale, si auspicava l'avvento di una novella che rappresentasse un segno di rottura con la direzione intrapresa nel tempo dal legislatore, e che determinasse un ritorno alla sintonia con i principi originariamente formulati nel codice di procedura penale del 1988, dichiaratamente ispirati alle garanzie costituzionali in materia cautelare⁴³.

L'intenzione del legislatore di ridimensionare il ricorso alla misura custodiale e in generale di ridefinire alcuni punti chiave della disciplina delle misure cautelari, benché divenuta scelta obbligata e necessaria a seguito della sentenza Torreggiani, era un tema che richiedeva risposte e soluzioni già da tempo, constatato quanto l'assetto del sistema nel tempo si sia sempre di più allontanato dalle scelte di fondo espresse con l'entrata in vigore del nuovo codice di rito.

Da evidenziare è che profilo sotteso a qualsiasi riforma o modifica del processo penale in generale, ancor di più nel tema delle cautele, è che queste sono volte alla ricerca necessaria di un ragionevole equilibrio tra l'esigenza collettiva di effettività della giustizia penale, ampiamente riconosciuta anche a livello Costituzionale – che peraltro legittima esplicitamente l'uso della carcerazione preventiva al comma 5 dell'articolo 13 Cost.- e la tutela dei diritti inviolabili.

Così che, come altrimenti si dice, «l'obbiettivo è quello di individuare il criterio di ripartizione del rischio del processo, il cui esito è fisiologicamente incerto, tra lo Stato e l'imputato⁴⁴».

Se è vero che la custodia cautelare deve rappresentare *l'extrama ratio*, l'ultima eccezionale risposta del sistema, allora la necessità di ricondurre il sistema al principio in questione, non può rilevare solo in relazione al problema del numero dei detenuti e dello spazio vitale, ma è un'urgenza connaturata a un sistema non più espressivo delle istanze garantiste originarie. Ostacolare il ricorso all'utilizzo della custodia cautelate in carcere come strumento di anticipazione della pena, come risposta immediata a istanze repressive, uso che si pone in

⁴² G. ILLUMINATI, *introduzione alla riforma* cit. p. 39

⁴³ G.SPANGHER, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la legge n.47 del 2015*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 luglio 2015, p. 1.

⁴⁴ G. ILLUMINATI, *introduzione alla riforma*, cit. p 40.

aperto contrasto con il principio di presunzione di non colpevolezza, è il tema che si pone alla base dell'intenzione *perseguita* in particolare dalla legge 47 del 2015.

Che la sentenza Torreggiani sia stata l'occasione per rimediare ai cortocircuiti presenti nel sistema cautelare è chiaramente innegabile, ma ricondurre gli innumerevoli intertenenti intrapresi dal legislatore solo all'obbiettivo di decongestionare il fenomeno del sovraffollamento è difatti non propriamente corretto.

Nonostante possa essere opinione diffusa quella che annovera la riforma delle misure cautelari attuata con la legge 16 aprile 2015 n. 47 nel novero dei c.d. decreti svuota carceri, quindi tra quella serie di provvedimenti, leggi e decreto-legge, che sono stati adottati in risposta al grave monito della Corte europea dei diritti dell'uomo, essa appare condivisibile solo in parte.

Se da un lato, infatti, si può sostenerne che sia evidentemente stata la pronuncia a puntare i riflettori sul tema cautelare, dall'altro non si può negare che l'esigenza di ricondurre il sistema alla razionalità originaria era già presente.

Non a caso, come rilevato a più riprese, l'originaria proposta della legge in analisi risale per la verità al 2 agosto 2012, nuovamente avanzata poi, identica, il 3 aprile 2013, a riprova del fatto che tramite il dato cronologico si dimostra quanto la proposta risalisse ad un momento comunque anteriore alla sentenza Torreggiani⁴⁵.

Ma la possibilità di ricondurre la ratio della riforma a mere finalità risolutive del fenomeno emergenziale delle carceri appare ancor più difficile prendendo in considerazione una serie di ragioni che emergono nell'analisi dei provvedimenti precedenti alla riforma attuata con la legge del 2015.

Il programma attuato con il c.d. "pacchetto svuota carceri", incidente su diversi piani della giustizia penale, nell'ambito specifico delle misure cautelari lo potremmo inquadrare nella seguente evoluzione: un primo intervento con il D.L 23 dicembre 2013, n.146(convertito, con modifiche, nella L.21 febbraio 2014, n.10), un secondo intervento avvenuto con il D.L 1 luglio 2013, n 78 (convertito, con modificazioni, in L. 9 agosto 2013, n.94); ed infine da menzionare è poi il D.L 26 giugno 2014, n. 92 (convertito, con modifiche, in L 11 agosto 2014, n. 117).

⁴⁵ E. VALENTINI, *Le premesse e i lavori preparatori*, in AAVV., *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. GIULIANI, Giappichelli, Torino, 2015, p.4.

Procedendo con l'analisi, seppur brevemente vista la trattazione svolta nei capitoli precedenti, del contenuto dei provvedimenti richiamati, il primo ha inciso in maniera specifica sull'articolo 275 bis c.p.p., in particolare sul tema della discrezionalità di cui dispone il giudice nel disporre le particolari modalità di controllo della misura degli arresti domiciliari attraverso il ricorso al c.d. braccialetto elettronico, tema per la verità che sarà poi ulteriormente ripreso dalla l. 47\2015, che introdurrà un particolare onere motivazione con l'introduzione del comma 3 bis.

Il secondo intervento normativo deve essere invece richiamato in quanto forse più di tutti tradisce la fretta del legislatore di voler intervenire, in maniera concreta, sull'utilizzo della custodia cautelare riformando parte delle condizioni generali di applicazione delle misure cautelari.

Il D.L 78\2013 ha dunque modificato gli articoli 280 e del 274 del codice di rito.

In riferimento ai limiti edittali previsti nel primo articolo menzionato, il legislatore ha innalzato il limite minimo del massimo edittale necessario per l'applicazione della custodia cautelare in carcere, portandolo dagli originari quattro a cinque anni, mantenendo però ferma la possibilità di ricorrere alla misura inframuraria nel caso del delitto di finanziamento illecito dei partiti così come delineato all'articolo 7 della legge n. 195 del 1974.

Sostanzialmente l'intervento legislativo ha irrobustito il filtro edittale che consente l'accesso al sistema cautelare, limitando già nella parte delle condizioni generali di applicazione il ricorso al sistema delle cautele e nello specifico l'applicazione della misura inframuraria.

Per altra via, tramite lo stesso provvedimento il legislatore interveniva anche sull'impianto della lettera c dell'articolo 274 c.p.p, innalzando anche in questa sede la soglia edittale prevista per poter applicare la custodia cautelare, da quattro a cinque anni, ma senza operare alcun richiamo al delitto di finanziamento illecito, determinando una evidente carenza di armonizzazione con l'articolo 280, che sarà poi sanato dall'art. 2, lett. b), della legge 47\2015, recante modifiche integrative alle lettera c) dell'art. 274 c.p.p.

In ultimo il richiamo al d.l. 92\2014 è parso necessario per quanto concerne l'intervento operato rispetto al divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere, che per la verità era originariamente contenuto nella proposta di legge della riforma del 2015, poi traslata nel provvedimento menzionato.

L'articolo 8 del d.l. 92 del 2014, come ampiamente analizzato nel precedente capitolo è intervenuto modificando radicalmente il giudizio prognostico del giudice, vincolando la

scelta della misura rispetto all'esito del giudizio, nell'ottica di favorire il decongestionamento, incentivando l'accesso a misure alternative al sistema inframurario⁴⁶. Da riconoscere è che sicuramente i richiamati interventi emergenziali hanno evidentemente avuto il pregio di incidere concretamente nella riduzione del numero dei detenuti in custodia cautelare, soprattutto perché sono intervenuti in taluni aspetti delle condizioni generali di applicazione delle misure cautelari, in particolare ci riferiamo alla modifica dell'articolo 280 c.p.p comma secondo, e ai criteri di scelta, visto l'ampliamento del divieto di custodia cautelare di cui al comma 2-bis dell'articolo 275 c.p.p, ma perseguendo dichiaratamente fini di decongestionamento delle carceri, non si sono presentati come risolutivi di istanze diverse. Coloro i quali legano la riforma delle misure cautelari personali attuata con la legge 47 del 2015 ai provvedimenti emergenziali, come se si ponesse a chiusura di un intervento massiccio e unitario finalizzato a risolvere il fenomeno drammatico del sovrappollamento, rintracciano il filo conduttore nell'espresso intento della riforma di riassetare la natura residuale della misura coercitiva, limitandone il ricorso.

Come se l'obbiettivo di riformare il sistema in maniera conforme al principio di extrema ratio della custodia cautelare in carcere fosse uno scopo apertamente legato a contenere i numeri dei detenuti in carcere, piuttosto che una scelta obbligata perché frutto della necessità di riavvicinare l'assetto delle cautele ai principi costituzionali e dunque dare applicazione evidentemente al principio del minor sacrificio necessario della libertà personale, così come elaborato a più riprese dalla Corte costituzionale.

A riprova dell'intenzione del legislatore di far riassumere centralità al principio che vede come eccezionale la custodia cautelare vi è quanto inserito nella relazione di presentazione che ha accompagnato la proposta di legge C.631, del 3 aprile 2013⁴⁷, che prevede dunque, pur non tralasciando la necessità di ridurre l'*overcrowding* che endemicamente affligge il sistema detentivo italiano⁴⁸ quanto l'esigenza primaria e fondamentale sia di «ripristinare una cultura delle cautele penali fondata sul pieno rispetto della presunzione di innocenza e sulla funzione strumentale del processo delle misure di contenimento anticipate»;

A questo poi si aggiunge nella relazione, forse ancora più sintomatico, che «è necessario rimuovere e correggere alcuni punti critici del disegno codicistico, anche per riuscire a

⁴⁶ M.CERESA – GASTALDO, *Tempi duri per i legislatori liberali*, in *diritto penale contemporaneo*, 2014, p.2.

⁴⁷ Atti Camera- XVII Legislatura- Documenti, C. 631, abbinata con le proposte C.980, C1707, C1807, C.1847.

⁴⁸ E. VALENTINI, *Le premesse e i lavori preparatori*, cit., p. 4.

indirizzare più chiaramente l'azione giurisprudenziale nel segno di un uso residuale delle cautele, (...), all'insegna dei principi di *extrema ratio* e *favor libertatis*⁴⁹».

Emerge chiaramente quanto la spinta alla base della riforma menzionata, in modo forse conforme alle novità introdotte con la passata riforma del 1995, come prontamente evidenziato dall'attenta dottrina⁵⁰, fosse finalizzata più a determinare delle conseguenze innanzitutto ideologiche e culturali nell'approccio alle cautele personali, e dunque in qualche modo pedagogiche, soprattutto nei confronti degli operatori del processo penale.

Un simile approccio, evidentemente in controtendenza rispetto agli interventi securitari, che negli anni hanno, al contrario, quasi incentivato l'attitudine della custodia cautelare ad essere impiegata quale vera e propria pena è evidentemente ben lontano dalle istanze emergenziali connaturate ai decreti "svuota-carceri".

Quello a cui la riforma delle misure cautelari auspicava era ridefinire in maniera organica e coordinata il sistema, in modo da far riacquisire all'assetto normativo e a gli operatori, evidentemente, la consapevolezza del carattere eccezionale della misura della custodia cautelare, elemento che avrebbe conseguenzialmente, quasi involontariamente, inciso sul numero dei detenuti; viceversa i decreti emergenziali, avendo come obiettivo ultimo ed esclusivo quello di arginare il problema del sovraffollamento in maniera celere, erano intervenuti in maniera obbligata anche sul tema del ridimensionamento del ricorso alla misura inframuraria, senza la pretesa di incidere in maniera massiccia e profonda sull'impianto del sistema cautelare.

Indipendentemente dai diversi giudizi avanzati nei confronti della legge 47 del 2015 che si è ovviamente posta al centro del dibattito della dottrina recente, e con l'intenzione di analizzare in ottica generale, anche con il sostegno dei dati statistici, l'intero assetto, quello che possiamo sicuramente sostenere è che la legge in esame, abbia, evidentemente rappresentato nelle intenzioni un cambio di volta nell'approccio al sistema cautelare.

Rimandando alla trattazione successiva l'analisi se, quanto auspicato, si sia tradotto nel diritto vivente, ciò che è necessario sottolineare è quanto la riforma sia rappresentativa della consapevolezza e volontà di modificare una cultura delle cautele distorta, la cui distorsione

⁴⁹ Relazione di accompagnamento alla proposta di legge n.631, presentata il 3 aprile 2013, d'iniziativa dei deputati Ferranti ed altri, in Atti parlamentari, XVII leg., Disegni di legge e relazioni, Documenti, p.2.

⁵⁰ G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà dell'imputato*, Riv. It. Dir. Proc. Pen. 2015, f 4.

risiede, tra le altre cose, in un grande fattore: la percezione e l'utilizzo da parte della comunità giuridica e collettiva della custodia cautelare come pena anticipata.

Che vi sia stata negli anni una progressiva deformazione delle linee fondamentali del sistema cautelare verso un costante calo di attenzione alle garanzie costituzionali è elemento la cui causa risiede tanto nelle opzioni normative che negli anni, seppur senza ovviamente esplicitarlo formalmente, hanno perseguito questa direzione, ma tanto anche nella prassi giudiziaria poco attenta a quella tutela della libertà personale che la Costituzione assegna alla giurisdizione quale funzione primaria⁵¹.

I due fattori sono infatti concausa del problema, perché da un lato il legislatore sulla scia di istanze securitaria ormai chiare ha, tramite l'introduzione di presunzioni di pericolosità e automatismi applicativi⁵², aggirato sistematicamente l'intangibilità sulla carta del divieto di anticipazione della pena e il principio della custodia cautelare in carcere come extrema ratio, creando evidentemente un terreno florido per prassi giudiziarie che ne hanno esasperato la portata.

Le profonde cicatrici del sistema cautelare sono state poi appunto incrementate dalla giurisprudenza, che piegando lo strumento cautelare a logiche inquisitorie, ha evidentemente contribuito a stravolgere l'istituto delle misure cautelari, trasformandolo in uno strumento di anticipazione della pena, non più legato a istanze processuale, ma come strumento di repressione a cui è affidata la reazione immediata dello stato, in modo del tutto contrario allo spirito se non anche alla lettera dell'art. 27, comma 2, Cost.

Per di più, come anticipato all'inizio del capitolo, tale alterazione della misura cautelare, apertamente distante dai principi originari che animavano il codice di procedura penale del 1988, è spiegabile anche alla luce della sostanziale ineffettività della sanzione penale causata proprio da una debilitazione dell'esecuzione in senso proprio⁵³, intrinsecamente legata alla grande distanza di tempo che trascorre dalla commissione del reato fino alla sentenza definitiva.

⁵¹ G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà dell'imputato*, cit., p.118.

⁵² G. ILLUMINATI, *Esigenze cautelari, proporzionalità, adeguatezza: quali traguardi?*, in AA.VV, *Le fragili garanzie della libertà personale*, Giuffrè, Milano, p. 327.

⁵³ A. PRESUTTI, *Gli incerti confini delle esigenze cautelari: la cautela come forma di anticipazione della pena*, in , AA.VV. *Le fragili garanzie della libertà personale*, p. 57.

Ciò detto porta quindi alla inevitabile constatazione che l'evidente rapporto con le lungaggini processuali finisca per rendere molto più drammatico il problema della custodia cautelare.

Non a caso tale lettura ci consente di comprendere come mai il legislatore negli anni abbia sempre più spesso operato scelte di politica penale che hanno destrutturato le funzioni proprie degli istituti del processo, in modo tale da assicurare una credibile azione di contrasto alla criminalità⁵⁴.

Chiario è che per promuovere l'inversione della distorsiva tendenza il passo da fare, così come emerge nella relazione di accompagnamento alla proposta di legge citata, sia ricreare un assetto delle misure cautelari concretamente ispirato ai principi costituzionali e in particolare, al principio del minor sacrificio necessario per la libertà personale, rintracciando come in tutti gli ambiti del diritto processuale penale, e in particolare nell'ambito cautelare, la sacralità della costituzione.

Le considerazioni esposte, circa l'approccio legislativo alla necessità di un'innovazione dell'assetto cautelare e soprattutto come rilevato, la pretesa che tale innovazione incida sulla percezione concreto dello strumento cautelare negli operatori del diritto, ma anche, giova sottolinearlo, in tutta la popolazione, sono utili per comprendere se le istanze garantiste promesse sul piano normativo trovino un riscontro poi nella prassi.

I dati recenti.

Che la necessità sottesa alle istanze riformiste del 2015 fosse quella di ripristinare una nuova cultura delle cautele personali, giunta la consapevolezza di aver modellato un sistema non più garante dei presidi di tutela della libertà dell'individuo, è ancora più accentuata dalla previsione del legislatore all'art 15 della legge n. 47 del 2015, che impone l'obbligo per il governo di presentare entro il 31 dicembre di ogni anno una relazione concernente l'applicazione delle misure cautelari.

In questo caso, infatti, l'innovazione sta anche nella previsione di tale obbligo, rimodellando l'approccio allo studio del sistema cautelare, richiedendo che l'operatore del diritto faccia i conti con i numeri del diritto reale.

Veniva così, finalmente, data rilevanza al monitoraggio statistico, in grado di riflettere nei numeri le modifiche realizzate sul piano codicistico.

La relazione «contenente dati, rilevazioni e statistiche relativi all'applicazione, nell'anno precedente, delle misure cautelari personali, distinte per tipologie, con l'indicazione dell'esito dei relativi procedimenti, ove conclusi», si presenta come uno strumento innovativo per consentire la piena consapevolezza rispetto all'incidenza delle modifiche apportate, lanciando un chiaro segnale di sensibilizzazione del tema.

I dati statistici contenuti nelle relazioni presentate negli anni più recenti, serviranno da ausilio per analizzare compiutamente se le linee innovatrici della riforma del 2015, abbiano avuto gli effetti auspicati, con particolare riguardo all'incidenza che questa ha avuto rispetto alla scelta della misura da applicare e se quindi, vi sia stata concreta applicazione del principio guida della custodia cautelare come *extrema ratio*.

Si procederà dunque con l'analisi di specifici elementi ricavabili dai dati, in modo da confrontare concretamente se i punti nei quali è intervenuta la riforma abbiano, di fatto, inciso nella modalità concreta di esercizio dell'azione cautelare.

Preliminarmente, quindi, si valuterà in che modo la riduzione di alcuni automatismi applicativi, e in particolare del meccanismo delle presunzioni di pericolosità, che inevitabilmente induceva ad incrementare la distorta funzione anticipatoria della pena da parte misura cautelare, abbia inciso nella diminuzione del tasso di applicazione della custodia cautelare, riacquisendo quindi il carattere della eccezionalità.

Per di più l'attenuazione degli automatismi – anche se da taluni ad essere auspicata era l'abolizione totale di questi- consente anche una più libera applicazione del criterio di adeguatezza nella scelta della misura, che nel richiedere che la misura sia commisurata alla natura e al grado delle esigenze cautelari, impone di applicare il provvedimento e la conseguenziale misura in relazione alla specifica finalità che si intende perseguire⁵⁵.

Sulla base di questo si verificherà se, il tasso di applicazione della custodia sia diminuito, a fronte di un conseguenziale aumento dell'applicazione di altre misure cautelari, anche non custodiali, elemento anche questo centrale, in quanto volto a valorizzare l'imposizione della custodia quando tutte le altre risultino inadeguate.

Su questo dato inciderà evidentemente anche la novità introdotta nel comma 3 dell'articolo 275 c.p.p in riferimento alla possibilità di cumulo eterogeno delle misure cautelari.

⁵⁵ G. ILLUMINATI, *Esigenze cautelari, proporzionalità, adeguatezza: quali traguardi?*, cit., p. 325..

Una seconda direzione dell'analisi, visto l'obiettivo principale della riforma di favorire la scelta delle misure non carcerarie, verterà sui dati relativi all'applicazione della misura degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico in luogo alla custodia cautelare in carcere, e quindi della concreta operatività della modifica del comma 3-bis dell'articolo 275 c.p.p.

Infine, attraverso il dato statistico l'indagine si concluderà analizzando: quanti procedimenti nei quali sia stata applicata la misura della custodia cautelare si sono conclusi con una sentenza di condanna definitiva e quanti in assoluzione, per comprendere come la formulazione del giudizio prognostico di colpevolezza anche alla luce della novità introdotta al comma 2 bis dell'articolo 275 c.p.p. operi, e se quindi, evidentemente il *fumus commissi delicti* richiesto dal codice trovi una traduzione davvero effettiva nella prassi.

È bene specificare, a fini di completezza, che i dati elaborati e riportati all'interno delle relazioni che seguiranno sono estratti dalle cancellerie delle sezioni gip e dibattimento dei tribunali distrettuali e che verranno riportati qui quelli relativi all'ultimo quinquennio.

In primo luogo, da rilevare, è che l'esercizio dell'azione cautelare, indipendente dalla misura applicata, sia negli anni gradualmente diminuita.

Infatti, il totale di misure cautelari personali coercitive disposte in Italia nell'arco temporale che va dal 2018 al 2023⁵⁶ riporta una diminuzione del ricorso allo strumento cautelare tutto, il cui calo più significativo appare nel biennio 2022-2023, partendo da un complessivo numero di 95.789 misure disposte nel 2018, per giungere a 82.035 misure cautelari applicate nel 2023⁵⁷.

Utile per constatare invece l'applicazione delle diverse misure cautelari nell'arco temporale considerato è il riferimento al confronto temporale in termini percentuali che mostra le variazioni della distribuzione percentuale delle misure nelle varie annualità.

Emerge dai dati contenuti nella relazione del 2023, espressiva del confronto con gli anni precedenti, che rispetto al totale di misure cautelari disposte negli anni la percentuale di applicazione della custodia cautelare si sia sempre aggirata intorno a una media del 30%.

⁵⁶Relazione misure cautelari del 2023 web : https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/misure_cautelari_personali_2023_Aggiornamento_aprile2024.pdf nella quale emergono i seguenti dati relativi al totale delle misure cautelari disposte: 94.197 (2019), 82.199 (2020), 81.102 (2021), 81.568 (2022).

⁵⁷ Da specificare, come fatto all'interno della relazione, che in assenza di risposta dai tribunali taluni dati sono stati stimati per rendere maggiormente confrontabili le varie annualità.

Da questo possiamo in primo luogo desumere che in assoluto la custodia cautelare rappresenta la misura maggiormente applicata in percentuale fra le restanti, e che quindi un individuo su tre, destinatario di una misura cautelare, subisce la misura inframuraria.

Benché il dato possa non apparire rassicurante, per la verità, se confrontato con la percentuale di applicazione della custodia cautelare in carcere in luogo alle altre misure cautelari nel 2015- quando ancora gli effetti della riforma non si erano prodotti- è possibile rilevare una significativa diminuzione del ricorso alla misura custodiale, in quanto il dato in quell'anno si aggirava intorno al 47 %⁵⁸ del totale.

La prima constatazione, quindi, che si può avanzare è che il ricorso alla misura custodiale inframuraria sia negli anni diminuita, dettando un'apertura del sistema all'accoglimento concreto e non solo normativo, dell'operatività del principio di *extrema ratio* della misura, inseguendo quindi quell'obiettivo tanto auspicato di rendere lo strumento inframurario la soluzione ad istanze eccezionali, e non la regola.

Ulteriore dato interessante da analizzare riguarda invece le percentuali relative all'applicazione delle misure cautelari diverse da quella carceraria, che consentono di avere una visione assoluta della diversificazione nella risposta cautelare e soprattutto di constatare se la promessa di incentivo del ricorso a misure cautelari alternative alla detenzione si sia concretamente tradotta nella prassi.

Per quanto riguarda le misure cautelari non custodiali, quindi, prendendo in considerazione tutte le misure cautelari, escluse quelle disciplinate agli articoli 284⁵⁹, 285, e 286 del c.p.p., emerge che il ricorso a tali misure è rappresentato dal 43 % del totale, in relazione al quale la misura più applicata è l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria disciplinato dall'articolo 282 c.p.p. con una percentuale media del 15.1%.

Sicuramente maggiormente sintomatico e rappresentativo dell'intento di deflazionare l'utilizzo della custodia cautelare e incentivare al contrario il ruolo delle misure extracarcerarie è la rappresentazione delle percentuali relative alle misure prettamente custodiali.

⁵⁸ Relazione concernente l'applicazione delle misure cautelari nel 2015 web: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/Misure_cautelari_relazione_anno_2015_aggiornament_o_ottobre_2016.pdf.

⁵⁹ Si include qui anche la particolare modalità di esecuzione degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico.

Chiaramente il dato è utile per comprendere se, nel tempo, la valorizzazione della misura degli arresti domiciliari con la particolare modalità di controllo del braccialetto avuta sul piano normativo sia effettivamente seguita nella prassi.

Questo è infatti tra tutti forse il dato più scoraggiante, in quanto nell'arco temporale preso come riferimento, emerge che costituendo quelle custodiali, in media negli anni, il 57 % di tutte le misure emesse e ulteriormente rappresentando il 25% quella disciplinata all'art. 285 c.p.p., dobbiamo constatare che mentre una misura cautelare coercitiva su quattro è quella degli arresti domiciliari, solo il 14 % di questa viene applicata con procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici.

Quanto evidenziato dai dati ci permette di constatare che, nonostante l'obbligo imposto al giudice di indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo ogni qual volta intenda applicare la custodia cautelare ai sensi dell'articolo 275 c.p.p. comma 3 bis, disposizione che ha la chiara intenzione di valorizzare l'utilizzo della misura di cui all'art. 284 c.p.p. con le procedure di controllo di cui all'articolo 275 bis c.p.p., in realtà nella prassi il ricorso a tale misura è estremamente ridotto.

Nel 2023, infatti, solo in 4.034 mila casi è stata disposta la misura degli arresti domiciliari con obbligo di braccialetto, a fronte di un numero complessivo di applicazione della misura, per così dire "ordinaria", di 19.037, rappresentando quindi solo il 14%.

Il dato che emerge rappresenta quindi una sconfitta se confrontato con le intenzioni legislative che consideravano la misura come una rilevante arma per combattere l'uso ipertrofico della misura della custodia cautelare in carcere⁶⁰.

Per la verità, il problema riscontrato negli anni rispetto all'applicazione della procedura di controllo elettronico è sicuramente per un verso di tipo logistico, non essendo tutti i tribunali distrettuali muniti delle apparecchiature a causa di problemi cronici riscontrati nel reperire un numero adeguato di apparecchi⁶¹, condizione che a distanza di quasi 10 anni dall'entrata in vigore delle modifiche, parrebbe comunque non essere più accettabile.

Ma per altra via, la ragione del poco ricorso al controllo elettronico, viene rintracciata nella tendenza della magistratura a presentare meno richieste di attivazione di quelle possibili,

⁶⁰ Per un'analisi del funzionamento e dei problemi connessi all'istituto, Servizio studi del Senato, *Il c.d. "braccialetto elettronico"*, n. 173, febbraio 2020.

⁶¹ M. GIALUZ, J. DELLA TORRE., *Giustizia per nessuno*, cit., p. 185.

esprimendo una palese preferenza per l'applicazione dei domiciliari semplici o della custodia cautelare in carcere⁶².

L'indagine, quindi, non può che ora portare ad analizzare il rapporto tra misura cautelare applicata e definizione del procedimento, per meglio comprendere se la risposta cautelare, anche tramite la misura più afflittiva, sia poi seguita da una condanna definitiva o se, viceversa, l'esercizio dell'azione cautelare abbia sacrificato la libertà personale dell'individuo poi destinatario di una sentenza di assoluzione.

Dobbiamo distinguere, nell'ambito dello stesso campione di dati, i procedimenti definiti - anche non in maniera irrevocabile- nel medesimo anno di applicazione della misura cautelare dai procedimenti definiti in anni successivi.

Tale distinzione, infatti, ci è utile per comprendere anche l'elemento della durata della misura in relazione alla durata del procedimento.

Dai dati relativi all'anno 2023 emerge che il 40,4 % delle misure cautelari di tipo coercitivo applicate nell'anno di riferimento, siano stata definite del medesimo anno, per di più volendo conoscere la composizione percentuale per anno di iscrizione del procedimento definiti, abbiamo, in estrema sintesi, che l'82,1 % delle citate misure appartiene a procedimenti definiti ed iscritti nel medesimo anno 2023, mentre il restante 17,9 appartiene a procedimenti definiti nell'anno 2023 ma iscritti in anni precedenti.

Dunque, possiamo constatare che l'82,1 % delle misure applicate nel 2023 e definite nello stesso anno, sono riconducibili a procedimenti penali iscritti nello stesso anno, e sembra così di poter attestare che i procedimenti, ove vengano emesse misure cautelari di tipo coercitivo, hanno tempi di definizione per la verità molto ridotti.

A questo riscontro dobbiamo aggiungere la verifica di quali provvedimenti conclusivi del procedimento⁶³ hanno seguito l'applicazione della misura coercitiva, tenendo presente che distinguiamo oltre che i provvedimenti non definitivi, da quelli definitivi, la distinzione tra: sentenza di condanna senza sospensione condizionale della pena, sentenza di condanna con sospensione condizionale della pena e assoluzione.

Emerge dalla relazione relativa al 2023 che: il 24,4% dei procedimenti conclusi lo stesso anno in cui è stata disposta una misura cautelare personale coercitiva abbiano avuto come

⁶² V. L. FERRARELLA, *Braccialetti elettronici. La beffa sulle forniture: ci sono ma non si usano*, in *Corriere della sera*, 27 gennaio 2021.

⁶³ Si specifica che non verranno menzionati i provvedimenti conclusivi del procedimento con sentenza di altro tipo.

esito una condanna definitiva senza sospensione condizionale della pena, il 49.9% una condanna non definitiva senza sospensione condizionale della pena, il 7.1% una condanna definitiva con sospensione condizionale della pena, il 7.4% una condanna non definitiva con sospensione condizionale della pena e infine che il 4.5% dei procedimenti si sia concluso con una sentenza di assoluzione non definitiva e solo il 2.2% una assoluzione definitiva.

Si può dunque osservare come la modalità di definizione prevalente sia, evidentemente, la sentenza di condanna non definitiva senza sospensione condizionale della pena, implicando che quasi 5 misure su 10 emesse in un procedimento definito abbiano avuto come esito, benché non definitivo, la condanna senza sospensione condizionale della pena.

Sommando poi la percentuale del 49.9% a quella del 24,4% relativa alla condanna definitiva senza sospensione condizionale della pena avremo un totale di 74,3% di procedimenti definiti nei quali vi è stato come esito la condanna – definitiva o non- senza sospensione condizionale della pena, ossia quasi 3 misure su 4.

A questo dato vi si devono aggiungere invece le percentuali di 7.1% e 7.4% relative alle condanne definitive e non, che hanno previsto la sospensione condizionale della pena, che sommate a quella totale del 74,3% precedentemente menzionata, fanno sì che il totale dei procedimenti durante i quali sia stata applicata una misura cautelare coercitiva che ha avuto come esito una sentenza di condanna sia quasi del 90%, implicando che per 9 misure su 10 emesse in un procedimento definito vi è stato come esito la sentenza di condanna.

Solo, quindi, la restante parte dei procedimenti nei quali sia stata disposta una misura cautelare coercitiva ha avuto come esito l'assoluzione.

Appare allora logico domandarsi se esista una correlazione tra le diverse tipologie di provvedimenti emessi e la gravità del tipo di misura emessa.

Ad esempio, ci si potrebbe chiedere se i procedimenti ove sia stata emessa una misura custodiale siano maggiormente suscettibili di terminare con una condanna rispetto ai procedimenti ove sia stata emessa una misura non custodiale, e quindi di minore lesività per le libertà del singolo.

Per la verità, emerge dal confronto dei dati relativi alla tipologia di procedimento conclusivo il giudizio e quelli relativi alla distribuzione delle percentuali delle misure applicate sul totale nazionale, che non possa essere rinvenuta una correlazione tra l'esito del procedimento e la gravità della misura applicata.

Emerge in maniera piuttosto omogenea che in circa il 90% dei casi il procedimento termina, per tutte le tipologie di misure esaminate, con una sentenza di condanna.

A questo punto quindi, volendo tirare le somme della breve analisi eseguita dei dati recenti, lo sguardo deve essere riposto esclusivamente alla misura della custodia cautelare in carcere. Considerato che la misura occupa ancora il posto al vertice della classifica per tasso applicazione, che come accennato in precedenza si aggira ancora intorno al 30%, l'indagine non può che concludersi effettuando delle considerazioni specifiche per tale misura.

In primo luogo, dobbiamo analizzare il rapporto tra applicazione della misura in questione e l'esito del procedimento, che per la verità non si discosta dalle percentuali generali analizzate sopra.

Infatti, circa l'90,5% dei procedimenti nei quali sia stata disposta la custodia cautelare in carcere ha avuto come esito quello della condanna⁶⁴, così che le assoluzioni, a seguito di applicazione della custodia cautelare in carcere siano pressoché del 5,7%, tali dati, indipendentemente dal tasso di applicazione della misura, che ancora può dirsi elevato, e avendo chiaro che nella percentuale in questione vi sono anche considerati provvedimenti non definitivi, sono rappresentativi in qualche modo di una tenuta della garanzia derivante dai gravi indizi di colpevolezza richiesti dal codice per l'applicazione della misura cautelare. Elemento invece non troppo rassicurante è il rapporto tra misure custodiali disposte ed esito del procedimento con sentenza di condanna con la quale si dispone la sospensione condizionale della pena.

Infatti, alla luce della disposizione contenuta al comma 2bis dell'articolo 275 c.p.p. in linea teorica, l'applicazione della custodia cautelare in carcere e degli arresti domiciliari sarebbe evidentemente vietata, ove il giudice ritenesse che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena.

Il numero delle misure emesse nei procedimenti poi definiti con senza di condanna e con sospensione condizionale della pena sono complessivamente pari a 4.773, di cui quelle relative agli arresti domiciliari (con e senza braccialetto) e al carcere risultano pari a 1.645, dato che assumendo una visione ex post del divieto non si porrebbe conforme alla disposizione.

Nonostante, quindi, si possa rilevare tale falla, il problema non è da esasperare risultando comunque un dato marginale rispetto al totale delle misure emesse.

⁶⁴ Ci si riferisce tanto a quelle definitive che non definitive.

Alla trattazione fin qui emessa, concernente la morfologia della risposta cautelare da parte dello stato nei diversi modi nei quali questa viene realizzata, a fini di completezza, dobbiamo aggiungere, in modo da fornire un'intera rappresentazione del fenomeno, un tema che risulta essere strettamente collegato: la riparazione per ingiusta detenzione.

Da chiarire preliminarmente è che la fattispecie dell'ingiusta detenzione, la cui riparazione è realizzabile attraverso il meccanismo dell'art. 314 c.p.p., secondo gli interpreti, rientra in una interpretazione estensiva del concetto di "errore giudiziario", in applicazione di una lettura sistematica dell'art. 13 e 24, comma 4 della Carta costituzionale⁶⁵.

L'istituto della riparazione per ingiusta detenzione in linea generale garantisce all'imputato il diritto soggettivo ad ottenere un'equa riparazione per la detenzione ingiustamente subita ante iudicium, al contrario per errore giudiziario, in senso stretto, identifichiamo l'accertamento dell'ingiusta condanna definitiva tramite il mezzo d'impugnazione straordinaria della revisione.

In generale quindi, il fenomeno dei *miscarriages of justice*, benché sia di rilevanza fondamentale, tanto da essere stato definito come un fattore da cui dipende «la stessa credibilità di un sistema processuale⁶⁶», è di difficile stima.

La complessità risiede tanto nella delimitazione della stessa nozione di "errore giudiziario", che come accennato, mutua a seconda della opzione definitoria che si accoglie, tanto nell'atteggiamento di disinteresse che questo tema evoca, che si riflette sull'assenza di informazioni esaustive – di natura statistica- sul punto⁶⁷.

Nonostante quanto detto, l'indagine circa il tasso di autorizzazione al pagamento dell'indennizzo derivante dalle ipotesi di ingiusta detenzione, si qualifica come uno strumento assai valido per verificare l'utilizzo che in concreto viene fatto della custodia cautelare.

Non a caso, l'utilità di tale strumento era ben nota al legislatore che ha infatti integrato nel 2017⁶⁸, il testo della legge n. 47 del 2015, imponendo di inserire nelle già menzionate relazioni annuali relative alle misure cautelari personali anche i dati concernenti le sentenze

⁶⁵ V. tra i tanti: P. SPAGNOLO, *La riparazione per ingiusta detenzione: verso una tutela sostanziale del diritto alla libertà personale?*, in www.lalegislazionepenale.eu, 8 novembre 2018, p.1.; M.G. COPPETTA, *La riparazione per ingiusta detenzione*, Padova, Cedam, 1993, p. 72 s.; E. TURCO, *L'equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, Milano, 2007, p. 42 s.

⁶⁶ G.D. PISAPIA, voce *Errore Giudiziario (riparazione dell)*. *Il Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur.* Treccani, XIII, Roma, 1989, p.1.

⁶⁷ M. GIALUZ, J. DELLA TORRE., *Giustizia per nessuno*, cit., p. 191.

⁶⁸ Art. 1, comma 37, della legge 23, giugno, 2017 n. 103.

di riconoscimento del diritto alla riparazione per ingiusta detenzione con specificazione delle ragioni di accoglimento delle domande e dell'entità delle riparazioni.

Il modo più adeguato di analizzare il fenomeno della “ingiusta detenzione” è quello considerare il numero effettivo di indennizzi pagati dallo Stato⁶⁹.

Sommando preliminarmente le cifre⁷⁰ delle vittime di errori giudiziari in senso stretto a quelli di ingiusta detenzione si può notare che dal 1991 (anno di inizio delle rilevazioni) al 31 dicembre del 2023⁷¹ i numeri sono effettivamente allarmanti, aggirandosi intorno ai 31.397: quindi una media poco più di 951 l'anno.

Per una spesa sopportata dallo Stato di 960 milioni 781 mila euro, che in media raggiunge i 29 milioni e 114 mila euro l'anno.

L'analisi delle somme complessive dei due indici è utile perché ci consente di rilevare quanto, per la verità, l'emergenza risieda nel numero di coloro che hanno subito la misura custodiale *ante iudicium*, della cui poi si è accertata l'ingiustizia, che rappresentano la stragrande maggioranza.

Infatti, il numero degli individui ai quali è stato riconosciuto un indennizzo per un errore giudiziario in senso stretto è, sempre nello stesso arco temporale, di 222, rappresentando quindi una percentuale dello 0,7% del totale.

Di conseguenza, il dato allarmante, tanto da dover essere annoverato tra i gravissimi problemi della giustizia penale in Italia, è l'elevatissimo tasso di ingiuste detenzioni accertate, il cui numero dei casi è complessivamente, nel periodo considerato, di 31.175.

Il profilo che emerge, evidentemente drammatico, e che richiederebbe una sensibilizzazione maggiore al tema è che una media di 976 individui per anno subisce la limitazione della propria inviolabile libertà personale, condizione di per sé grave, – per non parlare delle inevitabili conseguenze “sociali” che produce l'applicazione di una misura cautelare- in virtù dell'applicazione di una misura disposta *ante iudicium*, che poi si rileva successivamente ingiusta.

La considerazione, già drammatica, viene ulteriormente avvalorata dall'indagine circa le ragioni di accoglimento della richiesta di riparazione per ingiusta detenzione, anche queste

⁶⁹ M. GIALUZ, J. DELLA TORRE., *Giustizia per nessuno*, cit., p. 192.

⁷⁰ Dati e percentuali tratti dai report dell'associazione Errorigiudiziari, web: www.errorigiudiziari.com

⁷¹ Si tenga presente che nel totale mancano i dati relativi a gli errori giudiziari del 2023.

contenute nelle relazioni già citate, grazie alle quali è possibile far luce delle cause statisticamente prevalenti di ingiusta detenzione.

Differenziamo secondo lo schema delle relazioni: le ipotesi di accoglimento della richiesta per “ingiustizia sostanziale” della misura cautelare, perché intervenuta successivamente una sentenza di proscioglimento, di assoluzione o un decreto di archiviazione⁷², dalle ipotesi invece nelle quali l’ingiustizia della detenzione è da imputare all’illegittimità dell’ordinanza cautelare⁷³, perché emessa o mantenuta in assenza delle condizioni di applicabilità previste dagli articoli 273 e 280 c.p.p.

Emerge dai dati contenuti nella relazione⁷⁴ che in media, nell’arco temporale che va dal 2018 al 2023, quasi il 75% delle richieste di riparazione per ingiusta detenzione sono stata accolte perché accertata l’estraneità della persona ai fatti a lei contestati, quindi perché rilevata *ex post* la ingiustizia sostanziale della misura e solo il 27,8 % sia stato accolto per l’illegittimità della misura cautelare disposta, indipendente dall’esito del procedimento.

I dati rappresentano una condizione che appare tutt’altro che fisiologica, in un sistema ispirato al principio del minor sacrificio necessario della libertà personale, il fatto che più di 320 individui l’anno sopportino l’applicazione di una misura limitativa della libertà personale, *ante iudicium*, per poi essere destinatari di una sentenza che accerta definitivamente la loro innocenza è evidentemente allarmante.

Le riflessioni alle quali siamo giunti sono quindi frutto della comparazione tra il piano normativo e i profili statistici: i dati vengono in ausilio per formulare considerazioni scevre da qualsiasi pregiudizio culturale o ideologico, in modo da avere una visione del sistema delle cautele che sia espressione non solo dell’impianto normativo e delle interpretazioni che di questo viene fatto dagli operatori del diritto- necessarie nella materia trattata- ma tenga anche conto della realtà della prassi.

⁷² Ipotesi che rientrano nel comma 1 e 3 dell’articolo 314 c.p.p.

⁷³ Ipotesi che rientrano nel comma 2 dell’articolo 314 c.p.p.

⁷⁴ Relazione sulle misure cautelari personale e riparazione per ingiusta detenzione 2023 web: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/misure_cautelari_personal_i_2023_Aggiornamento_aprile2024.pdf

Conclusioni

La trattazione operata nel presente elaborato ha l'intento di mettere in luce le complessità sottese al tema delle cautele, complessità che derivano in parte dal coinvolgimento, nella materia, di interessi tutti meritevoli di tutela, ma dei quali talvolta se ne sottovalutano le garanzie, minimizzando così le conseguenze lesive.

L'analisi dei criteri di scelta delle misure cautelari, svolta nei capitoli che precedono, è espressiva di quanto il tema delle cautele tutto, e conseguentemente anche quello della scelta, sia altamente sensibile al cambio di rotta delle istanze perseguite dal legislatore.

Gli interventi normativi, in un senso o in un altro, riflettono inevitabilmente le istanze derivanti dall'ambiente esterno e si pongono come espressivi delle esigenze sociali.

Che caratteristica del diritto sia quello di adattarsi alle diverse epoche è indubbio, e per la verità necessario, ma questo elemento nel campo processuale penale, e in particolare nella sfera cautelare, si potrebbe presentare come altamente rischioso, ponendosi le scelte securitarie in potenziale collisione con le garanzie delle libertà riconosciute agli individui.

Quello a cui si dovrebbe auspicare è che, indipendentemente dall'asprezza delle scelte legislative, seppur necessarie, le garanzie derivanti dall'impianto costituzionale non vengano meno.

Non è un caso che il tema della tutela della libertà personale e dell'eccessivo ricorso alla "carcerazione preventiva" sia costantemente sotto i riflettori; questo è infatti, come ampiamente rilevato, rappresentativo della essenza garantista di un sistema penale.

La rilevanza fondamentale dell'eccezionalità della misura custodiale, come strumento di risposta all'azione cautelare, è tornato in *auge* in modo quasi obbligato, ma di fatti è stata un'occasione per la comunità degli operatori del diritto *in primis*, e per il legislatore poi, di fare i conti con una patologia sistematica che affligge il sistema penale italiano.

Che le riforme intraprese abbiano avuto effetti positivi, rispetto ai periodi più "bui", nella riduzione del numero totale dei "presunti innocenti" inseriti nel circuito inframurario, è un dato di cui tenere conto;

ma a parere di chi scrive, quelle aspettative “gloriose” riposte nella riforma, rispetto all’intenzione di seminare una cultura delle cautele diversa, sono state evidentemente disattese.

Che parte della causa dell’utilizzo ipertrofico della custodia cautelare in carcere sia insito in una concezione distorta della misura, da ricondurre evidentemente a un problema culturale ormai intrinseco nella comunità, risulta ampiamente dal dato empirico.

La riduzione, seppur non così rassicurante, del tasso di applicazione della custodia cautelare risulta essere vanificata se, contestualmente, si assiste all’aumento, quasi emergenziale, dei dati relativi alle ipotesi di riparazione per ingiusta detenzione, espressivi di una prassi giudiziaria che mortifica le fondamentali garanzie.

E ancora i dati drammatici relativi all’applicazione - o meglio dire non applicazione- della misura degli arresti domiciliari con le particolari modalità di controllo elettronico di cui all’art. 275-bis c.p.p. sono sintomatici sicuramente della mancanza in concreto delle risorse, ma sono evidentemente avvalorati della persistente tendenza della magistratura a preferire la risposta più lesiva.

Tali asserzioni approdano alla consapevolezza di ritenere non sufficiente, per gli obiettivi promessi, una modifica dell’architettura normativa che non sia seguita da una radicale innovazione culturale.

Senza voler giungere a conclusioni aprioristiche e univoche, l’aspetto a parere di scrive, su cui la sensibilità dovrebbe essere maggiormente riposta, risiede proprio nella necessità di mutare l’atteggiamento e la concezione che si ha della custodia cautelare.

Visione distorta che è da imputare, non solo a parte della magistratura, ma per la verità all’intera collettività, che sicuramente favorita dalla celerità della risposta cautelare, vede in questa l’espressione delle istanze punitive definitive.

Fintantoché le misure cautelari in generale, e la custodia cautelare in carcere in particolare, non saranno percepite dall’intera comunità come misure applicate durante il procedimento penale in modo servente a garantire, tramite questo, l’accertamento della responsabilità per un fatto di reato, il cambio di rotta culturale auspicato non potrà dirsi avvenuto.

In conclusione, si riportano le parole del celebre giurista e politico italiano Francesco Carrara: «tutti riconoscono che la carcerazione degli imputati prima della condanna è una ingiustizia, perché per sospetti troppe volte fallaci si reca lo scompiglio nelle famiglie, e si

privano della loro libertà cittadini spesso onestissimi, e dei quali sessanta sopra cento al termine del processo o al termine del giudizio sono poi chiariti innocenti¹».

¹ F.CARRARA., *L'immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Lucca, 1874.

Bibliografia:

ALEXY R., *Teoria dei diritti fondamentali*, 1994, trad. it. Il Mulino, Bologna 2012.

AMAODIO E., *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in, Cass. Pen. Giuffrè, 2014, 1, 12 ss.

AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967.

AMBROSINO C., BASSI A., *La cautela nel sistema penale: misure e mezzi di impugnazione*. Padova, CEDAM, 2016.

ANDÒ B., *nota alla sentenza costituzionale 12, maggio, 2011, n.164*, in, *La giustizia penale*, parte prima, 2011, 214 ss.

ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983.

BALDUCCI P., *Custodia cautelare in carcere e omicidio volontario: la consulta elimina l'obbligatorietà*, in *Dir. Pen. E processo*, 2011, 10, 1215 ss.

BALDUCCI P., MACRILLÒ A., *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2020.

BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971.

BARROCU G., *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 224 ss.

BARTOLE S., DE SENA P.- ZAGREBESKY V. *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. CEDAM, Padova, 2012.

BEDUSCHI L., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 2011, 255 ss.

BENE T., *Il rinnovamento delle misure cautelari: analisi della legge n 47 del 16 aprile 2015*, Giappichelli, Torino, 2015.

BORRELLI P., *Una prima lettura alle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in *Dirit. Pen. Cont.*, [online] : https://archiviodypc.dirittopenaleuomo.org/upload/1432802232BORRELLI_2015.pdf

CAIANIELLO M., *IL principio di proporzionalità del procedimento penale*, in *dir, pen, cont- riv.* Trim. 2014, 3-4, 143 ss.

CARRARA D'ALBI R., *Il cumolo delle misure cautelari a seguito della legge 47\2015*, in «Salvis Juribus», 13 giugno 20117, [online] : <http://www.salvisjuribus.it/il-cumulo-delle-misure-cautelari-a-seguito-della-legge-472015/>

CARRARA F., *L'immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Lucca, 1874.

CASCINI F., *Il carcere: i numeri, i dati, le prospettive*, in *Questione Giustizia* 2010, 1, 50 ss.

CERESA-GASTALDO M . & LONATI S. , *Profili di procedura penale europea. Seconda edizione.*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023.

CERESA-GASTALDO M., *Tempi duri per i legislatori liberali*, in *Dir Pen Cont.*, 10 dicembre 2014.

CHIAVARIO M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, Giuffrè 1969.

CHIAVARIO M., *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali*, 2 ed., vol. II, Giuffrè, Milano, 1982.

CHIAVARIO. M, sub art 272, in *Comm. Chiavario*, III, torino, 1990.

CHIOLA, G., *Il sistema carcerario italiano: profili costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2020.

COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011.

CONSO G., GREVI V., BARGIS M., *Compendio di procedura penale*, VII ed., Cedam, Padova, 2014.

COPPETTA M.G., *La riparazione per ingiusta detenzione*, Cedam Padova, 1993.

CORDERO F., *Procedura penale*. Giuffrè, Milano, 2006.

COSTA P, ZOLO D., *Lo stato di diritto, storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002.

DE CARO A., *Libertà personale e sistema processuale penale*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2000.

DE ROBBIO C., *Le misure cautelari personali*. Milano, Giuffrè, 2016.

DE SILVIA M., *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 1991.

DEAN G., BELLOCCHI A., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, G. Giappichelli, Torino, 2007.

DI CHIARA G, *Custodia in carcere e presunzioni assolute di adeguatezza*, dir. Pen e processo, 2010, 10, 1150 ss.

DOSSETTI G. , *La Costituzione della Repubblica, nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei deputati, Segretariato generale, vol. IV, Roma, 1970.

ELIA L., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1965, 938 ss.

FALATO F, *La presunzione di non colpevolezza, come regola di trattamento, influenza la predisposizione, da parte del legislatore, degli strumenti per un corretto uso delle cautele processuali*, *Cass. Pen.*, 2003, 9, 2730 ss.

FERRAIOLI M. voce “ *misure cautelari*”, in *Enc. giur.*, vol XX, Roma, 1996.

FERRANTE M.L., *A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale*, in *Archivio penale*, fasc. 2, maggio-agosto 2012, 2, 587 ss.

FERRARELLA L., *Braccialetti elettronici. La beffa sulle forniture: ci sono ma non si usano*, in *Corriere della sera* , 27 gennaio 2021.

FIDELBO G. & PAZIENZA V., *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari* , relazione dell'ufficio del massario della corte cassazione , in *dir. Pen. Cont.* , 7 maggio 2015.

FILIPPI L., *Adelante pedro... con (poco) judicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Dir.pen.proc.*, 2014, 377ss.

FIORE S., *Maneggiare con cautela. Per un uso consapevole dei limiti normativi all'uso della custodia in carcere (ancora a proposito dell'art. 275 co. 2 bis c.p.p.)*, *Dir. Pen. Cont.* 2014.

FIorentin F., *Non c'è carcere se la pena è inferiore ai tre anni*, in *Guida dir.*, 2014, 30, 37 ss.

FLEINER F., *Institutionen des Detchen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912.

G. DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, Giappichelli, Torino, 2023.

G. ILLUMINATI, *Esigenze cautelari, proporzionalità, adeguatezza: quali traguardi?*, in AA.VV, *Le fragili garanzie della libertà personale*, Giuffrè, Milano.

G. LOZZI., *lezioni di procedura penale*, VII, Giappichelli, Torino 1995.

G. RICCIO., A. DE CARO., S. MAROTTA., *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Edizioni scientifiche italiane, 1991.

GALANTINI N., *Diritti cautelari e restrizioni della libertà personale nella logica della proporzionalità* in *Sistema penale*, 30 giugno 2022, [online] www.sistemapenale.it.

GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato Giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998.

GATTO, A., *Le nuove misure cautelari: questioni controverse e soluzioni pratiche*, Giuffrè, Milano, 2017.

GIALUZ M., DELLA TORRE J., *Giustizia per nessuno*, Giappichelli, Torino, 2022.

GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950.

GIORGIS A., GROSSO E., LUTHER J., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Einaudi, Torino, 2016.

GIULIANI L. "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 processual penal., 2021.

GIULIANI L., BONINI V., *la riforma delle misure cautelari personali.*, Giappichelli, Torino, 2015.

GREVI V., voce *Libertà personale*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974.

GREVI V., G. CONSO., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Cedam, 1993.

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

GREVI V., *Misure cautelari e diritto di difesa nella legge 8 agosto 1995, n.332*, Giuffrè, Milano, 1996.

GROSSI P., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972.

Guida all'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – diritto alla libertà e alla sicurezza [online]: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_5_ITA

HATER K., NUBOLA C, *Grazia e giustizia. Figure della clemenza tra tardo medioevo ed età contemporanea*, Il mulino, Bologna, 2011.

ILLUMINATI G., introduzione in, *la riforma delle misure cautelari personali*, Giapicchelli, Torino, 2015.

ILLUMINATI G., *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. Giur*, XXVII, Roma, Treccani 1991.

ILLUMINATI G., *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari* p. 389-406 in *Diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2006.

ILLUMINATI G., TODARO G., *Custodia cautelare e Sovraffollamento carcerario*, atti del convegno Rimini, 15 marzo 2014, in, *Studi urbinati di scienza giuridiche politiche ed economiche*. Nuova seria A, 2014.

ILLUMINATI G., *VERSO il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà dell'imputato*, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2015, 3, 1131 ss.

KOSTORIS R, *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano , 2015.

Le fragili garanzie della libertà personale. Per un'effettiva tutela dei principi costituzionali, Atti del Convegno annuale ASPP, Trento, 11-13 ottobre 2013, Giuffrè, 2014.

LEO G, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa*, nota sent, 25 febbraio 2015 n.48 *Dir. Pen. Cont.*, 30 marzo 2015.

MARGARA A, *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, *Questione giustizia: bimestrale* 2009, 109 ss.

MARZADURI E., *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, in, *Legisl. Pen.*, 2012, 499 ss.

MARZADURI E., *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol.VIII, Torino, 1994.

MINUTILLO TURTUR M. *Associazione con finalità di terrorismo: non è irragionevole la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere*, in, *Il penalista*, 2020.

MOSCARINI P., *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, in *Dir. Pen. processo*, 2010, 227 ss.

NEGRI D., *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'articolo 275, comma 3 c.p.p.* in *Cass pen.*, 1996, 2835 ss.

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

NEGRI D., *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 1, 3 ss.

ORLANDI R, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 3, 1133 ss.

ORLANDI R., *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, 87 ss.

PAULESU P.P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2009.

PISAPIA G. D., voce *Errore Giudiziario (riparazione dell)*. *Il Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989.

POLETTI D., *l'art 275, comma 2-bis, c.p.p. e il giudice veggente*, in *Cass. Pen.*, 2016.

ROSIELLO M., *La compatibilità della funzione cautelare con i principi costituzionali*, in «*Salvis juribus*», 9 agosto 2021 [online] : http://www.salvisjuribus.it/la-compatibilita-della-funzione-cautelare-con-i-principi-costituzionali/#_ftn7.

SANDULLI A., *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006.

SCALFATI A., *Trattario di procedura penale- voll: Prove e misure cautelari – Tomo II: le misure cautelari*, Utet giuridica, 2008

SCHELLINO D., *Commento all'art 275*, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, Utet, 1993.

SIMON J., *Governing through Crime. How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*, Oxford University Press, 2007.

SPAGNOLO P., *La riparazione per ingiusta detenzione: verso una tutela sostanziale del diritto alla libertà personale?*, in www.lalegislazionepenale.eu, 8 novembre 2018.

SPAGNOLO P., *Il principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare in la riforma delle misure cautelari personali.*, Giappichelli, Torino, 2015.

SPANGHER G., *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la legge n.47 del 2015*, in *Dir., Pen, Cont.*, 6 luglio 2015, 4, 4 ss.

SPHANGHER G., *Misure cautelari: dubbi sul no al cumulo. Un dictum della Consulta consentiva una decisione diversa*, in *Diritto e giustizia*, 2006, 38, 69 ss.

TABASCO G., *Principio di proporzionalità e misure cautelari, Problemi attuali della giustizia penale studi racconti da A. GIARDA, G. SPANGHER, P. TONINI.*, Cedam, 2017.

TAMIETTI A., FIORI M., DE SANTIS DI NICOLA F., RANELLI D., LEDRI V., *Note a margine della sentenza della corte europea dei diritti dell'uomo nel caso torreggiani e altri*, in, *Giurisprudenza Internazionale*, 2013.49 ss.

TONINI P, CONTI C., *Manuale di procedura penale*, XXIII ed , Giuffrè, Milano 2022.

TONINI, P , *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. Pen e Proc.*, 2010, 8, 949 ss.

TRECHSEL S., *Human Right in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005

TURCO E., *L'equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, Giuffrè, Milano, 2007.

UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Cortina, Milano, 2009.

VALENTINI E. , *'Il doppio binario cautelare': La Tormentata Disciplina Degli Automatismi Stabiliti Dall'art. 275 Comma 3 C.P.P.*” *Revista Brasileira de Direito Processual Penal.*, vol. 7, no. 3, 2021, pp. 1669–712, <https://doi.org/10.22197/RBDPP.V7I3.631>.

VALENTINI E., *Principio di proporzionalità e durata della cautela*, in *Giur. Merito*, 2010, 2, 440 ss.

VALENTINI REUTER C, *Nota in tema di violazione dell'art 291 c.p.p*, in *Giur .it.*,1991.

VASSALLI G., *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività , in aspetti e tendenze del diritto costituzionale : scritti in onore di Costantino Mortati v. 3, p. 1097-1108 Milano : Giuffre' , 1977.*

VIGANÒ F., *La sentenza pilota della Corte Edu sul sovraffollamento delle carceri Italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. Pen. Cont.*, 9 gennaio 2013.

ZACCARO G in *Introduzione atti del Convegno “Misure cautelari e libertà personale”*, in *Questione Giustizia*, ottobre 2014.

ZACCHÈ F., *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, Giuffrè, Milano, 2018.

