

LUISS 

Corso di laurea in Giurisprudenza

Cattedra di diritto processuale penale

Le misure restrittive della libertà personale dell'imputato nel sistema francese e in quello italiano

Prof.ssa Maria Lucia Di Bitonto

RELATORE

Prof. Filippo Dinacci

CORRELATORE

Agnese Fazzi

CANDIDATO

Anno Accademico 2024/2025

INDICE

INTRODUZIONE	6
--------------------	---

CAPITOLO I

LA LIMITAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE IN FASE ISTRUTTORIA NEL SISTEMA FRANCESE.	10
1. L’evoluzione del sistema penale francese.	10
1.1. Processo penale tra modello inquisitorio e modello accusatorio.	11
1.1.1 Periodo pre-codicistico e l’istituzione del <i>Code d’instruction criminelle</i>	12
1.1. 2. Adozione del <i>Code de procédure pénale</i>	15
1.2 Ultimi approdi legislativi.....	17
2. I principi relativi all’organizzazione del sistema penale francese.	19
2.1. I principi «à valeur constitutionnelle».	21
2.1.1. Il principio di legalità.	22
2.1.2. La presunzione di non colpevolezza dell’imputato.....	26
2.1.3. Necessità e proporzionalità delle restrizioni ai diritti fondamentali.	28
2.2. I principi «à valeur infra-constitutionnelle». L’obbligo di motivazione, il principio del controllo giurisdizionale e il contraddittorio.	29
3. La giurisdizione della fase istruttoria nel <i>Code de procédure pénale</i>	30
3.1. Giudice istruttore.....	31
3.2. <i>Le juge des libertés et de la detention</i> : l’indipendenza rispetto al giudice istruttore.....	32
3.3. <i>La chambre de l’instruction</i>	34
4. Gli atti istruttori che comportano una limitazione della libertà personale.	34
5. I mandati.	36
5.1. Mandato di ricerca.	37
5.2. Mandato di comparizione.	38
5.3. Mandato di accompagnamento.	39

5.4. Mandato d'arresto	40
5.5. Mandato di deposito	41
6. Il <i>contrôle judiciaire</i>	42
7. L'arresto domiciliare con sorveglianza elettronica (ARSE).	44
8. La <i>détention provisoire</i> e il contraddittorio anticipato.	45
8.1. Presupposti sostanziali. Tra eccezionalità e sussidiarietà della misura.	46
8.2. Procedimento applicativo.	49
8.3. Il contraddittorio anticipato. <i>Ratio</i>	50
8.4. La decisione del <i>juge des libertés et de la detention</i> e l'esecuzione della misura.	53
8.5. I diritti della persona sottoposta a <i>détention provisoire</i>	54
8.6 Sistema d'impugnazione.	55
9. La durata della <i>détention provisoire</i>	57
9.1. <i>Matière correctionnelle</i>	58
9.2. <i>Matière criminelle</i>	60
10. Dibattito contraddittorio nella procedura di proroga della <i>détention provisoire</i>	61

CAPITOLO II

IL SISTEMA CAUTELARE ITALIANO: IL CONTRADDITTORIO TRA GARANZIE E RIFORME.....	63
1. Garanzie costituzionali. Accenni storici.....	63
1.1. L'inviolabilità della libertà personale.	66
1.2. La presunzione di innocenza e le esigenze cautelari.	72
1.3. Giusto processo e il contraddittorio tra le parti.....	75
2. Aspetti sostanziali.	79
2.1 Misure cautelari personali coercitive e interdittive.....	80
2.2. Presupposti applicativi delle misure cautelari personali.	81
2.3. Le esigenze cautelari.	83
3. Il procedimento cautelare.	84

4. Il riesame e il ricorso <i>per saltum</i>	88
5. L'appello cautelare e il ricorso in Cassazione.	91
6. La durata delle misure cautelari.	93
7. L'interrogatorio di garanzia: la funzione difensiva del contraddittorio.	95
8. Il contraddittorio anticipato.	98
8.1. Il procedimento applicativo della misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio.....	101
8.2. Il procedimento cautelare per l'applicazione delle misure interdittive nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.....	104
8.3. Il fermo e l'arresto in flagranza.	108
9. Legge n. 114 del 2024: la Riforma Nordio.....	111

CAPITOLO III

LE GARANZIE PROCESSUALI A TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE DELL'IMPUTATO: FRANCIA E ITALIA A CONFRONTO.	116
1. I principi internazionali che guidano i due sistemi.	116
1.1. Tutela convenzionale.....	118
1.2. Tutela europea.....	122
2. <i>Juge des libertés et de la détention</i> e giudice per le indagini preliminari a confronto.	123
3. I due sistemi di impugnazione.	129
4. La durata della restrizione della libertà nei due sistemi.	131
5. La garanzia del contraddittorio a confronto: la <i>détention provisoire</i> e l'interrogatorio preventivo italiano.....	134
6. Situazione attuale in Francia. Statistiche ed efficienza del sistema.	143
6.1. <i>L'affaire d'Outreau</i>	146
6.2. Ultime novità. La riforma della giustizia penale in Francia e le linee tracciate dal ministro Dupond-Moretti.	151
7. Riforma Nordio: tra intenti normativi e riscontri applicativi.	153
7.1. Vantaggi processuali.....	154

7.2. Critiche: Limitatezza del campo applicativo e lacune normative.....	156
7.3. Prime pronunce giurisprudenziali. Sfide e prospettive di riforma.	164
CONCLUSIONI	172
BIBLIOGRAFIA	175

INTRODUZIONE

«*Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis»* ¹.

A oltre due secoli dall'adozione del principio sancito all'articolo VII della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, la questione relativa alla tutela della libertà personale e all'utilizzo, talvolta eccessivo, delle misure cautelari restrittive della libertà personale continua a rappresentare, tanto nell'ordinamento francese quanto in quello italiano, una criticità sistematica oggetto di costante attenzione dottrinale, giurisprudenziale e politica.

Le misure cautelari personali, in quanto strumenti che incidono direttamente sui diritti inviolabili dell'individuo, generano un'inevitabile tensione tra esigenze di prevenzione e repressione dei reati e salvaguardia della libertà personale e delle garanzie difensive dell'imputato. Esse, perciò, devono essere sottoposte a un rigoroso scrutinio di legittimità, proporzionalità e necessità.

L'art. 13 della Costituzione stabilisce che ogni misura limitativa della libertà personale debba essere disposta dall'autorità giudiziaria, sancendo così la riserva di giurisdizione quale principio fondamentale – insieme alla riserva di legge e all'obbligo di motivazione – nell'architettura costituzionale delle garanzie predisposte a presidio di tale libertà.

Tuttavia, il mero coinvolgimento formale del giudice nell'adozione delle misure cautelari non può considerarsi, di per sé, sufficiente a soddisfare pienamente la riserva di giurisdizione prevista dal testo costituzionale. Affinché quest'ultima trovi effettiva attuazione è necessario che l'intervento giurisdizionale non si esaurisca in una verifica unilaterale, ma si svolga all'interno di un contesto procedimentale nel quale le parti siano in grado di interloquire in condizioni di effettiva parità. Il principio di giurisdizionalità «non consiste nel potere di essere arrestati per ordine di un giudice, ma nel poterlo essere solo sulla base di un giudizio» e tale giudizio non può che svolgersi in contraddittorio².

Nel contesto italiano, la questione ha assunto una rinnovata attualità alla luce dell'entrata in vigore della Legge 9 agosto 2024, n. 114 (c.d. «Legge Nordio»), recante «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare*». La riforma ha introdotto significative innovazioni in materia di procedimento cautelare, con specifico

¹ Articolo VII della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, in www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp

² L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1990, p. 568

riferimento alle misure personali coercitive.

Nel sistema previgente, infatti, la sequenza procedurale si articolava rigidamente secondo lo schema: «richiesta della misura — applicazione — interrogatorio di garanzia — eventuale riesame»³. Tale assetto comportava l'esecuzione immediata di provvedimenti restrittivi, pur in assenza di un previo confronto tra le parti.

La riforma ha introdotto l'istituto dell'interrogatorio preventivo, disciplinato dal nuovo art. 291, comma 1-quater, c.p.p., che, seppur limitato a ipotesi tipizzate, consente per la prima volta un'interlocuzione tra giudice e imputato (o persona sottoposta alle indagini) prima dell'adozione della misura, modificando l'*iter* in: «richiesta — interrogatorio — eventuale applicazione — eventuale riesame»⁴.

A ciò si aggiunge la previsione della collegialità del giudice per le indagini preliminari quale organo competente in materia di custodia cautelare, introdotta dal nuovo art. 328, comma 1-quinquies, c.p.p., la cui efficacia è stata tuttavia differita al luglio 2026.

L'intervento legislativo ha dato nuova linfa al dibattito relativo al procedimento applicativo delle misure cautelari personali e agli spazi che, nel contesto di tale procedimento, dovrebbero essere riservati all'esplicazione del contraddittorio anticipato.

Il presente lavoro si inserisce all'interno di tale dibattito, proponendo un'analisi comparata tra l'ordinamento francese e italiano con specifico riguardo alla disciplina delle misure cautelari limitative della libertà personale e all'*iter* previsto nei due ordinamenti per la loro adozione.

L'indagine prende avvio dall'esperienza francese, di cui si ricostruiscono l'evoluzione storica, i presupposti teorici e l'architettura istituzionale. Il sistema si colloca su una linea di equilibrio tra il modello inquisitorio e quello accusatorio, presentando una struttura "mista" che combina elementi di entrambi. Tale composizione ibrida si riflette anche nel procedimento cautelare: accanto al giudice istruttore — titolare di rilevanti poteri investigativi nella fase preliminare e competente a formulare proposte in ambito cautelare — opera il *juge des libertés et de la détention* (JLD), cui spetta decidere sulle richieste che comportano restrizioni della libertà personale, in primo luogo la *détention provisoire*. Si configura così un doppio livello di controllo giurisdizionale (*double regard*) sulle restrizioni alla libertà dell'individuo.

³ G. ILLUMINATI, Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2023, 3

⁴ MALERBA, *Osservazioni sul contraddittorio anticipato in ambito cautelare. Note a margine del d.d.l. S. n. 808 (cd. d.d.l. Nordio)*, in Sistema Penale, 20 giugno 2023, disponibile su: <https://sistemapenale.it>,

Ampio spazio è dedicato all'esame degli strumenti previsti dal *Code de procédure pénale* che possono incidere sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato: i *mandats (d'arrêt, de comparution, de dépôt)*, il *contrôle judiciaire*, l'*assignation à résidence sous surveillance électronique* (ARSE) e la *détention provisoire*. Le prime due misure si caratterizzano per il loro effetto meramente restrittivo della libertà personale. L'*assignation à résidence sous surveillance électronique* e la *détention provisoire*, al contrario, si configurano come misura privativa, poiché determinano la privazione della libertà personale, pur in assenza di una condanna definitiva.

L'applicazione di tali misure è subordinata a due garanzie fondamentali: la celebrazione di un'udienza in contraddittorio dinanzi al *juge des libertés et de la détention*, e l'intervento del giudice istruttore in composizione collegiale quale organo richiedente.

L'attenzione si sposta poi sull'ordinamento italiano, a partire dai principi costituzionali in materia cautelare e delle criticità connesse al tradizionale modello a contraddittorio differito. Nel previgente assetto processuale, l'adozione della misura si fondata esclusivamente sul compendio probatorio fornito dal pubblico ministero, senza possibilità per la difesa di interloquire prima dell'emissione dell'ordinanza. A compensazione di tale asimmetria, il legislatore aveva previsto l'interrogatorio di garanzia, disciplinato dall'art. 294 c.p.p., quale primo momento di confronto tra imputato e giudice, in attuazione dell'art. 5 § 3 della CEDU. Tuttavia, l'efficacia garantistica dell'istituto è stata oggetto di ampie critiche in dottrina, che ne hanno evidenziato la fragilità strutturale: esso, oltre a caratterizzarsi per una rigidità procedurale che può comprimere le prerogative difensive in una fase particolarmente delicata, si fonda su un quadro conoscitivo unilaterale e non comporta un obbligo motivazionale per il giudice all'esito dell'atto. Vengono poi esaminati alcuni procedimenti cautelari a contraddittorio anticipato già presenti nell'ordinamento italiano, in particolare il procedimento previsto dall'art. 289, comma 2, c.p.p., relativo alla sospensione dall'esercizio di pubblici uffici o servizi, il procedimento cautelare *de societate* (d.lgs. 231/2001), nonché la convalida di misure pre-cautelari quali l'arresto obbligatorio, l'arresto facoltativo e il fermo.

La parte conclusiva del lavoro è dedicata al confronto tra i due sistemi. L'analisi mette in luce, da un lato, i principi comuni di matrice sovranazionale, al fine di evidenziare «*l'unità sostanziale della vita giuridica universale*»⁵ che li accomuna, in quanto espressioni significative del processo penale contemporaneo, orientate a mantenere un costante equilibrio tra esigenze dell'accertamento e tutela dei diritti individuali; dall'altro, le peculiarità strutturali che distinguono le due esperienze giuridiche.

⁵ *Conception et object de la science du droit compare*, Bulletin de la Société de legislation comparée, 1900, p.383; Cfr. anche CHIAVARIO, *Procedure penali d'Europa*, CEDAM, sec. ed., 200, p. 10.

La ricerca si conclude con una disamina delle prime analisi critiche della dottrina e dei primi interventi giurisprudenziali sull'assetto normativo risultante dalla Riforma Nordio, tesi a evidenziare aspetti positivi e negativi della stessa e a risolvere le molte questioni interpretative sorte all'indomani della sua entrata in vigore. Quanto è certo è che l'intervento riformatore non può essere inteso quale assetto definitivo, bensì quale momento intermedio — seppur di rilevante impatto sistematico — all'interno di un più ampio processo di evoluzione normativa, orientato alla progressiva ricomposizione dell'equilibrio tra le esigenze di efficienza dell'azione penale e il rafforzamento delle garanzie dell'imputato.

CAPITOLO I

LA LIMITAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE IN FASE ISTRUTTORIA NEL SISTEMA FRANCESE.

SOMMARIO: 1. L’evoluzione del sistema penale francese. 1.1. Processo penale tra modello inquisitorio e modello accusatorio. 1.1.1 Periodo pre-codicistico e l’istituzione del *Code d’instruction criminelle*. 1.1.2. Adozione del *Code de procédure pénale*. 1.2 Ultimi approdi legislativi. 2. I principi relativi all’organizzazione del sistema penale francese. 2.1. I principi «à valeur constitutionnelle». 2.1.1. Il principio di legalità. 2.1.2. La presunzione di non colpevolezza dell’imputato. 2.1.3. Necessità e proporzionalità delle restrizioni ai diritti fondamentali. 2.2. I principi «à valeur infra-constitutionnelle». L’obbligo di motivazione, il principio del controllo giurisdizionale e il contraddittorio. 3. La giurisdizione della fase istruttoria nel *Code de procédure pénale*. 3.1. Giudice istruttore. 3.2. *Le juge des libertés et de la detention*: l’indipendenza rispetto al giudice istruttore. 3.3. La *chambre de l’instruction*. 4. Gli atti istruttori che comportano una limitazione della libertà personale. 5. I mandati. 5.1. Mandato di ricerca. 5.2. Mandato di comparizione. 5.3. Mandato di accompagnamento. 5.4. Mandato d’arresto. 5.5. Mandato di deposito. 6. Il *contrôle judiciaire*. 7. L’arresto domiciliare con sorveglianza elettronica (ARSE). 8. La *détention provisoire* e il contraddittorio anticipato. 8.1. Presupposti sostanziali. Tra eccezionalità e sussidiarietà della misura. 8.2. Procedimento applicativo. 8.3. Il contraddittorio anticipato. *Ratio*. 8.4. La decisione del *juge des libertés et de la detention* e l’esecuzione della misura. 8.5. I diritti della persona sottoposta a *détention provisoire*. 8.6 Sistema d’impugnazione. 9. La durata della *détention provisoire*. 9.1. *Matière correctionnelle*. 9.2. *Matière criminelle*. 10. Dibattito contraddittorio nella procedura di proroga della *détention provisoire*.

1. L’evoluzione del sistema penale francese.

«*Dans la justice, c’est le juge pénal qui est le plus proche des citoyens. Si entre ses mains, il n’a plus la vie, il a encore la liberté et l’honneur des citoyens*»⁶.

Secondo *Jean Larguier*, illustre giurista e accademico francese, noto per i suoi contributi al diritto penale e processuale penale, la funzione del processo penale «non è semplicemente quella di punire,

⁶ ARDANT, *Le dévoiement pénal*, in *Droit pénal*, numero speciale, 1995, p. 1.

*ma quella di garantire un giusto processo, in cui l'equilibrio tra l'accusa e la difesa è il fondamento della giustizia»*⁷.

In linea con tale visione, *René Cassin*, giurista di rilievo e principale redattore della *Declaration Universelle des Droits de l'Homme*, qualche anno prima aveva affermato che «*ogni società democratica deve proteggere i suoi cittadini, ma non può farlo a scapito dei principi che fondano la sua stessa legittimità*»⁸.

Da prospettive e tempi diversi, entrambe le affermazioni convergono su un punto essenziale: la procedura penale si fonda su un equilibrio delicato tra due esigenze contrapposte ma complementari, ossia la tutela della libertà personale dell'imputato e la salvaguardia dell'interesse collettivo alla sicurezza.

La storia della procedura penale francese può essere letta come il riflesso di questa tensione costante.

1.1. Processo penale tra modello inquisitorio e modello accusatorio.

La stretta connessione tra assetto politico-istituzionale e sistema processuale penale è ormai un dato acquisito⁹: le esigenze politico-sociali di un determinato periodo storico inevitabilmente influenzano anche il sistema di repressione dei reati e le modalità di accertamento di questi ultimi. In questa prospettiva, il sistema francese, analogamente a quello italiano, riflette le profonde trasformazioni politiche e istituzionali che hanno attraversato la sua storia, adattandosi progressivamente alle diverse concezioni di giustizia e di garanzie processuali.

La struttura complessa dell'attuale *Code de procédure pénale* è, infatti, il frutto di un'alternanza storica marcata tra momenti di «*rupture et continuité*», caratterizzati da un costante confronto tra l'impianto inquisitorio e una progressiva vocazione verso il modello accusatorio¹⁰.

La distinzione tra modello accusatorio e modello inquisitorio costituisce, tradizionalmente, il criterio classificatorio più diffuso nell'analisi comparata dei sistemi processuali penali¹¹. In particolare, per una lettura storico-evolutiva del processo penale francese, tale contrapposizione assume un valore emblematico. Agli albori, infatti, la procedura penale francese si configurava secondo un impianto accusatorio, per poi subire una decisa trasformazione in senso inquisitorio. L'assetto attuale si

⁷ LARGUIER, *La procédure pénale: Principes et enjeux*, Presses Universitaires de France, 2003, p.65

⁸ CASSIN, *La pensée et l'action*, Éditions du Seuil, 1951, p.89.

⁹ CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, 2^a ed., CEDAM, 2020, p. 20 ss.

¹⁰ BENILLOUCHE, *Leçon de procédure pénale*, 3^a ed., Éditions Ellipses, 2017, p.8.

¹¹ CAMON, *Fondamenti di procedura penale*, op. cit.,

presenta come un sistema *misto*, volto a ricomporre e armonizzare le caratteristiche salienti dei due modelli.

Occorre tuttavia precisare che la validità euristica del tradizionale binomio che vede contrapporsi il modello inquisitorio al modello accusatorio è oggi controversa e, talvolta, apertamente negata. Parte della dottrina, infatti, ne ridimensiona la portata, riconoscendole un valore meramente teorico e astratto. Ciò dipende dal fatto che tale categorizzazione si fonda su una semplificazione concettuale, che deriva da una generalizzazione di tratti tipici rilevati in ordinamenti storicamente reali, ma non corrisponde a modelli pienamente realizzati nella prassi¹².

Specie nell'ottica dell'armonizzazione europea, l'antinomia tra modello accusatorio e modello inquisitorio sembra destinata a dissolversi, in quanto l'obiettivo perseguito è il progressivo avvicinamento tra i diversi sistemi penali degli Stati membri e la loro reciproca contaminazione. In questo contesto, l'evoluzione verso una mescolanza di stili processuali appare inevitabile, offuscando le distinzioni nette e rendendo inservibili categorie teoriche che rischiano di costituire un ostacolo alla costruzione di un comune orizzonte giuridico.

Ciononostante, la distinzione dottrinale tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio mantiene una sua utilità sul piano *storico-analitico*, soprattutto se riferita all'evoluzione del sistema processuale francese.

A tal riguardo, può essere utile rimarcare quattro fondamentali tappe storiche: il periodo antecedente alla codificazione, l'adozione del *Code d'instruction criminelle*, la promulgazione del *Code de procédure pénale* del 1958 e, infine, le recenti riforme legislative che hanno segnato un ulteriore passo nella trasformazione del processo penale contemporaneo.

1.1.1 Periodo pre-codicistico e l'istituzione del *Code d'instruction criminelle*.

Sebbene formalmente ispirata a una procedura di tipo accusatorio, tra il X e il XV secolo la giustizia penale francese mostrava già segni di una progressiva infiltrazione di elementi inquisitoriali. Questa tendenza si spiega principalmente con il declino dell'autorità imperiale seguito alla morte di Carlo Magno e con la conseguente frammentazione politica del regno, in cui il potere venne progressivamente assorbito dalla nobiltà feudale¹³. Tale fenomeno, unito ad altri fattori, portò a un indebolimento dell'autorità dello Stato. In tale contesto, lo Stato, per ristabilire il controllo e l'ordine

¹² ILLUMINATI, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, in Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 4, n. 2, maggio-agosto 2018, pp. 533–557, disponibile online: <https://www.redalyc.org/pdf/6739/673971401003.pdf>

¹³ CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^a ed., Presses Universitaires de France, 2014, p.77.

pubblico, fu costretto ad assumere un ruolo più incisivo nell'amministrazione della giustizia, seguendo l'esempio delle giurisdizioni ecclesiastiche, già strutturate secondo il modello inquisitorio¹⁴.

Fu proprio sotto l'influenza del diritto canonico che, a partire dal XII secolo, si affermò in ambito laico la possibilità per il giudice di avviare d'ufficio il procedimento penale. Tuttavia, il suo campo di applicazione era inizialmente limitato ai reati che minacciavano gli interessi dello Stato.

Già alla fine del XIII secolo, la funzione di tutela degli interessi della Corona venne progressivamente affidata ai magistrati, incaricati anche di perseguire i crimini e raccogliere prove. Nel corso del XIV secolo, la nascita del *ministère public* contribuì ulteriormente al consolidamento di un'impostazione inquisitoria, in cui l'autorità giudiziaria concentrava in sé le funzioni investigative e decisionali¹⁵.

Il sistema divenne dunque prevalentemente inquisitorio: il giudice assumeva il ruolo di inquirente e di arbitro, con scarsa attenzione alle garanzie processuali dell'imputato. Il processo mirava alla ricerca della verità materiale, spesso attraverso l'uso della tortura e interrogatori coercitivi. La netta separazione tra il ruolo di accusa e quello di difesa era praticamente inesistente¹⁶.

Un momento cruciale in questa evoluzione fu l'emissione dell'*Ordinance criminelle* del 1670 sotto Luigi XIV. Tale riforma rappresentò un tentativo di razionalizzazione e uniformazione della giustizia penale nel regno, stabilendo regole procedurali comuni e rafforzando il controllo monarchico. Tuttavia, la centralizzazione non comportò una modernizzazione del sistema, che rimase fondamentalmente inquisitorio, con una difesa debole e il ricorso sistematico alla tortura¹⁷. Il sistema inquisitorio restò dominante fino alla fine dell'*Ancien Régime*.

La Rivoluzione francese del 1789 segnò una frattura radicale. Le idee illuministe, promosse da pensatori come Montesquieu, Voltaire e soprattutto Cesare Beccaria, influenzarono profondamente le riforme rivoluzionarie. Principi come la presunzione d'innocenza, il diritto alla difesa e la pubblicità

¹⁴BENILLOUCHE, *Leçon de procédure pénale*, 3^a ed., Ellipses, 2017, p.10 ss. A causa dell'inefficacia della procedura accusatoria, papa Innocenzo III (1198–1216) introdusse la *procedura per inquisitionem*, applicata esclusivamente ai membri del clero e caratterizzata dal segreto.

¹⁵AMBROISE-CASTÉROT, BONFILS, *Procédure pénale*, coll. Thémis Droit, 4^a ed., Presses Universitaires de France, 2022, p.14 ss.

¹⁶ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 234. Cfr. anche MARIOTTE *Le principe inquisitoire : ses origines, sa nature, son évolution dans le droit français (essai d'introduction aux projets de réforme du CIC)*, thèse, Société française d'imprimerie et de librairie, 1902, p. 19.

¹⁷GUINCHARD, *Procédure pénale*, 17^a ed., LexisNexis, 2024, p 25 ss.

dei processi entrarono nel dibattito giuridico e politico fin dai primi atti rivoluzionari, come il *Rapport Bergasse* del 17 agosto 1789¹⁸.

Con l'adozione della Costituzione del 1791 e la promulgazione di leggi successive, la Francia abbandonò gradualmente il modello inquisitorio, aprendo la strada alla nascita di un sistema più moderno e rispettoso delle libertà individuali. L'istituzione del *Tribunal criminel*, competente per i crimini più gravi, evidenziava la volontà di distinguere tra reati politici e comuni, aprendo la strada a un giudizio pubblico e imparziale¹⁹.

Tuttavia, l'instabilità politica e le tensioni sociali del periodo rivoluzionario resero difficile l'implementazione di un sistema processuale coerente e stabile.

Con l'avvento dell'Impero napoleonico si affermò l'esigenza di unificare e razionalizzare il diritto. La codificazione voluta da Napoleone Bonaparte mirava a ristabilire l'ordine pubblico e a rafforzare l'autorità statale. Il nuovo progetto codicistico rispondeva alla volontà dell'Imperatore di conciliare l'efficacia della procedura inquisitoria *dell'Ancien Régime* con la tutela delle libertà individuali garantita dalla procedura accusatoria della Rivoluzione²⁰.

Nel 1801 fu avviata una consultazione tra magistrati in vista dell'elaborazione di un nuovo codice francese. L'orientamento dominante escludeva il modello inglese, poco compatibile con le esigenze politiche e culturali del periodo. Alcune giurisdizioni si mostrarono favorevoli a un ritorno alla *Ordonnance* del 1670, seppur con alcune modifiche²¹.

Il risultato di questo compromesso fu il *Code d'instruction criminelle*, promulgato nel 1808 ed entrato in vigore nel 1811.

Questo codice si strutturava secondo un'impostazione *mista*: la fase istruttoria manteneva un carattere inquisitorio, con un ruolo centrale del *juge d'instruction*²², mentre la fase di giudizio assumeva tratti più spiccatamente accusatori. Per la prima volta, si riconosceva la necessità di garantire un contraddittorio, seppur limitato²³.

¹⁸ BENILLOUCHE, *Leçon de procédure pénale*, op. cit., p.10 ss.

¹⁹ ISORNI, *Histoire de la procédure pénale en France*, Presses Universitaires de France, 1952, p.103 ss.

²⁰ BENILLOUCHE, op. cit., op. cit., p. 10 ss.

²¹ PRADEL, *Procédure pénale*, 20^a ed., Cujas, 2019, p. 29 ss.

²² BENILLOUCHE, op. cit., op. cit., p.12

²³ GUINCHARD, *Procédure pénale*, 17^a ed., LexisNexis, 2024, p. 25 ss.

Di particolare rilievo fu anche la riorganizzazione del *ministère public*, responsabile dell'azione penale e dell'accusa in giudizio. I redattori del codice istituirono un *ministero pubblico* organicamente dipendente dal potere esecutivo²⁴.

Un'ulteriore fondamentale innovazione fu l'istituzione della *Cour d'assises*, tribunale penale competente per i reati più gravi, composto da giudici togati e *jurés* (giurati popolari): un evidente tentativo di coniugare principi inquisitori e accusatori²⁵.

Questo sistema misto influenzò profondamente i sistemi processuali di molti paesi europei, tra cui l'Italia²⁶. Nonostante le critiche per la persistenza di elementi inquisitori, il *Code d'instruction criminelle* rappresentò un'evoluzione significativa verso la tutela dei diritti dell'imputato.

1.1. 2. Adozione del *Code de procédure pénale*.

Nel corso del XX secolo, la Francia affrontò profonde trasformazioni politiche e sociali che resero necessaria una riforma del sistema processuale penale. Le esperienze drammatiche delle due guerre mondiali, l'affermazione dei diritti umani a livello internazionale e l'evoluzione del contesto sociale interno contribuirono a maturare una nuova sensibilità rispetto al bilanciamento tra l'efficacia dell'azione penale e la tutela delle libertà individuali.

Già nel 1930 fu istituita una commissione incaricata di elaborare una proposta di revisione del *Code d'instruction criminelle*. Presieduta da *Matter*, procuratore generale presso la Corte di cassazione, la commissione presentò nel 1938 un progetto di riforma organica del codice, che tuttavia non fu adottato a causa dell'intervento della Seconda guerra mondiale.

Parallelamente, nel corso degli anni Trenta, vennero introdotte riforme legislative isolate e contraddittorie: alcune tese a rafforzare le garanzie processuali, come la legge del 7 febbraio 1933, che impose criteri più stringenti per la detenzione preventiva; altre, invece, orientarono il sistema verso un maggiore rigore repressivo, come la legge dell'8 agosto 1935, che ridusse i mezzi di impugnazione a disposizione dell'imputato²⁷.

²⁴ BENILLOUCHE, *op. cit.*, p. 85.

²⁵ LARGUIER, CONTE, DETRAZ, *Procédure pénale*, 26^a ed., Dalloz, 2023, p.42.

²⁶ Cfr. ad esempio CHIAVARIO, *op. cit.*, p. 16 ss.; TULKES, *La procédure pénale: grandes lignes de comparaison entre systèmes nationaux*, in *Procès pénal et droit de l'homme*, p. 33.

²⁷ BENILLOUCHE, *op. cit.*, p. 85.

Il vero punto di svolta giunse nel 1958, con l'instaurazione della Quinta Repubblica. In questo contesto, fu finalmente adottato il *Code de procédure pénale*, che sostituì il precedente codice napoleonico del 1808.

La nuova codificazione rifletteva le esigenze di modernizzazione e democratizzazione della giustizia penale, in un'ottica di maggiore efficienza e rispetto dei principi dello Stato di diritto. Tra le novità più significative, si segnalano il rafforzamento dei diritti della difesa e l'ampliamento delle garanzie riconosciute all'imputato, tra cui il diritto ad essere assistito da un difensore sin dalle prime fasi del procedimento.

Attualmente, il codice si compone di un «*Titre préliminaire*» e sei libri che coprono le diverse fasi del procedimento penale: dall'esercizio dell'azione pubblica e l'istruzione (Livre I), al giudizio (Livre II), fino alle vie di ricorso (Livre III), regolando anche alcune procedure speciali (Livre IV) e le procedure esecutive (Livre V). L'ultimo libro (Livre VI) prevede disposizioni relative ai territori d'oltremare. Quanto alle disposizioni concernenti l'organizzazione giudiziaria, sono raccolte nel *Code de l'organisation judiciaire*, emanato con i decreti 78-329 e 78-330 del 16 marzo 1978²⁸.

L'importante novità del *Code de procédure pénale* è rappresentata dall'introduzione de *l'article préliminaire*, che sancisce alcuni dei principi fondamentali della procedura penale, tra cui la presunzione d'innocenza, il diritto a un processo equo e il rispetto della dignità della persona.

Lungi dall'essere una semplice dichiarazione di intenti, tale articolo ha acquisito valore normativo grazie all'interpretazione della giurisprudenza, che lo utilizza regolarmente come parametro per il controllo di legalità delle decisioni giudiziarie. In particolare, la *Cour de cassation* ha attribuito all'*article préliminaire* un ruolo centrale nel rafforzamento della legittimità del processo penale contemporaneo, collocandolo in linea con i principi affermati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁹.

Va osservato, inoltre, che il suddetto codice – elaborato nei suoi elementi fondamentali per effetto di un intervento normativo di matrice governativa – si è trovato ben presto esposto alle conseguenze di ciò che Robert Vouin, con espressione velatamente critica, definì «la sfortuna di nascere in un momento inopportuno»³⁰, con riferimento al carattere autoritario che contraddistingueva l'instabile contesto politico dell'epoca. Successivamente, la Francia è stata interessata da due trasformazioni giuridiche di rilievo, fino ad allora inedite anche nel lessico utilizzato per descriverle: da un lato, la

²⁸ Cfr. CHIAVARIO, *op. cit.*, p. 106.

²⁹ Chambre criminelle, 1º marzo 2011, n. 10-85.262.

³⁰ Cfr. VOUIN, *L'application du code de procédure pénale et le malheur des temps*, in RSC, 1962, p. 65.

“costituzionalizzazione” del diritto, in particolare del diritto penale; dall’altro, la sua “internazionalizzazione”, intensificata soprattutto dall’adesione alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e ai Patti internazionali delle Nazioni Unite in materia di diritti fondamentali. Da ciò discende che l’attuale assetto normativo si discosta in misura considerevole da quello originariamente delineato nel 1958³¹.

1.2 Ultimi approdi legislativi.

Dopo l’adozione del *Code de procédure pénale* il legislatore francese è intervenuto più volte sul testo normativo, apportando modifiche significative alla struttura e ai principi del processo penale, in risposta ai mutamenti sociali, politici e giurisprudenziali.

Tra le riforme principali figura la *Legge n. 70-643 del 17 luglio 1970*, che mira a rafforzare la garanzia dei diritti individuali dei cittadini, sostituendo la nozione di «*détention préventive*» con quella di «*détention provisoire*»³², con l’intento di limitarne l’uso a ipotesi eccezionali. Questo cambiamento lessicale rifletteva un’evoluzione sostanziale nel modo di concepire la custodia cautelare, sempre più vista come *extrema ratio*.

Un ulteriore passo in avanti fu compiuto con la *Legge n. 93-2 del 4 gennaio 1993*, che segnò un punto di svolta nella regolamentazione della *garde à vue*³³. Questa legge riconobbe, per la prima volta, il diritto dell’avvocato a incontrare il soggetto sottoposto a fermo sin dalle prime fasi³⁴.

³¹ CHIAVARIO, *Procedure penali d’Europa*, 2^a ed., CEDAM, 2001, p. 104. Cfr. anche *Propositions pour une révision de la Constitution*, 1993; COMMISSION JUSTICE PÉNALE ET DROITS DE L'HOMME, *La mise en état des affaires pénales. Rapports*, 1991; DANTI-JUAN, *L'égalité en procédure pénale*, in RSC, 1985, p. 505; LOLOUM – NGUYEN HUU, *Le Conseil constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986*, in RSC, 1987, p. 565; MAYER, *L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France*, in RSC, 1988, p. 439; PHILIP, *La constitutionnalisation du droit pénal français*, in RSC, 1988, p. 74; ID., *Brèves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution*, in RSC, 1994, p. 675; ROBERT, *La classification tripartite des infractions selon le nouveau code pénal*, in Dr. pénal, 1995, chron. 1.

³² La *détention provisoire* è una misura cautelare di natura detentiva, assimilabile alla misura cautelare italiana della custodia cautelare in carcere, che consiste nella carcerazione temporanea di una persona prima della sentenza definitiva.

³³ La *garde à vue* è una misura restrittiva della libertà personale disposta nell’ambito di un’indagine giudiziaria nei confronti di un soggetto indiziato di aver commesso un reato. Una persona può essere sottoposta a *garde à vue* qualora sussistano fondati motivi per ritenere che abbia commesso o tentato di commettere un reato. L’infrazione contestata deve costituire un *crimen* o un *delit* punito con pena detentiva. La misura della *garde à vue* è legittima solo se rappresenta l’unico mezzo idoneo a perseguire almeno uno dei seguenti scopi:

garantire la prosecuzione delle indagini assicurando la presenza della persona indagata; garantire la presentazione della persona davanti all’autorità giudiziaria; prevenire la distruzione di elementi di prova; evitare una concertazione tra l’indagato e eventuali complici; impedire pressioni sui testimoni o sulle vittime; assicurare l’interruzione dell’attività criminosa in corso. Se tutte le condizioni di legge risultano soddisfatte, il funzionario di polizia giudiziaria (*officier de police judiciaire* – OPJ), di propria iniziativa o su istruzione del procuratore della Repubblica, può disporre il collocamento in *garde à vue* del soggetto. In ogni caso, l’OPJ ha l’obbligo di informare senza indugio il procuratore della Repubblica dell’avvio della misura.

³⁴ Code de procédure pénale, art. 63-4.

Inoltre, introdusse una riforma terminologica e concettuale: il termine *inculpé* (in uso fino ad allora) fu sostituito da *mis en examen*, per indicare una persona formalmente sottoposta a indagine. Tale cambiamento rifletteva una maggiore attenzione alla presunzione d'innocenza e alla neutralità del linguaggio giudiziario³⁵.

Sempre nell'ambito della giustizia cautelare, di fondamentale importanza è anche la riforma introdotta con la *Legge n. 2000-516 del 15 giugno 2000*, nota come «*Legge sulla presunzione di innocenza*». Essa introdusse la figura del *juge des libertés et de la détention* (JLD), competente a decidere sull'eventuale *détention provisoire* su richiesta del giudice istruttore. Questa innovazione comportò una netta separazione tra la funzione d'indagine e quella decisionale in materia di misure privative della libertà, rafforzando l'imparzialità e le garanzie giurisdizionali.

Nel contesto della crescente minaccia terroristica a livello europeo, la Francia ha adottato una serie di misure legislative volte a rafforzare il proprio apparato giudiziario e investigativo, culminate con la *Legge n. 2006-64 del 23 gennaio 2006*, relativa alla lotta contro il terrorismo e alle investigazioni preliminari. Tale riforma si inserisce nel solco di un progressivo irrigidimento del sistema penale, in cui le esigenze di sicurezza pubblica tendono a prevalere sulle garanzie tradizionalmente associate al diritto penale e processuale. Uno degli aspetti più rilevanti in termini di procedura penale ha riguardato l'estensione della durata della *garde à vue*, che per i reati di terrorismo è stata portata fino a un massimo di 144 ore (6 giorni), con possibilità di differimento dell'accesso all'assistenza legale nei primi momenti dell'arresto.

Inoltre, sebbene la disciplina generale della *détention provisoire* non sia stata formalmente modificata dalla legge del 2006, l'impatto della riforma si è fatto sentire anche in quest'ambito, contribuendo a un'evoluzione del diritto processuale penale francese verso una *logica di eccezione*.

Infine, nel gennaio 2023, il governo francese ha annunciato un *Projet de loi de «simplification et modernisation de la procédure pénale»*, con l'obiettivo di razionalizzare il sistema processuale penale, snellirne le fasi e adattarlo alle esigenze della giustizia contemporanea. Questa proposta si inserisce nel più ampio tentativo di coniugare efficienza e garanzie in un contesto giuridico in continua evoluzione³⁶.

³⁵ *Code de procédure pénale*, artt. 80-1 e ss.

³⁶ L. n. 2023-1059 del 20 novembre 2023 di orientamento e programmazione del Ministero della Giustizia, *Journal officiel de la République française*, art. 2.

2. I principi relativi all'organizzazione del sistema penale francese.

L'analisi dei principi che regolano l'organizzazione del sistema penale francese è fondamentale per comprendere l'equilibrio tra il potere statale di perseguire i reati e la tutela dei diritti individuali.

A differenza del *Code de procédure civile*, il *Code de procédure pénale*, promulgato nel 1958, non conteneva inizialmente disposizioni esplicite o capitoli dedicati all'enunciazione di principi procedurali fondamentali, volti a definire il ruolo degli attori del processo penale e a garantire una giustizia equa. Sebbene il legislatore abbia successivamente colmato questa lacuna, è stata principalmente la giurisprudenza a individuare e sviluppare tali principi³⁷.

In particolare, la *Chambre criminelle* della Corte di cassazione ha assunto un ruolo pionieristico nell'elaborazione dei principi generali della procedura, spesso in assenza di testi normativi esplicativi e, talvolta, in contrasto con le disposizioni legislative vigenti³⁸.

Successivamente, sotto l'influenza di alcune disposizioni convenzionali, in particolare degli articoli 5 e 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – i quali sanciscono diritti fondamentali come il diritto ad essere informati dei motivi dell'arresto, a conoscere l'accusa formulata, a comparire tempestivamente dinanzi a un giudice e a essere giudicati entro un termine ragionevole³⁹ – il legislatore ha approfittato di una riforma procedurale di grande portata – quella introdotta dalla *legge del 15 giugno 2000* – per inserire nel *Code de procédure pénale* un *Article préliminaire* contenente un elenco di principi oggi comunemente associati al concetto di «*procès équitable*»⁴⁰.

In generale, l'*article préliminaire* del *Code de procédure pénale* delinea le linee guida fondamentali del processo penale, proponendo norme volte a orientare – e, se necessario, correggere – l'applicazione delle regole tecniche.

³⁷ DREYER, MOUYSSET, *Procédure pénale*, 3^a ed., LGDJ, 2023, p.31 ss.

³⁸ In una celebre sentenza, la Corte di cassazione francese ha affermato che, sebbene l'articolo 16 della legge del 10 marzo 1927 prevedesse che la camera d'accusa dovesse «deliberare senza ricorso», «dai principi generali del diritto risulta che tale disposizione non esclude il ricorso in cassazione quando questo è fondato su una violazione della legge che, se provata, sarebbe tale da privare la decisione resa delle condizioni essenziali della sua esistenza legale». Cass. pen. (Francia), 17 maggio 1984, in *Dalloz*, 1984, giurisprudenza, p. 536, con nota di JEANDIDIER.

³⁹ *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (CEDU), artt. 5 e 6

⁴⁰ Modificato dalla legge n. 2013-711 del 5 agosto 2013, ha recepito alcune disposizioni del diritto dell'Unione europea e degli impegni internazionali assunti dalla Francia. Tra queste, figura il riconoscimento del diritto all'assistenza di un interprete e, salvo rinuncia espresa e consapevole, alla traduzione degli atti essenziali per l'esercizio della difesa e per garantire l'equità del processo. Tali principi sono stati oggetto di applicazione nella giurisprudenza della Corte di cassazione. Cfr. Cass. pen. (Francia), 26 gennaio 2016, n. 15-80299, in *Bulletin criminel*, n. 16. L'articolo preliminare è stato ulteriormente modificato dalla legge n. 2019-222 del 23 marzo 2019 e dalla legge n. 2021-1729 del 22 dicembre 2021, confermando l'evoluzione del sistema penale francese verso un rafforzamento delle garanzie difensive.

Acclamato da alcuni e fortemente criticato da altri, questo testo di legge solleva necessariamente alcune osservazioni⁴¹. In primo luogo, tale disposizione legale manca di una certa coerenza interna, poiché i principi sono enunciati in modo non sistematico, alternando formulazioni in forma di diritti e di doveri. Inoltre, l'elenco non ha carattere esaustivo: taluni principi che rivestono un ruolo fondamentale nell'attuale organizzazione del processo penale non sono esplicitamente sanciti da tale disposizione.

Va inoltre osservato che, sebbene si sia sostenuto che *l'article préliminaire* consentirebbe al giudice penale di esercitare un «*contrôle de légalité de la loi*»⁴², ossia di verificare la conformità delle disposizioni del codice rispetto ai principi ivi enunciati⁴³, ciò risulta problematico sotto diversi profili. In primo luogo, tali principi non godono di una forza giuridica superiore rispetto alle altre norme del *Code de procédure pénale*, e la loro formalizzazione in un testo legislativo rischia di attenuarne la portata qualora si tratti di principi di rango costituzionale.

In secondo luogo, un risultato simile potrebbe essere raggiunto attraverso il meccanismo di «*contrôle de conventionnalité des lois*», che consente alle giurisdizioni interne di disapplicare norme contrarie a obblighi internazionali direttamente applicabili.

In terzo luogo, il ricorso alla *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) appare oggi come lo strumento privilegiato per sollevare dinanzi ai giudici l'incostituzionalità di una disposizione normativa repressiva, alla luce di principi costituzionali.

Parallelamente a tale evoluzione *codicistica*, alcuni principi fondamentali, destinati a garantire la tutela delle libertà individuali durante il processo penale, sono stati inseriti nei testi *costituzionali*, mentre altri sono stati successivamente individuati dal *Conseil constitutionnel*⁴⁴. Così, ad oggi, sia la Costituzione *del 4 ottobre 1958*⁴⁵, sia altri testi appartenenti al «*bloc de constitutionnalité*»⁴⁶,

⁴¹ DREYER, MOUYSSET, *op. cit.*, p. 31 ss.

⁴² MAYER, *Vers un contrôle du législateur par le juge pénal?*, in *Dalloz*, 2001, cronache, p. 1643.

⁴³ Cass. pen. (Francia), 2 febbraio 2005, in *JCP G*, 2005, II, 10111; cfr. anche App. Parigi, camera d'istruzione, 15 maggio 2009, in *Légipresse*, 2009, n. 262, p. 8.

⁴⁴ Il *Conseil Constitutionnel* è un'istituzione della Repubblica francese, istituita dalla Costituzione della Quinta Repubblica del 4 ottobre 1958. Esso si pronuncia, in particolare, sulla conformità alla Costituzione delle leggi, dei trattati internazionali e dei regolamenti interni delle assemblee parlamentari. È un organo pubblico la cui attività si svolge in funzione dei ricorsi di cui è investito. Delibera e adotta decisioni esclusivamente in seduta plenaria. Le deliberazioni sono soggette a una regola di quorum, secondo la quale è richiesta la presenza effettiva di almeno sette giudici, salvo casi di forza maggiore.

⁴⁵ Ad esempio, l'articolo 34 della Costituzione stabilisce che la procedura penale è una disciplina giuridica di competenza esclusiva del legislatore; l'art. 66 dichiara espressamente che l'autorità giudiziaria è istituita come garante delle libertà individuali.

⁴⁶ Cons. cost. (Francia), decisione n. 71-45 DC, 16 luglio 1971, in *Journal Officiel*, 18 luglio 1971, p. 7114. Il *Conseil constitutionnel* ha delineato il contenuto del cosiddetto «*bloc de constitutionnalité*», includendovi, in primo luogo, i principi sanciti dalla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 26 agosto 1789, nonché quelli richiamati nel

enunciano una serie di principi che vincolano il legislatore e orientano la disciplina del processo penale: tra questi, in particolare, la presunzione di innocenza⁴⁷ e i diritti della difesa⁴⁸.

In ogni caso, è ormai generalmente riconosciuto che l'intero processo penale francese è permeato da principi direttivi derivanti da varie fonti.

Essi possono essere suddivisi in due grandi categorie: i principi *à valeur constitutionnelle*, ossia quelli che derivano da fonti costituzionali e hanno un'efficacia superiore alla legge ordinaria, e i principi *à valeur infra-constitutionnelle*, ossia quelli che si fondano su norme infra-costituzionali e che regolano il processo in coerenza con il sistema giuridico nel suo complesso.

Considerata la molteplicità dei principi coinvolti e la loro frequente convergenza con quelli presenti nell'ordinamento italiano, nel prosieguo dell'analisi ci si concentrerà esclusivamente sui principi fondamentali che risultano pertinenti all'oggetto specifico di questa ricerca: ossia, quelli che garantiscono protezione nei casi di restrizione alla libertà personale dell'imputato.

2.1. I principi «à valeur constitutionnelle».

I principi *à valeur constitutionnelle* sono quelli che derivano direttamente Costituzione francese del 1958 o da testi aventi valore costituzionale, come la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789*, il *Preambolo della Costituzione del 1946*, la *Carta dell'ambiente del 2004*. Essi sono riconosciuti e garantiti dal *Conseil Constitutionnel*, che li tutela anche attraverso controllo di costituzionalità delle leggi⁴⁹. Una legge che viola uno di questi principi può essere dichiarata incostituzionale e quindi annullata o inapplicabile.

preambolo della Costituzione del 27 ottobre 1946. In secondo luogo, vi sono ricompresi i «principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica» (PFLR), i quali, pur non essendo espressamente enunciati, sono implicitamente valorizzati dallo stesso preambolo. Da ultimo, rientrano nel blocco anche gli «obiettivi di valore costituzionale», nozione questa elaborata direttamente dal *Conseil constitutionnel* con l'intento di garantire l'effettività di determinati principi di rango costituzionale.

⁴⁷ Cons. cost. (Francia), decisione n. 79-109 DC, 9 gennaio 1980, in *Revue de jurisprudence commerciale*, 1994, Litec, vol. I, p. 74.

⁴⁸ Cons. cost. (Francia), decisione n. 76-70 DC, 2 dicembre 1976, in *Journal Officiel*, 7 dicembre 1976, p. 7052; e decisione n. 95-360 DC, 2 febbraio 1995, in *Journal Officiel*, 7 febbraio 1995.

⁴⁹ Il controllo di costituzionalità assume la forma di un «controllo a priori», che il *Conseil constitutionnel* può essere chiamato a svolgere anteriormente all'entrata in vigore della legge. Qualora la norma approvata dal Parlamento sia oggetto di censura da parte del *Conseil*, essa non potrà essere promulgata. Una volta intervenuta la promulgazione, tuttavia, il *Conseil* non è più competente a pronunciarsi, e i giudici – siano essi penali, civili o amministrativi – non dispongono della facoltà di effettuare un sindacato di costituzionalità sulle leggi che sono chiamati ad applicare. Ciononostante, il *Conseil constitutionnel* si attribuisce la competenza a verificare la conformità a Costituzione di una legge già in vigore, nel caso in cui sia investito del controllo su disposizioni normative successive che «invadano il medesimo ambito applicativo, la completino oppure, pur non alterandone la portata, la modifichino».

Tra questi i più importanti sono: il principio di *légalité* (principio di legalità); la *présomption d'innocence* (presunzione di non colpevolezza dell'imputato); e il principio di *nécessité et proportionnalité des atteintes aux droits fondamentaux* (necessità e proporzionalità delle restrizioni ai diritti fondamentali).

2.1.1. Il principio di legalità.

Anche se l'*Article préliminaire* del *Code de procédure pénale* penale non vi fa esplicito riferimento, il principio di legalità si impone necessariamente come un principio fondamentale, il cui rispetto rappresenta una garanzia essenziale per la tutela delle libertà individuali.

Alla base di tale principio, considerato cardine della procedura penale contemporanea⁵⁰, vi è l'assunto secondo cui il processo penale implica, per sua intrinseca natura, l'esercizio di poteri coercitivi da parte di un individuo nei confronti di un altro. Tali poteri, tuttavia, possono ritenersi giustificati esclusivamente qualora esercitati nel rispetto di norme previamente stabilite, le quali devono essere conformi ai principi supremi di matrice naturale che informano il modello accusatorio.

In tale prospettiva, è principio ormai pienamente acquisito, sulla scorta del pensiero di Montesquieu, che le formalità proprie del processo penale costituiscano presidio irrinunciabile della libertà individuale, in quanto strumenti essenziali a garantire la certezza del diritto e la tutela delle garanzie fondamentali⁵¹. Si configura, in tal senso, una relazione di proporzionalità diretta tra l'attenzione riservata al rispetto delle forme procedurali e la rilevanza attribuita, da parte dei pubblici poteri ai beni fondamentali della persona. Nell'ambito di tale impostazione, la complessità, la durata e l'onerosità del processo, derivanti dal rigoroso rispetto delle forme, devono essere intesi come il necessario corrispettivo della protezione effettiva dei diritti dei cittadini⁵².

Secondo la prospettiva tipicamente illuminista, è nel primato assoluto della legge che si rinviene la garanzia affinché le formalità del processo vengano integralmente e inderogabilmente osservate dai giudici, i quali sono tenuti a conformarsi in maniera strettamente aderente al disposto normativo. Ne consegue che, in tale specifico ambito dell'esperienza giuridica, ogni intervento volto alla riduzione o semplificazione delle prescrizioni legislative risulta potenzialmente lesivo dell'equilibrio del sistema processuale, giacché la rarefazione del precetto giuridico rischierebbe di ampliare la

⁵⁰ NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, “èthos” delle fonti, dialettica tra le Corti*, in Arch. pen., 2017, p. 9. Cfr. anche NOBILI. *La nuova procedura penale: lezioni agli studenti*. Bologna: CLUEB, 1989. Print.

⁵¹ Montesquieu, *Lo spirito delle leggi* (1748), vol. II, Milano, 1968, 929 (Libro XIX, Cap. I)

⁵² Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., 223-224 (Libro VI, Cap. II)

discrezionalità giudiziale fino a tramutarsi in arbitrio, ponendo così in pericolo i beni fondamentali della persona. Nel pensiero di Montesquieu emerge una chiara diffidenza verso le lacune normative, le formulazioni vaghe e le clausole generali, che costituiscono pericoli insidiosi capaci di condurre, in ultima istanza, a una concezione dispotica della funzione giudiziaria, nella quale il giudice finisce per coincidere «*egli stesso con la norma*»⁵³. È pertanto coerente riconoscere, nell’impianto teorico del filosofo francese, un’esplicita tensione verso una concezione rigorosa di legalità processuale, intesa non solo come predeterminazione dell’ordine e delle modalità di svolgimento degli atti procedimentali, ma altresì come inderogabile obbligo, in capo al legislatore, di redigere norme caratterizzate da precisione e tassatività, idonee a delimitare con rigore l’esercizio della funzione giurisdizionale.

Nell’ordinamento francese, in via generale, tale principio è sancito dall’articolo 8 della Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo e del Cittadino del 1789, che afferma: «*Nessuno può essere punito se non in virtù di una legge stabilita e promulgata anteriormente al reato e legalmente applicata*».

Inoltre, l’articolo 34 della Costituzione francese del 1958 attribuisce al legislatore la competenza esclusiva per determinare le norme relative alla procedura penale, all’istituzione di nuovi ordini giurisdizionali e allo status dei magistrati.

Sebbene da tali formulazioni normative risulta più evidente l’aspetto sostanziale della garanzia, il *Conseil Constitutionnel* ha più volte riconosciuto il principio di legalità *processuale* penale come principio fondamentale, ricavabile in via indiretta da queste due norme costituzionali⁵⁴.

Anche nell’ambito processuale si riflette la medesima concezione che tradizionalmente sostiene il principio di legalità in materia penale sostanziale: il procedimento non può configurarsi come uno spazio arbitrario di esercizio del potere, bensì deve inserirsi in un quadro normativo rigoroso, all’interno del quale l’azione punitiva sia non solo incanalata, ma anche rigidamente delimitata⁵⁵. Ciò implica che l’organizzazione e il funzionamento del processo penale devono essere regolati da disposizioni legislative chiare e predefinite, assicurando che ogni individuo possa prevedere il quadro giuridico in cui si svolgerà il procedimento a suo carico e le eventuali conseguenze sanzionatorie.

⁵³ Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., 225 (Libro VI, Cap. III).

⁵⁴ Cfr., ad es., Cons. cost. (Francia), decisione n. 2010-14/22 QPC, 30 luglio 2010, *M. Stéphane A.*, relativa al regime della *garde à vue*, in *Journal Officiel de la République Française*, n. 176, 1º agosto 2010, testo n. 100; Cons. cost. (Francia), decisione n. 2011-223 QPC, 17 febbraio 2012, *Association française des magistrats instructeurs*, relativa all’art. 706-88-2 del *Code de procédure pénale*, in *Journal Officiel de la République Française*, n. 43, 18 febbraio 2012, testo n. 89.

⁵⁵ PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 530.

Tale principio, inoltre, impone una peculiare organizzazione gerarchica del sistema processuale penale francese, sia da un punto di vista interno (rapporto *loi-règlement*), sia da un punto di vista esterno, sancendo una tendenziale autonomia del processo penale dalle regole applicabili nel processo civile⁵⁶.

In particolare, da un punto di vista interno, la *Chambre criminelle* della Corte di cassazione francese ha più volte stabilito che solo la violazione di leggi fondamentali può portare alla nullità di un procedimento. In altre parole, se vengono ignorate le norme regolamentari che disciplinano il processo penale, non è possibile dichiarare nullo il processo in base a quella violazione. Inoltre, poiché la procedura penale rientra nell'ambito della *legge*, il *Code de procédure civile*, promulgato per *decreto*, così come i decreti in materia di procedura civile, non possono essere applicati, in linea di principio, da una giurisdizione penale. Le giurisdizioni penali devono seguire le leggi relative al diritto penale e non quelle che riguardano la procedura civile.

In sintesi, il principio di legalità nel sistema processuale penale francese assicura che la definizione dei reati, delle pene e delle procedure sia prerogativa esclusiva del legislatore, garantendo così la tutela delle libertà individuali e la prevedibilità dell'azione penale.

È opportuno rilevare come, tanto in Francia quanto negli altri ordinamenti dell'Europa continentale, il principio di legalità in ambito processuale stia conoscendo una fase di profonda crisi all'interno dell'assetto giuridico vigente, sempre più caratterizzato da una marcata tendenza «*all'egemonia del potere giudiziario sulla produzione del diritto*»⁵⁷. Come rilevato da autorevole dottrina⁵⁸, le principali obiezioni sollevate si articolano essenzialmente in due direttive: da un lato, si critica la pretesa – di matrice illuministica – di riduzione del giudice a mera *bouche de la loi*, «*macchina sillogizzante*» quale impersonale organo di rappresentanza della legge⁵⁹. Dall'altro lato, il secondo profilo critico si fonda su una radicale contestazione della presunta funzione garantista della legge processuale, mettendo in discussione l'idea che essa abbia effettivamente assolto, nel corso della storia, al ruolo

⁵⁶ LARGUIER, CONTE, DETRAZ, *Procédure pénale*, 26^a ed., Dalloz, 2023, p.37.

⁵⁷ Cfr. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, “èthos” delle fonti, dialettica tra le Corti*, in Arch. pen., 2017. Già oltre un ventennio addietro, Nobili osservava come il principio di legalità in ambito processuale non risultasse adeguatamente definito, né organicamente delineato o valorizzato nella riflessione della dottrina processualistica contemporanea, soprattutto se posto a confronto con la ben più solida elaborazione dogmatica riservata al corrispondente principio in materia di diritto sostanziale. Tale carenza sistematica, secondo l'Autore, avrebbe determinato una condizione paradossale, in cui la crisi del principio, evidente nella prassi applicativa, ha finito per manifestarsi ancor prima che esso venisse oggetto di una necessaria e compiuta sistematizzazione teorica. Cfr. NOBILI, Principio di legalità, processo, diritto sostanziale (1995), in Id., Scenari e trasformazioni del processo penale, Padova, 1998, p.203.

⁵⁸ Cfr. sempre NEGRI, op. cit., p. 2 ss.

⁵⁹ Tra le tante, identiche diagnosi, si vedano i contributi raccolti nel volume Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare, a cura di VOGLIOTTI, 2008.

di autentico presidio delle libertà individuali, così come tradizionalmente affermato dalla cultura giuridica del liberalismo classico. Al contrario, si osserva come le rigidità normative – frutto di una «*deriva liberticida subita dal positivismo giuridico del primo Novecento*» – abbiano frequentemente finito per alimentare dinamiche di segno autoritario, risposte emergenziali e orientamenti repressivi di diversa natura.

Sebbene tali rilievi critici trovino fondamento in consolidati precedenti storici, essi dovrebbero piuttosto costituire il presupposto per una rinnovata valorizzazione del principio di legalità, anziché determinarne il definitivo ridimensionamento o la sua demolizione concettuale. La legalità cui si fa riferimento — è opportuno precisarlo — è quella che può definirsi «*rigenerata*» alla luce dei principi e dei valori consacrati nella Costituzione repubblicana⁶⁰. Si tratta, dunque, di una legalità normativa alla quale è attribuito il compito imprescindibile di tradurre il processo penale in «*diritto costituzionale applicato*»⁶¹, assumendo come propria *ratio* la protezione dell’individuo sottoposto a procedimento rispetto all’intrinseca vocazione espansiva e potenzialmente prevaricatrice del potere punitivo dello Stato. In tale prospettiva, il nesso tra le norme processuali e le garanzie fondamentali delle libertà personali si rivela ancora più stretto e diretto rispetto a quello riscontrabile nel diritto penale sostanziale, proprio in ragione della dimensione concretamente umana e relazionale che caratterizza la vicenda giudiziaria.

Dunque, il processo penale contemporaneo si confronta con una fase storica connotata da sfide particolarmente incisive, che ne sollecitano una profonda riflessione critica sotto il profilo tanto teorico quanto applicativo⁶². Tra le criticità più rilevanti si evidenzia una marcata divaricazione tra il livello di effettiva protezione delle libertà individuali e l’ideale di garanzia proclamato dallo Stato di diritto, il quale — secondo l’impianto assiologico delineato dalle Costituzioni democratiche del secondo dopoguerra — avrebbe dovuto orientare l’esercizio della giurisdizione penale al

⁶⁰ GIUL. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, , 1967, p.11, che la riferiva alla discrezionalità del giudice alla luce dei principi costituzionali a tutela della libertà

⁶¹ La definizione di «*angewandtes Verfassungsrecht*» è attribuibile a Sax, che ne trattò in *Grundsätze der Strafrechtspflege*, all’interno dell’opera collettanea *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, a cura di Bettermann, Nipperdey e Scheuner (vol. III, tomo 2, Berlino, 1959, p. 966 ss.). Tale formulazione fu successivamente ripresa nella letteratura italiana da Pisani, in “Procedura” e “valori” nell’insegnamento del diritto processuale penale, confluito in Introduzione al processo penale (Milano, 1970, p. 24). L’immagine è poi riemersa nel contributo di Illuminati, Costituzione e processo penale, pubblicato in Giurisprudenza italiana, 2008, p. 522. Per un approfondimento di taglio storico sulle origini di tale impostazione, si rinvia a Negri, Agli albori di un paradigma dell’Italia repubblicana: il processo penale come “diritto costituzionale applicato”, in Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana, a cura di Negri e Pifferi, Milano, 2011, p. 16 ss.

⁶² Cfr. anche Negri, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2020, 1.

contenimento strutturale della naturale propensione del potere pubblico all’abuso nella compressione dell’autonomia individuale, sovente giustificata dall’invocazione di superiori interessi collettivi⁶³.

2.1.2. La presunzione di non colpevolezza dell’imputato.

Di matrice storica prettamente accusatoria, la presunzione di non colpevolezza rappresenta un principio cardine di qualsiasi «*moderno processo penale sensibile alle garanzie individuali*».⁶⁴ Attualmente, questo fondamento garantista è sancito in numerosi testi nazionali e internazionali ed è elevato al rango di principio costituzionale sia nel sistema francese⁶⁵ che in quello italiano. Esso stabilisce che ogni individuo è considerato innocente fino a prova contraria, ponendosi così l’obiettivo di disciplinare i rapporti tra individuo e autorità giudiziaria⁶⁶.

Da un punto di vista prettamente processuale, «*la présomption d’innocence régit le droit de la preuve en matière pénale*»⁶⁷, imponendo all’accusa (i.e. *ministère public*) l’onere di dimostrare non solo l’esistenza dell’infrazione, ma anche la partecipazione dell’imputato alla sua commissione⁶⁸, in conformità ai fondamentali principi *actor incumbit probatio* e *in dubio pro reo*.

Inoltre, a partire dal 4 gennaio 1993, anche nel sistema francese la presunzione di innocenza è stata riconosciuta come un vero e proprio diritto soggettivo della *personne mise en cause*, opponibile a tutti.

Oggi, l’*Article préliminaire* del *Code de procédure pénale* conferisce a questo principio una doppia dimensione, stabilendo (III, comma 1) che «*Ogni persona sospettata o perseguita è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata accertata. Le violazioni alla presunzione di innocenza sono prevenute, riparate e sanzionate secondo le condizioni previste dalla legge*».

⁶³ FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in Giur. cost., 2010, 2781; ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di COSTAZOLO, Milano, 2006, 45.

⁶⁴ CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, op. cit., p. 132.

⁶⁵ Cons. cost. (Francia), decisione n. 79-109 DC, 9 gennaio 1980, in *Revue de jurisprudence commerciale*, 1994, Litec, vol. I, p. 74.

⁶⁶ Cfr. nota n.42

⁶⁷ DREYER, MOUYSET, *Procédure pénale*, 3^a ed., LGDJ, 2023, p.46

⁶⁸ A titolo esemplificativo, il Consiglio costituzionale ha dichiarato l’illegittimità di alcune disposizioni introdotte dalla cosiddetta *loi Hadopi*, ritenendo che violassero il principio della presunzione di innocenza. Secondo il Consiglio, da tale principio discende che il legislatore, in linea generale, non può istituire presunzioni di colpevolezza in ambito repressivo. In particolare, si è osservato che la normativa demandava all’intestatario del contratto di abbonamento Internet l’onere di dimostrare che eventuali infrazioni erano state commesse da terzi, pena l’applicazione di sanzioni restrittive o privative di diritti da parte della commissione Hadopi per la protezione dei diritti. Cons. cost. (Francia), decisione n. 2009-580 DC, 10 giugno 2009, in *JurisData*, 2009-024451.

In caso di lesione della presunzione di innocenza, le violazioni possono essere perseguite e riparate sulla base dell'articolo dall'articolo 9-1 del *Code civil* (e non in base al generale principio ex. art. 1382⁶⁹). Tale articolo stabilisce infatti che:

«*Quando una persona è pubblicamente presentata come colpevole di fatti oggetto di un'indagine o di un'istruzione giudiziaria, prima di qualsiasi condanna, il giudice può, anche in via d'urgenza, senza pregiudizio del risarcimento del danno subito, ordinare tutte le misure necessarie, come la pubblicazione di una rettifica o la diffusione di un comunicato, al fine di far cessare la violazione della presunzione di innocenza, a spese della persona fisica o giuridica responsabile di tale violazione».*

Tuttavia, nel sistema giuridico francese la presunzione di innocenza non è assoluta. Il *Code de procédure pénale* prevede infatti numerose *présomptions de culpabilité*, in virtù delle quali un individuo può essere considerato colpevole in assenza di una prova diretta della sua responsabilità. Tali presunzioni, sebbene comportino un'inversione dell'onere della prova, sono state ritenute legittime – con alcune limitazioni – sia dalla *Chambre criminelle* della Corte di cassazione, sia dal *Conseil constitutionnel*, sia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Tali presunzioni a favore dell'accusa facilitano l'*iter processuale* e agevolano l'ottenimento di una dichiarazione di colpevolezza⁷⁰. Tuttavia, esse si manifestano in forme diverse, a seconda dell'elemento di colpevolezza di cui l'accusa è dispensata dal fornire la prova: talvolta riguardano l'esistenza di un elemento costitutivo del reato⁷¹; altre volte, implicano una presunzione di partecipazione dell'imputato alla commissione dell'infrazione⁷².

Infine, occorre rilevare come tale principio, sebbene costituisca una forte protezione alla libertà personale dell'imputato, spesso entri in conflitto con la tutela di ulteriori interessi sociali, come l'esigenza di imporre misure cautelari.

Nel contesto francese, i punti nevralgici del rapporto tra presunzione d'innocenza ed esigenze processuali sono accentuati in relazione alla *détention provisoire*⁷³.

⁶⁹ Cons. cost. (Francia), decisione n. 2009-580 DC, 10 giugno 2009, in *JurisData*, 2009-024451.

⁷⁰ Cfr. *Code de procédure pénale*, art. 324-1-1, introdotto dalla legge n. 2013-1117 del 6 dicembre 2013, relativa alla lotta contro la frode fiscale e la criminalità economica e finanziaria, in *Journal Officiel* del 7 dicembre 2013, p. 19941. «i beni o i redditi sono presunti essere il prodotto diretto o indiretto di un crimine o di un delitto, qualora le condizioni materiali, giuridiche o finanziarie dell'operazione di collocamento, occultamento o conversione non possano avere altra giustificazione se non quella di celare l'origine del beneficiario o il beneficiario effettivo di tali beni o redditi».

⁷¹ *Code de procédure pénale*, artt. 225-6, n. 3, 225-12-5 e 321-6.

⁷² *Code des douanes*, artt. 392 e 396; legge del 29 luglio 1982 sulla comunicazione audiovisiva, art. 93-3

⁷³ GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, 2023, p.14

La compatibilità di questa misura afflittiva con la *présomption d'innocence* costituisce da tempo oggetto di ampio dibattito tanto in dottrina quanto in giurisprudenza⁷⁴.

Il legislatore ha cercato di risolvere il problema, correggendo alcuni eccessi normativi, in particolare prevedendo requisitivi applicativi specifici ed esigenze cautelari ben definite. Inoltre, l'innovazione fondamentale in tale ambito riguarda, come già accennato precedentemente, l'istituzione del *juge des libertés et de la détention* (JLD), e l'istituzione di un contraddittorio anticipato a tale misura. Un'analisi più dettagliata di questi aspetti sarà oggetto delle sezioni successive.

2.1.3. Necessità e proporzionalità delle restrizioni ai diritti fondamentali.

Il principio di necessità e proporzionalità è volto a garantire che le restrizioni ai diritti fondamentali siano applicate esclusivamente quando strettamente indispensabili e in misura adeguata rispetto alla gravità dell'infrazione contestata. Questo principio impone che ogni misura coercitiva sia giustificata da esigenze imperative e che non esistano alternative meno restrittive idonee a raggiungere lo stesso scopo.

Nell'ordinamento giuridico francese, l'articolo preliminare del *Code de procédure pénale* stabilisce che «*Le misure di coercizione cui può essere sottoposta una persona nel corso del procedimento penale devono essere strettamente limitate alle necessità di quest'ultimo e proporzionate alla gravità dell'infrazione contestata*». Questo dettato normativo sottolinea l'importanza di un equilibrio tra l'esigenza di accertare la verità e la tutela delle libertà individuali.

Il Consiglio costituzionale francese esercita un controllo sull'applicazione di questi principi da parte del legislatore.

Tali principi garantiscono una struttura procedurale gerarchicamente ordinata in materia di misure limitative della libertà personale dell'imputato, imponendo che il ricorso alla privazione totale della libertà, mediante il ricorso alla *détention provisoire*, sia ammesso esclusivamente quale *extrema ratio*.

⁷⁴ Faustin Hélie scriveva in *Traité d'instruction criminelle*, t. IV, n° 194-8, 1866: «La detenzione preventiva infligge un male reale, una vera sofferenza, a un uomo che non solo non è considerato colpevole, ma che può essere innocente, e lo colpisce, senza che una riparazione successiva sia possibile, nella sua reputazione, nei suoi mezzi di sussistenza, nella sua persona».

2.2. I principi «à valeur infra-constitutionnelle». L'obbligo di motivazione, il principio del controllo giurisdizionale e il contraddittorio.

I principi «à valeur infra-constitutionnelle» sono principi di rango subordinato rispetto alla Costituzione, derivando principalmente da norme di legge ordinaria, codici (come il *Code de procédure pénale*), regolamenti, giurisprudenza ordinaria o da norme internazionali non costituzionalizzate.

Tra questi principi, riveste particolare rilievo *l'obligation de motivation des décisions privatives ou restrictives de liberté*» (obbligo di motivazione delle decisioni privative o restrittive della libertà personale). In particolare, tale principio impone al giudice di illustrare il percorso logico-argomentativo che sorregge la decisione adottata.

Nel contesto del diritto processuale penale francese, il principio trova espressione in diverse norme del *Code de procédure pénale*, tra cui l'art. 137, che dispone che qualsiasi misura coercitiva adottata nei confronti di un imputato debba essere adeguatamente giustificata e proporzionata alla gravità del reato contestato. L'art. 144, con specifico riguardo alla *détention provisoire*, impone espressamente al giudice di fornire una motivazione dettagliata e specifica dei motivi che giustifichino l'applicazione di tale misura.

Inoltre, nonostante la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo non contenga un esplicito riferimento all'obbligo di motivazione delle sentenze, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha costantemente ribadito come tale obbligo costituisca una componente essenziale del diritto a un equo processo⁷⁵.

La rilevanza di questo principio non si esaurisce solo in ambito endoprocessuale, nella misura in cui consente alle parti di conoscere le ragioni che hanno portato a tale decisione e, eventualmente, procedere ad impugnazione; essa assume anche una dimensione extraprocessuale⁷⁶, favorendo un «controllo democratico diffuso» sull'attività giurisdizionale da parte della collettività⁷⁷.

Un ulteriore principio fondamentale desumibile dalle disposizioni del *Code de procédure pénale* è il *principe du contrôle juridictionnel*. Tale principio impone che ogni misura coercitiva adottata nel procedimento penale sia soggetta a una verifica sistematica da parte di un'autorità giudiziaria indipendente e imparziale, chiamata a valutarne legittimità, proporzionalità e necessità.

⁷⁵ Cfr., ad es., Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 febbraio 2020, *Felloni c. Italia*; Corte EDU, 21 gennaio 1999, *Garcia Ruiz c. Spagna*.

⁷⁶ CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, op.cit., p. 166.

⁷⁷ AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Giuffrè, 1997, p. 185.

In conformità a tale principio, nel sistema francese contemporaneo, ogni provvedimento restrittivo della libertà personale deve essere periodicamente riesaminato dal *juge des libertés et de la détention* (JLD), con possibilità di impugnazione dinanzi alla *chambre de l'instruction* e, in ultima istanza, dinanzi alla Cour de cassation.

Infine, di rilevanza fondamentale è il *principe du contradictoire* (principio del contraddittorio), espressione processuale di un principio democratico volto ad assicurare un effettivo confronto dialettico tra le parti ai fini di una decisione giudiziaria equa e ponderata. Nel sistema francese tale principio assume rilievo non solo in fase di dibattimento, ma anche e soprattutto nell'adozione di misure cautelari, assicurando all'imputato la possibilità di partecipare attivamente al procedimento e di esercitare efficacemente il proprio diritto di difesa. In tal senso, ogni decisione restrittiva della libertà personale dev'essere adottata solo dopo aver ascoltato le argomentazioni delle parti coinvolte. Il *Code de procédure pénale* recepisce esplicitamente tale principio in numerose disposizioni normative. Ad esempio, l'articolo 145 prevede che la *détention provisoire* possa essere disposta esclusivamente dopo un'apposita udienza nella quale la *personne mise en examen* e il suo difensore abbiano potuto formulare le proprie osservazioni; mentre l'articolo 114 riconosce espressamente alla *personne mise en examen* il diritto di accedere al fascicolo processuale, garantendogli una piena conoscenza degli elementi probatori a suo carico e dunque la possibilità di contestarli adeguatamente. La centralità del principio del contraddittorio nella materia delle misure cautelari è inoltre confermata dalla giurisprudenza consolidata della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha più volte affermato l'esigenza imprescindibile di garantire all'indagato il diritto di essere ascoltato prima dell'applicazione di provvedimenti restrittivi della libertà personale, in conformità con quanto stabilito dall'articolo 5 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁷⁸.

3. La giurisdizione della fase istruttoria nel *Code de procédure pénale*.

Fino al 2000, il sistema processuale penale francese prevedeva due principali organi giurisdizionali per la fase istruttoria: il *juge d'instruction* e la *chambre d'accusation*.

Come accennato precedentemente, la Legge n. 2000-516 del 15 giugno 2000, nota come «*Loi sur la présomption d'innocence*», ha introdotto significative modifiche, tra cui l'istituzione del *juge des libertés et de la détention* (JLD). Questo nuovo magistrato è incaricato di decidere sulle misure

⁷⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 25 marzo 1999, *Nikolova c. Bulgaria*, ricorso n. 31195/96.

restrittive della libertà personale durante l'indagine preliminare, rafforzando così le garanzie procedurali e la tutela dei diritti individuali.

3.1. Giudice istruttore.

Nel contesto del processo penale francese, il *juge d'instruction* occupa una posizione centrale. Figura storicamente riconducibile alla tradizione inquisitoria, è da sempre oggetto di trattazioni non solo giuridiche ma anche filosofiche. Celebre, in tal senso, è la descrizione offerta da Honoré de Balzac nel suo romanzo *Splendeurs et misères des courtisanes* (1847), ove si legge:

«*Aucune puissance humaine ne saurait atteindre à l'autorité d'un juge d'instruction : rien ne l'arrête, rien ne le commande. Il est un souverain soumis à sa conscience et à la loi* ⁷⁹ ».

Certamente tale visione assolutista dev'essere contestualizzata ad un periodo storico in cui il magistrato istruttore era dotato di un potere ampiamente discrezionale.

Ad oggi, il *juge d'instruction* è un magistrato appartenente al *siege* del *tribunal judiciaire*⁸⁰, nominato mediante *décret* presidenziale⁸¹. Sebbene goda della garanzia dell'inamovibilità, non può permanere presso lo stesso tribunale per un periodo superiore a dieci anni, secondo quanto previsto dalla regolamentazione interna della magistratura giudiziaria.

A partire dall'inizio degli anni Duemila, a seguito di vicende giudiziarie di grande risonanza mediatica – in particolare il noto *affaire d'Outreau* ⁸² – sono emerse forti critiche, sia in dottrina che nell'opinione pubblica, in merito al funzionamento della giurisdizione istruttoria. In particolare, si è sottolineata la problematicità legata alla concentrazione delle funzioni istruttorie in capo a un solo magistrato, così come la «*solitude décisionnelle*» che accompagna tale ruolo ⁸³.

Tale esigenza è stata in parte accolta dal legislatore, che con la *legge n. 2007-291 del 5 marzo 2007*⁸⁴ ha previsto, per i reati più complessi, l'introduzione della collegialità dell'istruzione e la possibilità di coassegnazione dei fascicoli a più giudici istruttori. Tuttavia, tale riforma non è mai stata attuata,

⁷⁹ BALZAC, *Splendeurs et misères des courtisanes*, 1847: «Nessuna potenza umana può intaccare l'autorità di un giudice istruttore, nulla lo ferma, nulla lo comanda. È un sovrano soggetto unicamente alla sua coscienza e alla legge».

⁸⁰ Nell'ordinamento francese, con l'espressione *magistrat du siège* si indicano i magistrati giudicanti, così chiamati perché “siedono” in udienza per emettere decisioni. Essi si distinguono dai *magistrats du parquet*, ovvero i magistrati del pubblico ministero, il cui compito è rappresentare l'accusa e dirigere le indagini, senza esercitare funzioni giurisdizionali.

⁸¹ *Code de procédure pénale*, artt. 49 e ss.

⁸² Per una più attenta analisi alle criticità del sistema francese e alla risonanza del caso Outreau, cfr. Cap. 3 par. 6 ss.

⁸³ ASSOCIATION DES DOCTORANTS EN HISTOIRE DU DROIT DE LA SORBONNE (ADH Sorbonne), *Le juge d'instruction, véritable gardien des droits fondamentaux?*, 8 febbraio 2021, disponibile online: <https://adhsorbonne.com/2021/02/08/le-juge-dinstruction-veritable-gardien-des-droits-fondamentaux/>.

⁸⁴ L. n. 2007-291 del 5 marzo 2007, *Journal Officiel*, n. 55, 6 marzo 2007, disponibile online: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000271253/>.

e l'articolo 19 della legge n. 2016-731 del 3 giugno 2016⁸⁵ ne ha sancito l'abrogazione definitiva⁸⁶. Pertanto, allo stato attuale, l'istruzione formale resta affidata a un giudice monocratico, seppur con alcune eccezioni relative a reati di particolare gravità, quali il terrorismo, la criminalità organizzata e altri crimini complessi⁸⁷.

Infine, anche nel sistema penale francese il giudice istruttore è investito del caso dal pubblico ministero (*réquisitoire introductif*) o dalla parte civile.

La funzione istruttoria si orienta all'accertamento della verità sostanziale mediante la raccolta di prove, l'individuazione dei responsabili e l'analisi approfondita dei fatti. Il giudice istruttore dispone, in tal senso, di prerogative investigative assai estese, che includono, tra le altre, intercettazioni telefoniche e ambientali, perizie, ispezioni, ricostruzioni dei fatti e la richiesta al *juge des libertés et de la détention*, l'applicazione di misure restrittive della libertà personale⁸⁸.

3.2. *Le juge des libertés et de la detention*: l'indipendenza rispetto al giudice istruttore.

La maggior parte delle decisioni relative alla *détention provisoire* (e alla sua proroga) sono prese dal *juge des libertés et de la detention* (JLD). Il *juge des libertés et de la detention* è un magistrato del *siege*, generalmente con il grado di vicepresidente del *tribunal judiciaire*, nominato dal presidente del tribunale con delega specifica per l'esercizio di tali funzioni.

Ai sensi dell'articolo 66 della Costituzione francese, spetta all'autorità giudiziaria il compito di garantire la tutela della libertà individuale. In conformità a tale principio, qualsiasi limitazione alla libertà personale deve essere soggetta a un controllo giurisdizionale effettivo. Il *juge des libertés et de la detention* è dunque incaricato di autorizzare o rifiutare misure quali la *détention provisoire*, la *l'assignation à résidence sous surveillance électronique*, le perquisizioni domiciliari, i sequestri probatori, le intercettazioni di comunicazioni e altre forme di restrizione dei diritti fondamentali⁸⁹.

⁸⁵ L. n. 2016-731 del 3 giugno 2016, *Journal Officiel*, n. 129, 4 giugno 2016, sul rafforzamento della lotta contro il crimine organizzato, il terrorismo e il loro finanziamento, e sul miglioramento dell'efficacia e delle garanzie delle procedure penale

⁸⁶ ADH Sorbonne, *Le juge d'instruction.*, cit.

⁸⁷ *Code de procédure pénale*, art. 52-1 (D. 15-4-4).

⁸⁸ *Code de procédure pénale*, art. 81

⁸⁹ LE MONNIER DE GOUVILLE, *Réflexions sur le contrôle des actes d'investigation par le juge des libertés et de la détention*, pubblicato su Lexbase, 5 agosto 2022, disponibile online: <https://www.lexbase.fr/article-juridique/87159154-lepointsurreflexionssurlecontroledesactesdinvestigationparlejudgetedeslibertesetdetela>.

Nel corso degli anni, il ruolo del *juge des libertés et de la detention* ha subito un’evoluzione rilevante: da organo meramente validante, si è progressivamente configurato come un vero e proprio garante della legalità della fase investigativa.

Tuttavia, tale ampliamento delle competenze ha sollevato un duplice dibattito. Da un lato, il *juge des libertés et de la detention* è stato celebrato come giudice delle garanzie, in grado di assicurare un effettivo bilanciamento tra esigenze investigative e tutela dei diritti individuali. Dall’altro lato, parte della dottrina ha espresso riserve circa una possibile «giudiziariizzazione» eccessiva delle misure coercitive, in cui il *juge des libertés et de la detention* potrebbe finire per legittimare l’espansione del potere punitivo dello Stato⁹⁰.

In risposta a queste critiche, numerose pronunce giurisprudenziali – tanto della *Cour de cassation* quanto della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo – hanno contribuito a definire con maggiore precisione i requisiti di legalità formale e sostanziale delle decisioni del *juge des libertés et de la detention*. In particolare, è stato introdotto l’obbligo di motivazione delle ordinanze, con l’espresso divieto delle cosiddette *motivations serviles*, ossia decisioni che si limitano a recepire meccanicamente le richieste del pubblico ministero, senza un’autonoma valutazione da parte del giudice. L’inosservanza di tale obbligo può determinare la nullità dell’atto processuale e l’invalidità della misura restrittiva adottata⁹¹.

Malgrado la crescente centralità della sua funzione, il *juge des libertés et de la detention* continua a incontrare alcune difficoltà operative. In primo luogo, il *Code de procédure pénale* non fornisce una disciplina sistematica e dettagliata delle sue attribuzioni, lasciando margini di incertezza interpretativa. In secondo luogo, alcune misure, come le intercettazioni ambientali o le operazioni di geolocalizzazione, richiedono un monitoraggio continuo e una competenza tecnica che non sempre rientrano nelle prerogative del magistrato.

Alla luce di tali considerazioni, parte della dottrina auspica una riforma organica della figura del *juge des libertés et de la detention*, volta a chiarirne il perimetro funzionale, a rafforzarne le risorse e a consolidarne il ruolo quale garante effettivo dei diritti fondamentali nella fase istruttoria del processo penale⁹².

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ HAROUNE, *Le juge des libertés et de la détention : un magistrat qui sort de l’ombre*, in *Les Cahiers de la Justice*, n. 1, 2019, pp. 169–180, disponibile online: <https://droit.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2019-1-page-169?lang=fr>.

⁹² *Ibid.*

3.3. La chambre de l'instruction.

La *chambre de l'instruction* è una sezione specializzata della *Cour d'appel* francese, istituita per garantire un controllo giurisdizionale sulle decisioni adottate durante la fase istruttoria del procedimento penale. La *chambre de l'instruction* è composta da un presidente designato con decreto, previo parere del *Conseil supérieur de la magistrature*, due consiglieri, un rappresentante del pubblico ministero e un cancelliere della *Cour d'appel*.

La competenza primaria della *chambre de l'instruction* riguarda l'esame degli appelli contro le ordinanze emesse dal *juge d'instruction* e dal *juge des libertés et de la détention* (JLD). In tale veste, la camera può confermare, riformare o annullare le decisioni impugnate, assicurando così un doppio grado di giudizio e rafforzando le garanzie procedurali per le parti coinvolte. Inoltre, la *chambre de l'instruction* è competente a decidere su richieste di nullità presentate dalle parti, relative a eventuali irregolarità procedurali verificatesi durante l'istruzione.

Oltre alle funzioni strettamente legate all'istruzione, la *chambre de l'instruction* esercita ulteriori attribuzioni nell'ambito dell'amministrazione della giustizia penale. Tra queste rientrano la gestione delle procedure di estradizione, la concessione della riabilitazione giudiziaria e la risoluzione di *règlement de juges* (conflitti di competenza).⁹³

È importante notare che, prima della riforma introdotta con la legge del 15 giugno 2000, tale sezione della *Cour d'appell* era denominata *chambre d'accusation*. La modifica terminologica riflette un'evoluzione nel sistema giudiziario francese, volta a sottolineare l'importanza del controllo giurisdizionale nella fase istruttoria e a rafforzare le garanzie procedurali per gli imputati.

4. Gli atti istruttori che comportano una limitazione della libertà personale.

L'articolo 137, primo comma, del *Code de procédure pénale* stabilisce espressamente che «*toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre*». Tuttavia, lo stesso articolo, nei commi successivi⁹⁴, ammette la possibilità di derogare a tale principio, qualora esigenze istruttorie lo rendano necessario.

⁹³ Cfr. *Code procédure pénale*, Titre V : *Des règlements de juges*, Articoli 657 - 661.

⁹⁴ *Code de procédure pénale*, art. 137, commi 2 e 3: «*Toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou, si celles-ci se révèlent insuffisantes, être assignée à résidence avec surveillance électronique.*

A titre exceptionnel, si les obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique ne permettent pas d'atteindre ces objectifs, elle peut être placée en détention provisoire.»

A tal riguardo, nel contesto del procedimento penale francese il legislatore ha previsto una serie di misure restrittive della libertà personale applicabili durante la fase istruttoria. Tra queste misure rientrano *les mandats* (i mandati), le *contrôle judiciaire* (il controllo giudiziario), *l'assignation à résidence sous surveillance électronique* (l'arresto domiciliare con sorveglianza elettronica), e *la détention provisoire* (la detenzione provvisoria).

Tali strumenti incidono in modo significativo sui diritti fondamentali della *personne mise en examen*⁹⁵, rendendo necessaria un'attenta valutazione dei requisiti di legittimità, proporzionalità e necessità, in conformità al principio di sussidiarietà e tutela della libertà personale.

Un aspetto particolarmente dibattuto in dottrina riguarda la *détention provisoire*, disciplinata dagli articoli 143 e seguenti del *Code de procédure pénale*. Sebbene essa trovi *formale* giustificazione giuridica nella necessità di garantire il corretto svolgimento dell'istruzione e la salvaguardia dell'ordine pubblico, la sua applicazione *pratica* ha suscitato critiche ricorrenti, soprattutto in relazione alla frequenza del suo utilizzo. La Francia, infatti, è stata più volte oggetto di condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per un ricorso eccessivo e non sufficientemente giustificato alla custodia cautelare, come evidenziato nel noto caso *Khoudoyorov c. France*, in cui la Corte ha riscontrato una violazione dell'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁹⁶.

A tal riguardo, misure alternative alla detenzione, quali il *contrôle judiciaire* e *l'assignation à résidence sous surveillance électronique*, si configurano come strumenti tesi a mitigare gli effetti afflittivi della *détention provisoire*, pur senza compromettere il perseguimento degli obiettivi processuali⁹⁷.

Tuttavia, parte della dottrina ha espresso riserve in merito alla proliferazione delle misure alternative alla detenzione, ritenendo che essa possa condurre a una progressiva «normalizzazione» delle restrizioni della libertà personale, con il rischio di un indebito ampliamento del ricorso a forme di privazione della libertà al di fuori della *détention provisoire*⁹⁸.

⁹⁵ Nel sistema francese, la *personne mise en examen* è una persona formalmente sottoposta a procedimento penale nella fase istruttoria (*instruction*), sulla base di indizi gravi o concordanti di partecipazione a un reato (art. 80 *Code de procédure pénale*). Tale status attribuisce diritti specifici, tra cui l'accesso al fascicolo, la possibilità di presentare istanze e l'assistenza legale rafforzata. Sebbene in alcuni contesti venga assimilata all'«imputato» del diritto italiano, essa corrisponde più precisamente a una figura intermedia tra l'indagato e l'imputato, tipica della fase istruttoria di matrice inquisitoria. A differenza dell'imputato italiano, il *mis en examen* non è necessariamente rinviato a giudizio.

⁹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 31 marzo 2005, *Khoudoyorov c. Francia*, ricorso n. 76547/01.

⁹⁷ L. del 30 dicembre 1996 sull'introduzione dell'*assignation à résidence sous surveillance électronique* come misura alternativa alla custodia cautelare in carcere.

⁹⁸ CONTE, *L'assignation à résidence sous surveillance électronique en droit pénal français*, 2017, p. 67 ss.

In conclusione, il quadro normativo francese in materia di atti istruttori limitativi della libertà personale si configura come il risultato di un equilibrio delicato e costantemente negoziato tra imperativi di efficienza del sistema penale ed esigenze di tutela dei diritti fondamentali. Le riforme più recenti mostrano una tendenza a privilegiare soluzioni meno afflittive rispetto alla detenzione provvisoria. Tuttavia, permangono criticità relative alla concreta applicazione delle misure alternative e alla loro effettiva idoneità a garantire il rispetto del principio di presunzione di innocenza.

5. I mandati.

I mandati, disciplinati dagli articoli 122-136 del *Code de procédure pénale*, costituiscono provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria volti a consentire la ricerca, la comparizione o la privazione della libertà personale della persona interessata⁹⁹. Tali atti si configurano essenzialmente come *actes d'investigation*, piuttosto che come *actes de juridiction*, poiché mirano a garantire l'efficace conduzione dell'istruttoria e del procedimento penale¹⁰⁰.

Il Codice prevede cinque tipologie principali di mandato:

1. Mandato di ricerca (*mandat de recherche*), con cui si ordina la ricerca e il fermo di una persona sospettata;
2. Mandato di comparizione (*mandat de comparution*), che comporta la convocazione dell'individuo senza impiego della forza coercitiva;
3. Mandato di accompagnamento (*mandat d'amener*), che implica la conduzione forzata del soggetto davanti al giudice;
4. Mandato di arresto (*mandat d'arrêt*), con cui si ordina la ricerca, arresto e incarcerazione immediata;
5. Mandato di deposito (*mandat de dépôt*), consistente in un ordine di *détention provisoire*.

In linea generale, l'emissione di tali mandati è di competenza del giudice istruttore, fatta eccezione per il *mandat de dépôt* che, a seguito della riforma introdotta dalla legge del 15 giugno 2000, può essere disposto esclusivamente dal *juge des libertés et de la détention* (JLD).

⁹⁹ DREYER, MOUYSSET, *Procédure pénale*, 3^a ed., LGDJ, 2023, p.277 ss.

¹⁰⁰ *Ibid.*

In determinati casi, anche il procuratore della Repubblica è autorizzato a emettere un *mandat d'amener* o un *mandat d'arrêt*.

Analogamente, il *juge de l'application des peines* (JAP)¹⁰¹ può avvalersi di tali strumenti coercitivi, come previsto dall'art. 712-17 del *Code de procédure pénale*.

In via generale, occorre sottolineare che ogni mandato deve essere specificamente motivato sia in fatto che in diritto. In particolare, deve contenere l'indicazione della natura dei fatti contestati alla *personne visée*¹⁰², la relativa qualificazione giuridica e i riferimenti normativi applicabili, conformemente a quanto stabilito dall'art. 123 c.p.p.

Per l'esecuzione dei mandati di ricerca, accompagnamento o arresto, gli agenti incaricati possono procedere anche all'interno del domicilio dell'interessato, nel rispetto delle fasce orarie previste dall'art. 134 del *Code de procédure pénale*.

5.1. Mandato di ricerca.

Il *mandat de recherche* è stato introdotto nell'ordinamento francese con la legge del 9 marzo 2004. Esso si configura come un ordine rivolto alla *force publique*¹⁰³, affinché procedano alla ricerca di un soggetto non ancora formalmente indagato in sede penale, ma nei cui confronti sussistano uno o più motivi plausibili per ritenere che abbia commesso, o tentato di commettere, una *infraction*¹⁰⁴.

In questa fase dell'istruttoria, la gravità del reato ipotizzato non rappresenta un criterio determinante per l'emissione di tale mandato. Tuttavia, gli elementi indiziari a carico dell'individuo devono presentare un livello di gravità inferiore rispetto a quelli richiesti per la sua diretta *mise en examen* o per l'eventuale attribuzione dello status di *témoin assisté*,¹⁰⁵ così come per l'emissione di un mandato di accompagnamento o di arresto.

¹⁰¹ In Francia, il giudice dell'esecuzione delle pene (*juge de l'application des peines* – JAP) è un magistrato specializzato del tribunale giudiziario, incaricato del monitoraggio dell'esecuzione delle condanne, sia all'interno che all'esterno dell'istituto penitenziario. È stato istituito nel 1958 nell'ottica di garantire una maggiore individualizzazione della pena.

¹⁰² I.e., la persona destinataria del mandato.

¹⁰³ La "force publique" richiamata in varie previsioni del *Code de procédure pénale* comprende: la *police nationale* (*officiers et agents de police judiciaire*), che perano sotto l'autorità del procuratore della Repubblica o del giudice istruttore; la *gendarmerie nationale*, che ha competenze identiche alla *Police nationale*, ma operativa soprattutto in ambito rurale o militare; il personale dell'amministrazione penitenziaria (*personnel de l'administration pénitentiaire*), che interviene, ad esempio, per trasferimenti, scorte e custodia dei detenuti.

¹⁰⁴ LARGUIER, CONTE, DETRAZ, *Procédure pénale*, op. cit., p.223-224

¹⁰⁵ Si tratta di una figura assimilabile, per funzione e garanzie, al testimone assistito disciplinato dalla normativa processuale penale italiana.

Infatti, la regola generale prevede che tale mandato non possa essere adottato nei confronti di una persona destinataria di un *réquisitoire nominatif*, né verso un *témoin assisté* o un soggetto già formalmente *mise en examen* (art. 122, comma 2) ¹⁰⁶.

Come anticipato, la competenza per l'emissione del *mandat de recherche* non è riservata esclusivamente al giudice istruttore: anche il procuratore della Repubblica può disporlo, sia in caso di flagranza di reato (art. 70), sia nell'ambito di un'indagine preliminare (art. 77-4), purché l'infrazione ipotizzata sia punibile con una pena detentiva pari o superiore a tre anni.

Nel caso in cui la persona ricercata venga rintracciata, essa può essere sottoposta a fermo di polizia (*garde à vue*) ai sensi degli artt. 122 e 135-1 del *Code de procédure pénale*. Il mandato di ricerca assume, pertanto, la funzione di atto propedeutico al collocamento in *garde à vue*.

Ai sensi dell'art. 135-3 *Code de procédure pénale*, ogni mandato di ricerca emesso viene iscritto nel *fichier des personnes recherchées* ¹⁰⁷. Qualora il mandato non produca effetti (ossia non si concluda con il rintraccio dell'interessato), esso perde automaticamente efficacia al momento dell'adozione della *ordonnance de règlement* ¹⁰⁸, vale a dire con la chiusura formale della fase (artt. 181, comma 7, e 189, comma 2 *Code de procédure pénale*).

5.2. Mandato di comparizione.

Il *mandat de comparution* è un atto con il quale il giudice istruttore intima a una persona di presentarsi personalmente dinanzi a sé in un giorno e a un orario determinati (art. 122, comma 4 *Code de procédure pénale*). Si tratta, dunque, di una convocazione formale, che può precedere sia l'eventuale *mise en examen* dell'interessato, sia l'attribuzione dello status di *témoin assisté*.

Nessuna misura coercitiva può essere adottata, poiché tale misura non implica l'uso della forza pubblica.

Nel caso in cui il destinatario del mandato non si presenti all'appuntamento fissato, il giudice istruttore è tenuto a procedere all'emissione di un *mandat d'amener*, che comporta la conduzione forzata dell'individuo dinanzi al magistrato.

¹⁰⁶ *Code de procédure pénale*, art. 122, comma 3: i tre mandati successivi possono essere disposti nei confronti di una persona contro la quale sussistano indizi gravi o concordanti tali da rendere verosimile il suo coinvolgimento in un reato, anche se riveste lo status di testimone assistito o è già stata formalmente indagata (*mise en examen*).

¹⁰⁷ AMBROISE-CASTÉROT, BONFILS, *Procédure pénale*, coll. Thémis Droit, 5^a ed., Presses Universitaires de France, 2024, p. 367 ss.

¹⁰⁸ L'*ordonnance de règlement* è una decisione emessa dal giudice istruttore al termine dell'istruzione: può consistere in un'ordinanza di rinvio davanti a un giudice di merito, in un'ordinanza di non luogo a procedere, oppure in un'ordinanza di irresponsabilità penale per *trouble mental* (infermità mentale).

La notificazione del *mandat de comparution* deve avvenire a cura di un ufficiale giudiziario o, alternativamente, da parte di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria¹⁰⁹.

Va infine rilevata la differenza tra il *mandat de comparution* e l'*ordre de comparution* previsto dall'art. 110 *Code de procédure pénale*: mentre il primo rappresenta un invito formale rivolto all'indagato o al potenziale imputato, il secondo ha natura coercitiva ed è destinato ai testimoni, potendo giustificare, in caso di rifiuto, l'intervento forzato¹¹⁰.

5.3. Mandato di accompagnamento.

Il mandato di accompagnamento (*mandat d'amener*) si configura come l'ordine impartito alla *force publique* di condurre, senza indugio, la persona destinataria del provvedimento dinanzi al giudice istruttore che lo ha emesso (art. 122, comma 5 *Code de procédure pénale*).

L'emissione di tale mandato presuppone che l'individuo sia già stato localizzato e identificato, a differenza del *mandat de recherche*, che ha invece la finalità di rintracciare la persona interessata. Nella prassi, il *mandat d'amener* è frequentemente rivolto a soggetti già *mis en examen*, ai *témoins assistés* o a *suspects* che, nonostante una convocazione formale, rifiutino di comparire spontaneamente davanti al giudice istruttore. Possono dunque esservi condotti mediante l'uso della forza pubblica.

Tuttavia, in tal caso, l'uso delle manette o di altre restrizioni fisiche è subordinato a condizioni specifiche. In base all'art. 803 *Code de procédure pénale*, tali misure sono legittime esclusivamente se l'individuo è ritenuto pericoloso per sé o per altri, ovvero se sussiste un concreto pericolo di fuga. In ossequio al principio della presunzione di innocenza, è inoltre richiesto che l'impiego di strumenti coercitivi avvenga in maniera discreta, evitando che siano visibili in pubblico.

In linea di principio, il *mandat d'amener* non è subordinato alla gravità dell'infrazione ipotizzata. Tuttavia, il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto «che la conciliazione tra, da un lato, la prevenzione delle violazioni dell'ordine pubblico e la ricerca degli autori dei reati e, dall'altro, l'esercizio delle libertà garantite costituzionalmente non possa essere considerata equilibrata se la privazione della libertà potesse essere applicata, nel quadro di un mandato di accompagnamento, nei confronti di una persona che non rischia una pena detentiva correttiva o una pena più grave»¹¹¹.

¹⁰⁹ La Corte di cassazione ha chiarito che la validità del mandato è subordinata alla regolare notificazione dell'atto. *Cfr. Cass. pen. (Francia), 24 giugno 2011.*

¹¹⁰ DREYER, MOUYSSET, *op. cit.*, p 280. *Cfr.* anche nota n. 26.

¹¹¹ Cons. cost. (Francia), decisione n. 2011-133 QPC, 24 giugno 2011, *M. Kiril Z.*, § 13: «la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne pourrait être regardée comme équilibrée si la privation de liberté [...] pouvait

Tale riserva interpretativa esclude quindi la possibilità che un giudice istruttore emetta un mandato di accompagnamento nei confronti di una persona sospettata di un reato punito solo con una *peine d'amende à titre principal* o di una *contravention*.¹¹²

Tale riserva interpretativa ha di fatto armonizzato le condizioni di applicabilità del *mandat d'amener* con quelle previste per il *mandat d'arrêt*, dal momento che entrambi possono comportare una restrizione della libertà personale.

Il mandato di accompagnamento deve essere notificato da un ufficiale o agente di polizia giudiziaria e, in caso di urgenza, può essere trasmesso con qualsiasi mezzo idoneo (art. 123 *Code de procédure pénale*).

Qualora il mandato non venga eseguito nel corso dell'istruzione, esso perde automaticamente efficacia al momento dell'adozione dell'*ordonnance de règlement*.

5.4. Mandato d'arresto.

Il mandato di arresto è un provvedimento emesso nei confronti di una persona formalmente *mise en examen*, la quale si trovi in stato di fuga oppure risieda al di fuori del territorio della Repubblica francese. È richiesto, in ogni caso, che l'individuo sia sospettato di aver commesso un *crime* o un *délit*¹¹³ punito con pena detentiva (artt. 122, comma 5, e 131 *Code de procédure pénale*).

Tale mandato consiste in un ordine rivolto alla *force publique* dal giudice istruttore, previo parere favorevole del procuratore della Repubblica¹¹⁴, affinché si proceda alla ricerca, all'arresto del soggetto interessato e al suo accompagnamento presso un istituto penitenziario (art. 122, comma 6

être mise en œuvre, dans le cadre d'un mandat d'amener, à l'encontre d'une personne qui n'encourt pas une peine d'emprisonnement correctionnelle ou une peine plus grave »

¹¹² In base al diritto francese, la *peine d'amende à titre principal* designa una multa inflitta come pena principale, senza pene detentive accessorie, ed è tipicamente prevista per infrazioni minori. Le *contraventions*, anch'esse punite principalmente con ammende, costituiscono la categoria meno grave delle infrazioni penali francesi e sono classificate in cinque classi secondo la loro gravità crescente. Tali sanzioni non comportano privazione della libertà personale, il che giustifica l'esclusione dell'uso di un *mandat d'amener* nei casi in cui l'infrazione ipotizzata non espone l'imputato a pene detentive. Cfr. Service-Public.fr, *Quelles sont les différences entre une contravention, un délit et un crime ?*, disponibile all'indirizzo: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1157>.

¹¹³ Nel diritto francese, le *infraction* (i reati) si suddividono in tre categorie principali: *contravention* (infrazione), *délit* (delitto) e *crime* (crimine), classificate in base alla gravità dell'atto e alle sanzioni previste. Le *contravention* sono le meno gravi e si articolano in cinque classi, con sanzioni che vanno da una semplice multa fino a 1.500 euro, o 3.000 euro in caso di recidiva. I *délits* sono infrazioni di gravità intermedia, punibili con pene detentive da due mesi a dieci anni e/o multe a partire da 3.750 euro. I *crimes* rappresentano le infrazioni più gravi, come l'omicidio, e comportano pene che vanno da 15 anni di reclusione fino all'ergastolo. La competenza giurisdizionale varia: il *tribunal de police* per le *contravention*, il *tribunal correctionnel* per i *délits* e la *cour d'assises* per i *crimes*.

¹¹⁴ Il parere del procuratore della Repubblica, pur non richiesto per l'emissione degli altri mandati, conferisce al mandato di comparizione forzata un carattere solenne, senza tuttavia vincolare il giudice istruttore.

Code de procédure pénale). In caso di condanna definitiva, il periodo di detenzione eseguito in forza del mandato viene computato nella pena privativa della libertà¹¹⁵.

Con riferimento ai mandati emessi nei confronti di persone residenti al di fuori del territorio nazionale, la giurisprudenza ha subordinato la loro validità alla dimostrazione della necessità e proporzionalità della misura, in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto¹¹⁶.

Una volta eseguito l'arresto, la persona deve essere presentata entro il termine massimo di ventiquattro ore dinanzi all'ufficio del giudice istruttore per essere sottoposta a interrogatorio e per valutare il suo eventuale collocamento in *détention provisoire*¹¹⁷. È importante sottolineare che il *mandat d'arrêt* di per sé non costituisce quindi un titolo autonomo di detenzione, ma permette soltanto un trattamento temporaneo in attesa della comparizione davanti al giudice.

Diversamente dal *mandat d'amener*, il mandato d'arresto non decade automaticamente con l'emissione dell'*ordonnance de règlement*. Infatti, nel caso in cui il giudice istruttore adotti un'*ordonnance de non-lieu* (non luogo a procedere), il mandato perde efficacia. Tuttavia, qualora venga pronunciata un'*ordonnance de renvoi* (rinvio a giudizio dinanzi al *tribunal correctionnel*) o un'*ordonnance de mise en accusation* (rinvio alla *cour d'assises*), il mandato conserva la propria forza esecutiva.¹¹⁸

5.5. Mandato di deposito.

Tale mandato può essere emesso esclusivamente nei confronti delle persone *mise en examen* che sono già state oggetto di una *ordonnance de placement en détention provisoire*¹¹⁹. È dunque il *juge des libertés et de la détention* che, dopo aver pronunciato tale ordinanza, ordina agli agenti delle forze dell'ordine di condurre l'interessato presso l'istituto penitenziario. Il mandato di deposito costituisce altresì un ordine rivolto al direttore della struttura carceraria affinché accolga o trattenga la persona in questione.

Per tale motivo, il mandato di custodia cautelare ha un ambito applicativo piuttosto ristretto: non autorizza né la ricerca né l'arresto dell'indagato, presupponendo che quest'ultimo sia già a

¹¹⁵ DREYER, MOUYSSET, *op. cit.*, p.282. Cfr. anche nota n. 26.

¹¹⁶ Cass. pen. (Francia), 11 gennaio 2017, in *Droit pénal*, 2017, commento n. 49, con osservazioni di MARON e HAAS.

¹¹⁷ *Code de procédure pénale*, art. 133, comma 1. Sono previste regole speciali se la persona arrestata si trova a più di 200 km e non può essere presentata al giudice che ha emesso il mandato entro 24 ore. (art. 133, commi da 2 a 4).

¹¹⁸ Cfr. nota 86

¹¹⁹ DREYER, *op. cit.*, p.283

disposizione dell'autorità giudiziaria, per essersi presentato spontaneamente o per essere stato condotto dinnanzi al giudice in virtù di un precedente mandato di accompagnamento o di arresto¹²⁰.

Dal momento che il *mandat de dépôt* ha la funzione di dare esecuzione concreta alla misura della *détention provisoire*, il giorno della sua attuazione costituisce il *dies a quo* della privazione della libertà personale.

6. Il *contrôle judiciaire*.

Il *contrôle judiciaire* consiste in un insieme di misure restrittive imposte all'indagato, finalizzate sia all'imposizione di specifici comportamenti sia alla limitazione parziale della sua libertà personale.¹²¹ Si tratta, pertanto, di una misura cautelare di natura non detentiva, che comprime l'esercizio di taluni diritti senza privare l'individuo della libertà, in attuazione del principio sancito dall'art. 137, comma 1, del *Code de procédure pénale*, secondo cui «*la personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre*».

Il *contrôle judiciaire* rientra nell'ambito delle misure restrittive, e non privative, della libertà¹²².

Sotto il profilo oggettivo (*ratione materiae*), il *contrôle judiciaire* può essere disposto unicamente per esigenze legate allo svolgimento dell'istruttoria o a fini cautelari (art. 137, comma 2 *Code de procédure pénale*).

Temporalmente (*ratione temporis*), può essere adottato in qualsiasi fase dell'istruzione (art. 139, comma 1 *Code de procédure pénale*).

Il *juge d'instruction*¹²³ e il *juge des libertés et de la détention* hanno una competenza *concorrente* nell'adottare tale misura (art. 138, al. 1)¹²⁴. Anche la *chambre de l'instruction* o la *juridiction de jugement* (giudice del dibattimento) possono, a seconda dei casi, disporre un *contrôle judiciaire* o sostituirlo a una misura detentiva già in corso.

Possono essere sottoposte a tale controllo tutte le *personnes mise en examen* (art. 138) per reati puniti con pena detentiva, indipendentemente dalla sua durata. Ciò rende tale misura applicabile a un ampio

¹²⁰LARGUIER, *Procédure pénale*, op. cit., p.225.

¹²¹AMBROISE-CASTÉROT, *Procédure pénale*, op. cit, p.403 ss.

¹²²DREYER, *Procédure pénale*, op. cit., p.289 ss.

¹²³*Code de procédure pénale*, art. 139, comma 1: la decisione del giudice istruttore è adottata mediante *ordonnance*, senza dibattito contraddittorio, ma su *réquisition* del pubblico ministero (v. anche art. 137-2, comma 4).

¹²⁴*Code de procédure pénale*, art. 137-3: se il giudice delle libertà e della detenzione (JLD) applica il *contrôle judiciaire* in alternativa alla detenzione provvisoria, l'ordinanza dev'essere motivata.

spettro di infrazioni, a differenza della *détention provisoire*, che richiede, come si vedrà, una pena minima prevista di almeno tre anni¹²⁵.

Tale misura impone all'individuo una serie di obblighi, selezionati dal giudice tra quelli espressamente elencati dall'art. 138 *Code de procédure pénale*. Tali obblighi possono consistere in:

- Obblighi di fare: come sottoporsi a trattamenti medici, cure, esami sanitari o programmi di assistenza sociale o psicologica;
- Obblighi di non fare: ad esempio evitare contatti con persone coinvolte nei fatti o non frequentare determinati luoghi.

Inoltre, possono essere imposte restrizioni alla libertà di movimento (es. obbligo di dimora, obbligo di presentazioni periodiche, divieto di espatrio), limitazioni all'utilizzo di determinati oggetti (come armi, veicoli, strumenti di pagamento), e divieti di esercitare alcune attività professionali, con eccezione per quelle sindacali o elettive, qualora vi sia rischio di recidiva. In ossequio al principio di legalità, l'elenco delle misure è tassativo: il giudice non può introdurne di nuove, ma può modificarne i termini entro i limiti previsti dalla legge¹²⁶.

Il *contrôle judiciaire* non è soggetto a una durata massima predeterminata¹²⁷. Esso può essere revocato (*mainlevée totale*) dal giudice istruttore, su istanza del pubblico ministero, della persona interessata o anche d'ufficio (art. 140, comma 1 *Code de procédure pénale*). In quest'ultimo caso, il giudice deve decidere con ordinanza motivata entro cinque giorni; decorso inutilmente tale termine, l'interessato può ricorrere alla *chambre de l'instruction*, che si pronuncia entro venti giorni dalla richiesta scritta del procuratore generale (art. 140, commi 2 e 3).

Il *contrôle judiciaire* si estingue altresì, al termine dell'istruttoria, in caso di non-lieu (non luogo a procedere)¹²⁸, di *renvoi stricto sensu* (rinvio a giudizio)¹²⁹, e di *ordonnance d'irresponsabilité pénale* per causa di disturbo mentale¹³⁰. Tuttavia, la misura permane in caso di *mise en accusation*¹³¹.

Qualora il soggetto violi volontariamente gli obblighi imposti, il giudice istruttore può emettere nei suoi confronti un *mandat d'arrêt* o un *mandat d'amener* (art. 141-2 *Code de procédure pénale*), oppure può chiedere al *juge des libertés et de la détention* la sostituzione del controllo con la *détention*

¹²⁵ LAURGIER, *Procédure pénale*, op. cit., p. 226.

¹²⁶ *Code de procédure pénale*, art. 139, comma 2.

¹²⁷ LARGUIER, *Procédure pénale*, op. cit. p. 226.

¹²⁸ *Code de procédure pénale*, art. 177, comma 3.

¹²⁹ *Code de procédure pénale*, art. 179, comma 2.

¹³⁰ *Code de procédure pénale*, art. 706-121, comma 1; vedi anche art. 706-126.

¹³¹ *Code de procédure pénale*, art. 181, comma 5.

provisoire. In tal caso, il *juge des libertés et de la détention* è tenuto a verificare esclusivamente la sussistenza dei presupposti per la detenzione e non può modificare le condizioni del *contrôle judiciaire*.

Se la richiesta è accolta, il *juge des libertés et de la détention* può emettere un *mandat de dépôt*, anche nel caso in cui il reato sia punibile con pena detentiva inferiore a tre anni.

Qualora l'interessato sia già stato sottoposto a detenzione, il nuovo collocamento in carcere è ammesso anche se la durata cumulativa delle detenzioni supera i limiti ordinari¹³², salvo quanto disposto dall'art. 141-3 *Code de procédure pénale*, che stabilisce che la durata complessiva della custodia cautelare non può eccedere di oltre quattro mesi il massimo della pena prevista dalla legge.

Infine, se la violazione degli obblighi avviene successivamente al rinvio a giudizio, è il procuratore della Repubblica a dover sollecitare al *juge des libertés et de la détention* l'emissione di un mandato di arresto o di accompagnamento.

7. L'arresto domiciliare con sorveglianza elettronica (ARSE).

L'*assignation à résidence sous surveillance électronique* (ARSE), introdotta dalla legge del 24 novembre 2009, rappresenta una misura cautelare intermedia tra il *contrôle judiciaire* e la *détention provisoire*. Essa comporta una limitazione della libertà personale più incisiva rispetto al *contrôle judiciaire*, pur non configurandosi come una forma di carcerazione preventiva.

Ai sensi dell'art. 142-5 del *Code de procédure pénale*, tale misura impone alla persona sottoposta a procedimento penale di restare presso il proprio domicilio, o in altro luogo di residenza fissato dal giudice, vietandole di allontanarsi, salvo nei casi e alle condizioni espressamente autorizzate dal magistrato.

L'ARSE può essere disposta, anche d'ufficio o su richiesta dell'interessato, mediante ordinanza motivata del *juge d'instruction* o del *juge des libertés et de la détention* (JLD), qualora la persona *mise en examen* sia imputata per un reato punibile con una pena detentiva *correctionnelle* pari o superiore a due anni, o con una pena detentiva di maggiore entità. Nei confronti dei minori, tale misura è ammessa solo se l'indagato ha compiuto almeno sedici anni e ricorrono le condizioni particolari previste dal *Code de la justice pénale des mineurs* (CJPM, artt. L. 333-1 ss.).

¹³² Tale prassi, sebbene poco conforme all'art. 145-1 del *Code de procédure pénale*, è ammessa per ragioni di prevenzione del rischio di fuga.

Il provvedimento può essere adottato a seguito di un dibattito contraddittorio, sulla base delle *réquisitions* del pubblico ministero, previa audizione dell’indagato e del suo difensore (art. 142-6, comma 1 *Code de procédure pénale*). Il ricorso al contraddittorio può essere omesso qualora la persona si trovi già in stato di detenzione e il giudice decida su una richiesta di scarcerazione o proceda a una liberazione d’ufficio (art. 142-6, commi 1-2 *Code de procédure pénale*).

In ogni caso, prima dell’applicazione della misura, è obbligatoria la valutazione tecnica da parte del *Service Pénitentiaire d’Insertion et de Probation* (SPIP), che ne valuta la fattibilità concreta (comma 3).

L’ARSE viene attuata secondo le modalità previste per il *placement sous surveillance électronique* (art. 763-8 *Code de procédure pénale*), mediante l’utilizzo di un braccialetto elettronico che consente di rilevare a distanza la presenza o assenza dell’individuo nel luogo determinato dall’autorità giudiziaria.

La durata iniziale della misura non può superare i sei mesi, ma è prorogabile con successivi provvedimenti fino a un limite massimo di due anni complessivi (art. 142-7, comma 1 *Code de procédure pénale*). La misura può essere revocata in ogni momento, secondo le stesse modalità previste per il *contrôle judiciaire* (art. 142-8, comma 1 *Code de procédure pénale*)¹³³.

Qualora la persona sottoposta ad ARSE violi gli obblighi imposti, il giudice può disporre, nei suoi confronti, l’emissione di un *mandat d’arrêt* o di un *mandat d’amener*, con eventuale collocamento in *détention provisoire*, in conformità all’art. 141-2 *Code de procédure pénale* (art. 142-8, comma 2).

8. La *détention provisoire* e il contraddittorio anticipato.

La détention provisoire è una misura coercitiva eccezionale, disposta da uno o più *magistrats du siège*, che consente la privazione della libertà personale di un imputato nei casi e alle condizioni rigorosamente previste dalla legge. Essa rappresenta la più grave forma di restrizione della libertà individuale adottabile nella fase anteriore al giudizio¹³⁴.

Faustin Hélie scriveva: ««*La détention préalable inflige un mal réel, une véritable souffrance, à un homme qui non seulement n'est pas réputé coupable mais qui peut être innocent, et le frappe, sans qu'une réparation ultérieure soit possible, dans sa réputation, dans ses moyens d'existence, dans sa*

¹³³ Cfr. par. sul *contrôle judiciaire*, par. 6

¹³⁴ GUERY, *Détention provisoire*, op. cit., p. 13

personne»¹³⁵. Proprio per queste ragioni, il legislatore francese ha previsto una disciplina estremamente rigorosa della misura, sottraendo al giudice istruttore la competenza a disporla e attribuendola invece a un magistrato terzo, esterno all’inchiesta (*juge des libertés et de la détention*), il cui unico compito consiste nella verifica dell’esistenza dei presupposti di legge per la privazione della libertà personale.

Tale scelta normativa risponde all’esigenza di evitare che la custodia cautelare venga strumentalmente utilizzata per esercitare pressioni sull’indagato, inducendolo a collaborare o a confessare¹³⁶. A ulteriore tutela dell’individuo, il procedimento per l’adozione della *détention provisoire* è preceduto da un contraddittorio anticipato tra le parti, che garantisce un controllo giudiziario effettivo e basato su concreti elementi acquisiti in sede di indagine.

Tale aspetto procedurale assume particolare rilievo nel confronto con il sistema italiano, in cui la misura corrispondente — la custodia cautelare in carcere — non prevedeva, fino a tempi relativamente recenti, un analogo meccanismo di garanzia fondato su un contraddittorio preventivo a favore dell’imputato.

Nei paragrafi che seguono si analizzeranno le condizioni applicative (§ 8.1) e il regime giuridico (§ 8.2) della *détention provisoire*.

8.1. Presupposti sostanziali. Tra eccezionalità e sussidiarietà della misura.

In via preliminare, è opportuno precisare che la *détention provisoire* può essere applicata esclusivamente nei confronti di persone fisiche. Sebbene il *Code de procédure pénale* non contenga un articolo che affermi esplicitamente l’impossibilità di applicare la detenzione provvisoria alle persone giuridiche, questa esclusione deriva dalla natura stessa della misura, poiché non è possibile applicare tale misura all’organo rappresentativo di una *personne morale* senza colpire al contempo la persona fisica che lo incarna. Un simile intervento risulterebbe sproporzionato e, in molti casi, inefficace, giacché tale dirigente potrebbe essere facilmente sostituito, consentendo all’organizzazione di proseguire la propria attività illecita.¹³⁷

Inoltre, la misura non è applicabile indiscriminatamente a tutte le persone fisiche: i minori di età inferiore ai 13 anni ne sono espressamente esclusi¹³⁸. I minori di età compresa tra i 13 e i 16 anni

¹³⁵ Faustin Hélie, *Traité de l’instruction criminelle*, tomo IV, n. 1948: «La detenzione preventiva infligge un male reale, una vera sofferenza, a un uomo che non solo non è considerato colpevole, ma che può essere innocente, e lo colpisce, senza che una riparazione successiva sia possibile, nella sua reputazione, nei suoi mezzi di sussistenza, nella sua persona».

¹³⁶ DREYER, MOUYSSET, *Procédure pénale*, op. cit., p. 303 ss

¹³⁷ GUERY, *Détention provisoire*, op. cit., p. 43 ss.

¹³⁸ *Code de la justice pénale des mineurs* (CJPM), art. L. 334-1.

sono sottoposti a un regime derogatorio, graduato in funzione dell'età e della gravità del reato contestato.

La *détention provisoire* può essere presa in considerazione esclusivamente nei confronti di persone indagate per *infractions graves*, ossia per *crime o délit* puniti con una pena detentiva pari o superiore a tre anni¹³⁹. Non rileva, a tal fine, l'eventuale aggravante legata alla *récidive légale*.¹⁴⁰ Eccezionalmente, la misura può essere adottata anche in caso di violazione volontaria degli obblighi imposti dal *contrôle judiciaire* o dall'*assignation à résidence*, indipendentemente dalla gravità del reato contestato¹⁴¹.

Analogamente a quanto previsto per il *contrôle judiciaire* e per l'*assignation à résidence sous surveillance électronique*, la custodia cautelare può essere disposta «per le necessità dell'istruzione o quale misura di sicurezza»¹⁴². Tuttavia, la sola necessità della misura non ne legittima l'applicazione: essa deve essere proporzionata e strettamente necessaria rispetto agli obiettivi perseguiti.

A tal riguardo, la *détention provisoire* è tradizionalmente qualificata come misura di carattere eccezionale¹⁴³. Nel 1989, Pierre Chambon scriveva: «Le législateur qualifie d'exceptionnelle la détention provisoire parce qu'il sait qu'elle ne l'est pas, et qu'il voudrait bien qu'elle le fut»¹⁴⁴. Sebbene tale osservazione fosse pertinente all'epoca, è stata in parte smentita dal legislatore stesso, che ha progressivamente rafforzato le garanzie di tipo procedurale. Il principio di eccezionalità è comunque sancito in modo chiaro dall'articolo 137 del *Code de procédure pénale*, secondo cui la

¹³⁹ *Code de procédure pénale*, art. 143-1.

¹⁴⁰ Cass. pen. (Francia), 25 maggio 2005, in *Bulletin criminel*, n. 160. La *récidive légale* si configura quando un soggetto, già condannato per una prima infrazione (*premier terme de la récidive*), commette una o più ulteriori infrazioni (*second terme de la récidive*). Il *Code pénal* disciplina tre ipotesi principali di recidiva. La prima, prevista dall'articolo 132-10 del *Code pénal*, ricorre quando la prima infrazione consiste in un *délit* e la successiva nello stesso *délit* o in un delitto assimilato dalla legge, commesso entro un termine di cinque anni. La seconda ipotesi, disciplinata dall'articolo 132-8, riguarda il caso in cui il primo termine della recidiva sia un *crime* o un *délit* punito con almeno dieci anni di reclusione, mentre la nuova infrazione costituisce un *crime*, senza limiti temporali tra le due condotte. La terza ipotesi, regolata dall'articolo 132-9, si verifica qualora la prima condanna concerne un *crime* o un *délit* punito con almeno dieci anni di reclusione, e la seconda infrazione consista, alternativamente, in un *délit* punito con la stessa pena, se commesso entro dieci anni, oppure in un *délit* punito con una pena detentiva superiore a un anno e inferiore a dieci anni, se commesso entro cinque anni. A differenza dell'istituto della recidiva italiano, previsto all'art. 91 cp, per cui è richiesta una valutazione in concreto del magistrato circa la necessità di applicare tale situazione aggravante, l'istituto della *récidive légale* è tipizzata dalla legge con effetti obbligatori quando ricorrono certe condizioni (tipo di reato, tempo, identità).

La *récidive* comporta un aggravamento della sanzione. Nel caso di un *crime* punito con venti o trent'anni di reclusione, può comportare la pena dell'ergastolo.

¹⁴¹ *Code de procédure pénale*, art. 143-1.

¹⁴² *Code de procédure pénale*, art. 137.

¹⁴³ GUERY, *Détention provisoire*, op. cit., p.25 ss.

¹⁴⁴ CHAMBON, *La loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relative à la détention provisoire: analyse et réflexions*, in *JCP*, 1989, I, 3417. Traduzione a cura dell'autrice: «Il legislatore qualifica come eccezionale la detenzione preventiva perché sa che non lo è, e vorrebbe che lo fosse».

persona indagata, presunta innocente, deve rimanere libera, salvo che esigenze particolari impongano l'adozione di misure coercitive¹⁴⁵.

A fondamento di tale carattere eccezionale, la legge fissa due requisiti applicativi che condizionano l'applicazione di tale misura.

In primo luogo, il *juge des libertés et de la détention* (JLD) deve accertare che la custodia cautelare rappresenti l'unico mezzo per perseguire uno o più degli obiettivi indicati all'articolo 144 del *Code de procédure pénale*. Tali obiettivi sono:

- conservare le prove o gli indizi materiali utili alla ricerca della verità;
- evitare pressioni su testimoni o vittime, nonché sulle rispettive famiglie;
- impedire intese fraudolente tra la persona indagata e coimputati o complici;
- proteggere la persona sottoposta a indagine;
- garantire la disponibilità del soggetto nei confronti della giustizia;
- interrompere l'attività criminosa o prevenirne la reiterazione;
- tenere conto del potenziale impatto mediatico e del pericolo oggettivo derivante dalla permanenza in libertà.

In secondo luogo, il *juge des libertés et de la detention* deve motivare l'impossibilità di perseguire i medesimi obiettivi mediante misure meno afflittive, come il *contrôle judiciaire* o l'*assignation à résidence*¹⁴⁶. Il magistrato non può dunque disporre la custodia cautelare senza aver previamente escluso, con motivazione rafforzata (*obligation de motivation renforcée*), l'idoneità di strumenti alternativi. Questo onere di motivazione mira a richiamare l'attenzione del giudice sulla gravità dell'atto che si accinge a compiere, considerata anche la formulazione genericamente ampia delle condizioni legittimanti la detenzione, che attribuisce al giudice un rilevante margine di discrezionalità¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Il carattere eccezionale della detenzione preventiva emerge anche nei testi relativi alla sua proroga: oltre il termine di quattro mesi in materia correttiva, la detenzione può essere prorogata «a titolo eccezionale» (*Code de procédure pénale*, art. 145-1, comma 2).

¹⁴⁶ *Code de procédure pénale*, art. 137-3.

¹⁴⁷ RIBOULET, *Les juges de la liberté*, in *Droit pénal*, maggio 2023, dossier, studio 5, n. 10. Cfr. anche VARINARD A., *Le détenu provisoire*, in *RPDP*, 2003, p. 659; LEBLOIS-HAPPE J., *Le placement en détention provisoire*, in *AJ pén.*, 2003, p. 9; GUERY C., *Une détention provisoire exceptionnelle mais souhaitable*, in *AJ pén.*, 2004, p. 238; GUERY C., *Détention provisoire et culpabilité*, in *D*, 2006, *Point de vue*, p. 1556.

8.2. Procedimento applicativo.

Nel sistema francese, la *détention provisoire* è proposta dal *juge d'instruction*, ma viene disposta, a partire dalla Loi n° 2000-516 del 15 giugno 2000, dal *juge des libertés et de la détention* (JLD). L'intento della riforma non è stato quello di escludere il giudice istruttore dal procedimento decisionale in materia di custodia cautelare, bensì di garantire un doppio livello di controllo giurisdizionale (*double regard*) sul collocamento e sul mantenimento della persona in stato di detenzione preventiva.

La giurisprudenza ha chiarito che il *juge des libertés et de la detention* non può aver precedentemente esercitato funzioni di giudice istruttore nel medesimo procedimento: egli non deve aver già espresso una valutazione sull'esistenza di indizi gravi, precisi o concordanti a carico dell'indagato, poiché ciò potrebbe compromettere la sua imparzialità nel nuovo ruolo di garante delle libertà individuali¹⁴⁸.

In ogni caso, la *détention provisoire* non può essere disposta d'ufficio dal *juge des libertés et de la detention*, nel rispetto del principio di presunzione d'innocenza¹⁴⁹.

Di norma, il *juge des libertés et de la detention* viene adito mediante un'ordinanza motivata (*ordonnance motivée*) del giudice istruttore, al quale è trasmesso il fascicolo unitamente alle richieste formulate dal procuratore della Repubblica (*procureur de la République*). Tali richieste possono essere sollecitate dal giudice istruttore oppure pervenire su iniziativa del pubblico ministero. È importante sottolineare che il giudice istruttore, pur essendo tenuto a esaminare le richieste, non è obbligato a trasmetterle al *juge des libertés et de la detention*: se ritiene che la misura della detenzione non sia giustificata, può rifiutarsi di inoltrare il fascicolo, pronunciandosi senza indugio mediante un'ordinanza motivata, da comunicare immediatamente al procuratore (*Code de procédure pénale*, art. 137-4). Sebbene privo del potere di disporre egli stesso la misura, il giudice istruttore può, in questo modo, bloccarne l'attivazione.

Il *juge des libertés et de la detention*, ricevuto il fascicolo, convoca la persona indagata per un'udienza, alla quale la persona comparirà assistita dal proprio difensore, ove già nominato¹⁵⁰. Dopo aver esaminato gli atti, il giudice può assumere tre diverse posizioni.

¹⁴⁸ Cass. pen. (Francia), 28 giugno 2022, in *JCP G*, 2022, n. 1052, nota di COLLET; anche in *RSC*, 2022, p. 625, osservazioni di DELAGE.

¹⁴⁹ LARGUIER, CONTE, DETRAZ, *Procédure pénale*, op. cit., p. 229.

¹⁵⁰ Salvo circostanze imprevedibili e insormontabili estranee al servizio della giustizia, il *juge des libertés et de la detention* non può pronunciarsi in assenza della persona sottoposta a indagine. Cass. pen. (Francia), 5 ottobre 2016, in *AJ pén.*, 2016, p. 592, osservazioni di PITTI; *Gazette du Palais*, 24 gennaio 2017, p. 63, osservazioni di FOURMENT; *RSC*, 2016, p. 806, osservazioni di CORDIER.

Se ritiene di non disporre di sufficienti elementi per adottare una decisione immediata, può disporre *incarcération provisoire* della durata massima di quattro giorni lavorativi, entro i quali il giudice istruttore dovrà svolgere ulteriori accertamenti sulla situazione personale dell'indagato o sui fatti contestati¹⁵¹. Tale ordinanza deve essere motivata e può essere oggetto di un *référé-liberté* (ricorso urgente), a differenza della *détention provisoire*, offrendo così una tutela rafforzata delle garanzie difensive.

In alternativa, il *juge des libertés et de la détention* può respingere la richiesta di custodia cautelare e, se del caso, sottoporre l'interessato a *contrôle judiciaire* oppure ad *assignation à résidence sous surveillance électronique*.

Infine, può comunicare all'indagato l'intenzione di collocarlo in *détention provisoire*, opzione di particolare rilievo per l'analisi presente, in quanto rappresenta l'effettiva adozione della misura privativa della libertà personale.

8.3. Il contraddittorio anticipato. *Ratio*.

Il *débat contradictoire* è stato introdotto nel sistema francese con la legge del 9 luglio 1984, inizialmente limitato al procedimento per la collocazione in *détention provisoire*. A quell'epoca, l'avvocato dell'indagato poteva partecipare all'interrogatorio di prima comparizione dinanzi al giudice istruttore solo con il consenso di quest'ultimo¹⁵².

La riforma della legge del 15 giugno 2000, istitutiva della figura del *juge des libertés et de la détention* (JLD), ha profondamente trasformato il ruolo del contraddittorio, assegnandogli un ruolo centrale nell'architettura delle garanzie procedurali. Il dibattito non si svolge più davanti al giudice istruttore, bensì dinanzi a un giudice terzo, estraneo all'attività inquirente. L'obiettivo è duplice: da un lato, rafforzare l'imparzialità del procedimento; dall'altro, garantire l'effettiva partecipazione dell'indagato e del suo difensore nella fase più delicata della procedura cautelare.

Attualmente, dunque, in tutti i casi in cui il *juge des libertés et de la détention* intenda disporre la *détention provisoire*, è tenuto a informare la persona sottoposta a indagine che la decisione sarà adottata solo al termine di un dibattito contraddittorio, la cui celebrazione può essere differita su richiesta dell'indagato o del suo difensore, affinché possano predisporre un'adeguata strategia difensiva.

¹⁵¹ *Code de procédure pénale*, art. 145, comma 9.

¹⁵² GUERY, *Détention provisoire*, op. cit, p.51.

La presenza della *personne mise en examen* è obbligatoria, salvo casi di forza maggiore. Inoltre, il minore non può rinunciare alla presenza di un avvocato. La presenza del difensore è stata resa obbligatoria a partire dalla legge del 5 marzo 2007, anche per il collocamento in *détention* delle persone maggiorenne.

L'articolo 145, comma 5, del *Code de procédure pénale* dispone infatti: «Se questa persona non è già assistita da un avvocato, il giudice la informa che sarà difesa, durante il dibattito, da un avvocato di sua scelta oppure, se non ne sceglie uno, da un avvocato d'ufficio. L'avvocato scelto ne viene informato con qualsiasi mezzo e senza indugio».

Anche la presenza del *procureur de la République* è imprescindibile: egli espone oralmente le proprie richieste, che devono essere scritte e motivate conformemente ai criteri dell'articolo 144 *Code de procédure pénale*.

Nel caso in cui la difesa chieda un termine (*délai*) per prepararsi, il *juge des libertés et de la detention* deve necessariamente concederlo, rinviando l'udienza.

Tuttavia può, tramite un'ordinanza motivata e non impugnabile, disporre *l'incarcération provisoire* della persona della durata massima di quattro giorni lavorativi¹⁵³. Tale *incarcération provisoire*, eventualmente, sarà computata nella durata della custodia cautelare successivamente decisa.

Al più tardi al termine di tale *délai* che ha consentito all'interessato di organizzare la propria difesa, si celebra il *débat contradictoire*, durante il quale il *juge des libertés et de la detention* è tenuto a ricordare all'indagato non solo il diritto di rispondere o di formulare osservazioni, ma anche quello, fondamentale, di rimanere in silenzio¹⁵⁴.

Ciò assume rilievo in quanto l'indagato potrebbe fare dichiarazioni utilizzabili successivamente sia ai fini del rinvio a giudizio, sia per sostenere una successiva dichiarazione di colpevolezza¹⁵⁵.

¹⁵³ La Corte di cassazione ha chiarito che, nel computo dei termini previsti per la custodia cautelare, i giorni di sabato e domenica non devono essere conteggiati (Cass. pen. (Francia), 11 luglio 2012, in *Bulletin criminel*, n. 164). Inoltre, tali termini devono essere calcolati “da giorno a giorno” e non “da ora a ora” (Cass. pen. (Francia), 17 ottobre 2012, in *Gazette du Palais*, 9 febbraio 2013, p. 42, osservazioni di FOURMENT.)

¹⁵⁴ Il *Conseil Constitutionnel* ha affermato che il rispetto delle garanzie procedurali in materia di libertà personale impone un rigoroso controllo giudiziario delle misure restrittive (Cons. cost. (Francia), decisione n. 2021-935 QPC, 30 settembre 2021, *M. Rabah D.*, § 10). Nello stesso senso, la Corte di cassazione ha ribadito tali principi in una recente decisione (Cass. pen. (Francia), 11 maggio 2021, in *Gazette du Palais*, 31 agosto 2021, p. 64, osservazioni di FOURMENT; RSC, 2021, p. 663, osservazioni di DELAGE.).

¹⁵⁵ La Corte di cassazione ha riconosciuto che l'esistenza di indizi gravi può essere oggetto di contestazione dinanzi alla *chambre de l'instruction* competente per il contenzioso relativo alle misure di sicurezza. Tuttavia, ha precisato che si tratta di un contenzioso distinto da quello concernente la custodia cautelare. Ne consegue che la mancata informazione sul diritto al silenzio non incide sulla validità della misura di sicurezza adottata, pur impedendo alle autorità giudiziarie

Il *juge des libertés et de la detention* decide dopo aver ascoltato il pubblico ministero, poi la persona sottoposta a indagine e, se del caso, il suo avvocato¹⁵⁶. Se la *personne mise en examen* è maggiorenne, il dibattito si svolge in udienza pubblica. Tuttavia, le parti possono opporsi a tale pubblicità nei casi previsti dall'articolo 706-73 *Code de procédure pénale* (criminalità organizzata) o per ragioni di ordine pubblico, riservatezza o dignità. In caso di opposizione, il *juge des libertés et de la detention* decide con ordinanza motivata in camera di consiglio, definitiva e non soggetta a ricorso.

Per esigenze organizzative e di sicurezza, il dibattito può svolgersi in videoconferenza. Tuttavia, l'indagato può opporsi, esercitando tale diritto al momento della notifica della data di udienza. La videoconferenza può comunque essere imposta quando il trasferimento dell'indagato comporterebbe gravi rischi per l'ordine pubblico o per la sicurezza¹⁵⁷.

La funzione di tale contraddittorio anticipato si fonda sull'esigenza di prevenire un uso arbitrario della privazione della libertà personale. Il bilanciamento tra il potere punitivo dello Stato e le garanzie difensive del cittadino comporta, nel sistema francese, la previsione di un confronto tra le parti ancor prima dell'esecuzione della misura cautelare.

Secondo Jean Pradel, il contraddittorio anticipato costituisce «*la forma minima e irrinunciabile di giustizia procedurale*», proprio in quanto permette all'indagato di conoscere e contrastare le ragioni che fondano la richiesta di custodia cautelare¹⁵⁸.

Tale controllo dialettico su decisioni ad altissimo impatto personale e sociale rappresenta una garanzia necessaria «*contro la tentazione repressiva dell'apparato giudiziario*», soprattutto nella fase iniziale, in cui la presunzione di innocenza è ancora piena¹⁵⁹.

Infine, è utile rilevare come, sebbene l'articolo 145 del *Code de procédure pénale* non lo disponga esplicitamente, al fine di preparare la propria difesa dinanzi al *juge des libertés et de la detention*, l'imputato e il suo difensore possono accedere in qualsiasi momento all'intero fascicolo. Infatti, La *Chambre criminelle della Cour de cassation* ha respinto la richiesta di trasmissione di una Questione Prioritaria di Costituzionalità (QPC) proposta nei seguenti termini: «L'articolo 145 del codice di

successive di utilizzare le dichiarazioni eventualmente rese (Cass. pen. (Francia), 24 febbraio 2021, in *AJ pén.*, 2021, p. 269, osservazioni di COURVOISIER-CLÉMENT; RSC, 2021, p. 448, osservazioni di VALAT).

¹⁵⁶ La Corte di cassazione ha stabilito che l'abbandono dell'aula da parte dell'avvocato della persona sottoposta a indagine durante il dibattito contraddittorio non costituisce motivo sufficiente per il rinvio dell'udienza. Il giudice delle libertà e della detenzione (JLD) è dunque tenuto a pronunciarsi anche in tale circostanza (Cass. pen. (Francia), 8 settembre 2020, in *AJ pén.*, 2020, p. 528, osservazioni di CHAPELLE; *Gazette du Palais*, 16 febbraio 2021, p. 68, osservazioni di FOURMENT).

¹⁵⁷ *Code de procédure pénale*, art. 706-71, comma 4.

¹⁵⁸ PRADEL, *Procédure pénale*, 21^a ed., Parigi, Cujas, 2022, p. 253.

¹⁵⁹ LARIVIÈRE, *La justice ou le chaos*, Parigi, Plon, 2006.

procedura penale viola i diritti della difesa e il principio del contraddittorio, quali garantiti dall'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789, nella misura in cui non impone l'obbligo di mettere a disposizione della persona sottoposta a indagini, o del suo difensore, il fascicolo del procedimento anteriormente al dibattito relativo alla custodia cautelare, né stabilisce un termine entro il quale tale messa a disposizione debba avvenire effettivamente».¹⁶⁰

La Corte ha ritenuto che la questione sollevata non presentasse un carattere di serietà tale da giustificare la trasmissione al *Conseil constitutionnel*. In particolare, ha evidenziato che, in forza della combinazione delle disposizioni degli articoli 137-1 e 114 del codice di procedura penale, la persona sottoposta a misura cautelare o il suo difensore dispongono della possibilità di consultare il fascicolo del procedimento anteriormente al dibattito in contraddittorio. Tale accesso può avvenire, a seconda dei casi, presso la cancelleria del giudice delle libertà e della detenzione — qualora questi sia stato investito del fascicolo mediante ordinanza di trasmissione da parte del giudice istruttore e lo abbia effettivamente trattenuto — ovvero, in mancanza di ciò, presso la cancelleria del giudice istruttore, nei giorni lavorativi e secondo le modalità operative previste da quest'ultimo.¹⁶¹

8.4. La decisione del *juge des libertés et de la detention* e l'esecuzione della misura.

Qualora il *juge des libertés et de la detention* ritenga fondata la richiesta di custodia cautelare, emette una *ordonnance motivée*, nella quale deve richiamare in modo puntuale gli elementi concreti, precisi e circostanziati emersi dal fascicolo del procedimento che giustificano il ricorso alla *détention provisoire*. Non è sufficiente, a tal fine, un generico riferimento a uno dei criteri previsti dall'articolo 144 del *Code de procédure pénale*; al contrario, il giudice deve spiegare in modo dettagliato come e perché, nel caso specifico, quel criterio risulti applicabile.

Tale obbligo motivazionale Tale obbligo motivazionale è rafforzato dalla natura sussidiaria della misura detentiva: come già evidenziato, il ricorso alla custodia cautelare è legittimo solo qualora gli obiettivi perseguiti non possano essere assicurati mediante misure meno afflittive, quali il *contrôle judiciaire* o l'*assignation à résidence sous surveillance électronique*. In tal senso, l'ordinanza deve contenere una valutazione esplicita sull'inidoneità delle misure alternative¹⁶².

¹⁶⁰ Cass. pen. (Francia), 4 ottobre 2016, n. 16-84.337, in *Bulletin criminel*, n. 257; *Dalloz*, 2016, p. 2006; *JCP*, 2016, p. 1244.

¹⁶¹ GUERY, *Détention provisoire*, op. cit., p. 58.

¹⁶² Cass. pen. (Francia), 16 febbraio 2010, in *Bulletin criminel*, n. 28.

Qualora decida di disporre la *détention provisoire*, il *juge des libertés et de la detention* accompagna l'ordinanza con l'emissione di un *mandat de dépôt*, che ne costituisce il titolo esecutivo.

Nel caso opposto, qualora ritenga non sussistenti i presupposti per la custodia cautelare, il giudice emette un'ordinanza di rigetto che viene immediatamente notificata al procuratore della Repubblica, il quale dispone, a pena di decadenza, di un termine di quattro ore per proporre un *référez-détention* (ricorso d'urgenza) contro tale decisione.

L'esecuzione della misura cautelare avviene in una casa circondariale (*maison d'arrêt*), secondo quanto stabilito dal Codice penitenziario francese¹⁶³.

Di norma, la struttura detentiva prescelta si trova nelle vicinanze della giurisdizione istruttoria competente, così da agevolare la comparizione della persona detenuta dinanzi all'autorità giudiziaria precedente e garantire la continuità delle indagini o del processo.

8.5. I diritti della persona sottoposta a *détention provisoire*.

Gli articoli 145-4 e seguenti del Code de procédure pénale prevedono un complesso di garanzie volte a tutelare la personne placée en détention provisoire, delineando, su base legislativa, i limiti entro cui possono essere compresse talune libertà fondamentali. In particolare, la *personne mise en examen* sottoposta a custodia cautelare conserva il diritto di ricevere visite da parte dei propri congiunti, nonché di intrattenere corrispondenza scritta e comunicazioni telefoniche.

Tali diritti, tuttavia, possono essere oggetto di limitazioni da parte del *juge d'instruction*, il quale, con provvedimento motivato, può inibire specifici contatti tra la persona detenuta e l'esterno. In proposito, l'articolo 145-4 del codice prevede la possibilità per il giudice istruttore di disporre un divieto generale di comunicazione per un periodo massimo di dieci giorni, rinnovabile una sola volta¹⁶⁴. Tale misura, in ogni caso, non può estendersi ai rapporti tra l'indagato e il proprio difensore, i quali rimangono pienamente tutelati.

Fatta salva tale eccezione, la persona sottoposta a *détention provisoire* può, previa autorizzazione del giudice istruttore, ricevere visite presso l'istituto di detenzione e avvalersi del telefono per comunicare con soggetti terzi. A garanzia di tali diritti, è espressamente previsto che, decorsi trenta giorni dall'inizio della custodia cautelare, l'eventuale diniego dell'autorizzazione alle visite o alle

¹⁶³ *Code de procédure pénale*, art. 714, che recita: «Les personnes mises en examen, prévenues et accusées soumises à la détention provisoire la subissent dans une maison d'arrêt ou un établissement pour peines, dans les conditions prévues par les dispositions des articles L. 112-3, L. 211-1 et L. 211-2 du code pénitentiaire».

¹⁶⁴ Tale misura può essere rinnovata una sola volta, esclusivamente per un ulteriore periodo di pari durata.

comunicazioni telefoniche debba essere adottato con provvedimento scritto e adeguatamente motivato.¹⁶⁵

L'articolo 145-4-2 conferisce al giudice istruttore analogo potere anche in relazione alla corrispondenza scritta del *mis en examen*, autorizzandolo a limitare o sospendere lo scambio epistolare con una o più persone specificamente indicate, nonché a trattenere le lettere redatte dal detenuto o a lui indirizzate.

In entrambi i casi, le restrizioni sono ammissibili esclusivamente al fine di salvaguardare le esigenze dell'istruttoria, il mantenimento dell'ordine e della sicurezza, oppure la prevenzione della commissione di ulteriori reati. Ove l'autorizzazione venga omessa o negata senza adeguata motivazione, la decisione può essere sottoposta, su istanza dell'indagato o del suo difensore, al presidente della *Chambre de l'instruction*, il quale è tenuto a pronunciarsi entro un mese con provvedimento scritto e motivato, non soggetto a impugnazione.

Infine, l'articolo 145-5 dispone che la misura della custodia cautelare non può essere disposta nei confronti della persona che, nel corso dell'interrogatorio dinanzi al giudice istruttore e prima dell'eventuale coinvolgimento del giudice delle libertà e della detenzione, dichiari di esercitare in via esclusiva la responsabilità genitoriale su un minore di età non superiore ai sedici anni, convivente e residente con lei, « se non dopo che uno dei servizi o dei soggetti indicati al settimo comma dell'articolo 81 sia stato formalmente incaricato di individuare e proporre tutte le misure idonee a evitare che la salute, la sicurezza, la moralità del minore siano messe in pericolo, ovvero che le condizioni della sua educazione risultino gravemente compromesse». ¹⁶⁶

8.6 Sistema d'impugnazione.

L'esecuzione della misura di *détention provisoire* è sottoposta al controllo del presidente della *chambre de l'instruction*. Sia il pubblico ministero¹⁶⁷, sia la persona indagata¹⁶⁸ hanno facoltà di proporre appello dinanzi alla *chambre de l'instruction* avverso la decisione del *juge des libertés et de*

¹⁶⁵ L'art.145-5 dispone ulteriormente che «après la clôture de l'instruction, les attributions du juge d'instruction sont exercées par le procureur de la République selon les formes et conditions prévues au présent article. Il en est de même dans tous les autres cas où une personne est placée en détention provisoire».

¹⁶⁶ Tale regola non si applica nei casi di commissione di un *crime*, di delitto perpetrato ai danni di un minore, ovvero di violazione degli obblighi imposti nell'ambito del *contrôle judiciaire*.

¹⁶⁷ *Code de procédure pénale*, art. 185.

¹⁶⁸ *Code de procédure pénale*, art. 186, comma 1.

la détention (JLD) relativa alla custodia cautelare. Al contrario, la parte civile non dispone di tale diritto di impugnazione¹⁶⁹.

La *Cour de cassation* ha stabilito che la *chambre de l'instruction*, in ogni fase del procedimento, è tenuta a verificare il rispetto delle condizioni legali della detenzione, in particolare l'esistenza di indizi gravi o concordanti sulla partecipazione dell'indagato ai fatti contestati¹⁷⁰.

Per lungo tempo, la giurisprudenza ha ritenuto che «un'eventuale violazione della dignità della persona a causa delle condizioni di detenzione, pur potendo dar luogo alla responsabilità dello Stato per malfunzionamento del servizio pubblico, non può costituire un ostacolo legale al collocamento e al mantenimento in custodia cautelare»¹⁷¹. Tuttavia, tale orientamento è stato messo in discussione alla luce delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), che hanno evidenziato l'incompatibilità di condizioni detentive inumane o degradanti con l'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁷².

L'assenza di un ricorso giurisdizionale effettivo per contestare condizioni di detenzione indegne è stata oggetto di censura da parte del *Conseil constitutionnel*, che ha sollecitato un intervento legislativo in materia¹⁷³.

In mancanza di una reazione immediata di quest'ultimo, è stato sulla sola base della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che la *Cour de cassation* ha riconosciuto tale ricorso¹⁷⁴, i cui termini sono stati poi precisati dalla *Loi n° 2021-403 du 8 avril 2021*.

Questa legge ha introdotto nel *Code de procédure pénale* l'articolo 803-8, che prevede una procedura specifica per le persone detenute in condizioni ritenute indegne. In base a tale disposizione, il detenuto può adire il *juge des libertés et de la détention*, il quale, se ritiene la richiesta fondata, ordina all'amministrazione penitenziaria di porre fine alle condizioni di detenzione giudicate indegne, concedendo un termine compreso tra 10 giorni e un mese. Se, decorso tale termine, le condizioni non sono migliorate, il *juge des libertés et de la détention*, entro ulteriori 10 giorni, può disporre il trasferimento del detenuto in un altro istituto o ordinarne la liberazione immediata, eventualmente

¹⁶⁹ *Code de procédure pénale*, art. 186, comma 2.

¹⁷⁰ Cass. pen. (Francia), 9 febbraio 2021.

¹⁷¹ Cass. pen. (Francia), 18 settembre 2019, in *Droit pénal*, 2019, commento n. 189, osservazioni di Maron e Haas; *Gazette du Palais*, 22 ottobre 2019, p. 18, nota di Mésa; *AJ pén.*, 2019, p. 560, osservazioni di Frinchaboy.

¹⁷² CEDU, sentenza 30 gennaio 2020, *J.M.B. e altri c. Francia*, § 257

¹⁷³ Cons. cost. (Francia), decisione n. 2020-858/859 QPC, 2 ottobre 2020, *M. Geoffrey F. e altri*, § 19.

¹⁷⁴ Cass. pen. (Francia), 13 aprile 2021, in *Droit pénal*, 2021, commento n. 112, osservazioni di Maron e Haas.

sostituendo la detenzione con misure alternative come il *contrôle judiciaire* o l'*assignation à résidence avec surveillance électronique*.

Le decisioni adottate in questo contesto devono essere motivate e possono essere impugnate dinanzi al presidente della *chambre de l'instruction* entro 10 giorni dalla notifica. L'appello deve essere esaminato entro un mese. Tuttavia, qualora nel frattempo il detenuto venga trasferito, l'impugnazione perde di oggetto, poiché le condizioni detentive contestate risultano modificate¹⁷⁵.

9. La durata della *détention provisoire*.

La durata della *détention provisoire* è soggetta a due limiti di natura cumulativa: da un lato, il rispetto del principio della durata ragionevole (*durée raisonnable*), e dall'altro, l'osservanza delle durate massime numeriche fissate dalla legge, sia per i procedimenti in materia *correctionnelle*, sia per quelli in materia *criminelle*.

In linea generale, la custodia cautelare non può protrarsi oltre un termine che risulti ragionevole, «tenuto conto della gravità dei fatti contestati a *la personne mise en examen* e della complessità delle indagini necessarie per l'accertamento della verità»¹⁷⁶.

A tal proposito, la giurisprudenza francese ha chiarito che le norme che disciplinano la durata massima della *détention provisoire* sono disposizioni di natura «*formelles et impératives*» (formali e imperative), la cui rigorosa osservanza è condizione imprescindibile per la tutela dei diritti fondamentali della persona imputata. Ne deriva che non è ammessa alcuna deroga a tali limiti legali¹⁷⁷.

Il concetto di «*durée raisonnable*» deve essere valutato in concreto¹⁷⁸, tenendo conto di elementi come il comportamento della persona sottoposta a indagine, la condotta delle autorità precedenti e l'effettiva complessità del caso¹⁷⁹. Tale valutazione si inserisce nel quadro dell'articolo 5 §3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che impone la liberazione dell'imputato qualora non sia giudicato entro un termine ragionevole.

¹⁷⁵ Cass. pen. (Francia), 8 febbraio 2023, in *Droit pénal*, 2023, commento n. 79, osservazioni di Peltier; 14 giugno 2022, in *AJ pén.*, 2022, p. 491, osservazioni di Falxa.

¹⁷⁶ *Code de procédure pénale*, art. 144-1, comma 1, che recepisce un requisito previsto dall'art. 5, § 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

¹⁷⁷ Cass. pen. (Francia), 29 ottobre 1989, in *Bulletin criminel*, n. 458..

¹⁷⁸ CEDU, sentenza 27 giugno 1968, *Neumeister c. Austria*.

¹⁷⁹ CEDU, sentenza 30 luglio 2015, *Loisel c. Francia*; sentenza 23 gennaio 2007, *Cretello c. Italia*.

È principio consolidato nel sistema francese che il *mandat de dépôt* emesso contestualmente all'*ordonnance de placement en détention* non possa avere durata indeterminata. Il *juge des libertés et de la détention* (JLD) è tenuto a fissare un termine preciso per la detenzione, che potrà essere prorogato solo previa nuova decisione giudiziaria.

In caso di necessità di proroga (*prolongation*), spetta al giudice istruttore – previa richiesta motivata del *procureur de la République* – rivolgersi nuovamente al *juge des libertés et de la detention* per ottenere l'estensione della custodia cautelare entro i limiti massimi previsti dalla legge. Tuttavia, se il giudice istruttore rifiuta di richiedere la proroga, il pubblico ministero non ha facoltà di adire direttamente il *juge des libertés et de la detention*. Inoltre, qualora l'ordinanza di proroga non venga adottata nei termini previsti, il *mandat de dépôt* iniziale decade automaticamente, rendendo giuridicamente invalida la custodia, anche se in seguito intervengano nuove ordinanze¹⁸⁰.

Durante l'udienza dedicata alla proroga, il *juge des libertés et de la detention* può pronunciarsi anche in assenza del difensore dell'indagato, qualora quest'ultimo non abbia formulato richiesta di rinvio. In tali casi, il giudice non è tenuto – neppure su richiesta dell'indagato – a designare un avvocato d'ufficio¹⁸¹.

Tale possibilità, sebbene prevista dalla prassi, solleva dubbi di compatibilità con il diritto di difesa, in particolare nel caso di soggetti vulnerabili.

Il *dies a quo* della *détention provisoire* è rappresentato dalla data dell'*ordonnance de placement en détention*, normalmente accompagnata da un *mandat de dépôt à durée déterminée*, salvo che sia eseguito un *mandat d'arrêt*. Tuttavia, se la detenzione è preceduta da una fase di *incarcération provisoire*, il termine decorre dalla data di emissione del *mandat de dépôt*, ai sensi dell'articolo 145, comma 7, del *Code de procédure pénale*, salvo anche in questo caso l'esecuzione di un *mandat d'arrêt* anteriore.

La durata massima della detenzione varia a seconda che quest'ultima sia perseguita per fatti di natura *correctionnelle* o *criminelle*.

9.1. Matière correctionnelle.

Nel contesto dei procedimenti per *délits* (reati di competenza *correctionnelle*), la legge francese prevede diverse soglie temporali per la *détention provisoire*, commisurate alla gravità del reato

¹⁸⁰ Cass. pen. (Francia), 4 gennaio 1983, n. 82-93.809, in *Bulletin criminel*, n. 3.

¹⁸¹ Cfr. decisione della Corte di cassazione secondo cui l'art. 145, comma 5, del *Code de procédure pénale* non si applica in casi analoghi: Cass. pen. (Francia), 12 aprile 2023, in *AJ pén.*, 2023, p. 292, nota di Leborne.

perseguito.

In linea generale, la custodia cautelare non può superare i quattro mesi, e il *mandat de dépôt* iniziale non può essere emesso per una durata superiore¹⁸².

Tuttavia, è ammesso un primo regime speciale di custodia che consente al *juge des libertés et de la détention*, mediante *ordonnance motivée* pronunciata dopo un dibattito in contraddittorio, di *prolonger* (prorogare) la custodia cautelare per un ulteriore periodo, che non può superare i quattro mesi. A questa proroga possono seguirne altre, ma la durata complessiva della detenzione non deve, in linea di principio, superare un anno.

Quando la *détention provisoire* supera gli otto mesi, le ordinanze che dispongono ulteriori proroghe o che rigettano richieste di scarcerazione devono contenere una motivazione rafforzata, specificando i motivi della prosecuzione dell'istruttoria e il termine prevedibile per la sua conclusione¹⁸³. Tale giustificazione può basarsi non solo sulla necessità di svolgere ulteriori indagini, ma anche sull'adempimento di formalità conclusive previste dall'articolo 175 *Code de procédure pénale*¹⁸⁴.

È previsto inoltre un secondo regime derogatorio, che consente di estendere la durata massima a due anni, qualora uno degli elementi costitutivi del reato sia stato commesso al di fuori del territorio nazionale; oppure quando l'indagato sia perseguito per traffico di stupefacenti, associazione a delinquere, sfruttamento della prostituzione, estorsione o per un reato commesso in associazione criminale e passibile di una pena pari ad almeno dieci anni di reclusione.

In via del tutto eccezionale, qualora la prosecuzione delle indagini risulti necessaria e la liberazione della persona comporti un rischio particolarmente grave per la sicurezza delle persone o dei beni, la *chambre de l'instruction* può autorizzare una proroga supplementare di quattro mesi, oltre i due anni. Essa viene adita su *ordonnance motivée* del *juge des libertés et de la détention* e, in tal caso, la comparizione personale del *mis en examen* è obbligatoria¹⁸⁵.

Infine, un terzo regime speciale di custodia cautelare è stato introdotto in materia di *terrorisme*: l'articolo 706-24-3 del *Code de procédure pénale* consente ora di estendere la durata massima della misura a sei mesi per ciascuna proroga, nei procedimenti per i reati di cui agli articoli 421-1 a 421-6 del *Code pénal*. La durata massima è fissata in due anni per la generalità dei reati di matrice terroristica, e tre anni nel caso di *association de malfaiteurs* finalizzata a un'azione terroristica.

¹⁸² *Code de procédure pénale*, art. 145-1.

¹⁸³ *Code de procédure pénale*, art. 145-3, comma 1.

¹⁸⁴ Cass. pen. (Francia), 24 gennaio 2018, in *RSC*, 2018, p. 463, osservazioni di Cordier

¹⁸⁵ *Code de procédure pénale*, art. 706-24-3.

In tali casi, il termine di otto mesi previsto dall'articolo 145-3, comma 1 (oltre il quale la prosecuzione dell'indagine deve essere giustificata e va indicato un termine prevedibile di conclusione), è esteso a un anno.

9.2. Matière criminelle.

Nel contesto dei procedimenti in *matière criminelle*, ossia per reati puniti con la *réclusion* o la *détention criminelle*, la *détention provisoire* è soggetta a limiti temporali più ampi, ma comunque rigorosamente definiti.

In linea di principio, la persona *mise en examen* non può essere mantenuta in custodia cautelare per un periodo superiore a un anno. Tuttavia, anche in questo ambito sono previste possibili *prolongations*.

Allo scadere di tale termine, il *juge des libertés et de la détention* (JLD) può autorizzare una proroga di sei mesi, a condizione che sia preceduta da un *débat contradictoire* e fondata su una *ordonnance motivée*¹⁸⁶.

A partire da tale prima proroga, la legge impone al *juge des libertés et de la detention* un onere rafforzato di motivazione: salvo che la comunicazione di tali informazioni possa compromettere lo svolgimento delle indagini, il giudice deve non solo giustificare la prosecuzione della detenzione sulla base dei criteri previsti dall'articolo 144 *Code de procédure pénale*, ma anche esplicitare le ragioni specifiche che giustificano il proseguimento dell'istruttoria e indicare un termine prevedibile per la sua conclusione¹⁸⁷. Questo obbligo spinge il magistrato a valutare la prosecuzione della custodia in una prospettiva temporale, e non soltanto sulla base dei criteri iniziali che ne avevano giustificato l'applicazione.

Ulteriori proroghe possono essere concesse seguendo la medesima procedura, ma entro limiti di durata massima complessiva determinati dalla legge in base alla pena prevista:

- Se la pena prevista è inferiore a venti anni di *réclusion* o *détention criminelle*, la durata complessiva della custodia cautelare non può superare i due anni.
- Se la pena è pari o superiore a venti anni, la durata massima è di tre anni.

Questi limiti temporali vengono elevati di un anno (rispettivamente a tre e quattro anni) nei casi in cui uno degli elementi costitutivi del reato sia stato commesso al di fuori del territorio nazionale.

¹⁸⁶ *Code de procédure pénale*, art. 145-2.

¹⁸⁷ *Code de procédure pénale*, art. 145-3.

Inoltre, la custodia cautelare può durare fino a quattro anni quando la persona sottoposta a indagine è perseguita:

- per più crimini rientranti nei Libri II e IV del *Code pénal* (ossia crimini contro le persone e contro i beni),
- per traffico di stupefacenti, terrorismo, estorsione, sfruttamento della prostituzione, o
- per crimini commessi nell'ambito di un'associazione a delinquere (*Code de procédure pénale*, art. 145-2, ult. comma).

Infine, anche nel contesto della *matière criminelle*, qualora la scarcerazione della persona sottoposta a indagine comporti un rischio particolarmente grave per la sicurezza delle persone o dei beni, e le indagini debbano essere ancora proseguite, la *chambre de l'instruction* può autorizzare una proroga straordinaria della custodia cautelare per un periodo massimo di quattro mesi, su richiesta motivata del JLD. Tale proroga può essere rinnovata una sola volta, determinando quindi un'estensione massima complessiva di otto mesi oltre i limiti ordinari¹⁸⁸.

10. Dibattito contraddittorio nella procedura di proroga della *détention provisoire*.

È importante notare come in tutti i casi di proroga della custodia cautelare dinanzi al *juge des libertés et de la détention* (JLD), è prevista, come principio inderogabile, la celebrazione di un dibattito in contraddittorio (*débat contradictoire*)¹⁸⁹.

La procedura ha inizio con l'emissione, da parte del giudice istruttore (*juge d'instruction*), di un'ordinanza di trasmissione (*ordonnance de saisine*) che accompagna la richiesta di proroga al *juge des libertés et de la détention*. A seguito di tale trasmissione, l'avvocato della *personne mise en examen* viene formalmente convocato¹⁹⁰, ai sensi degli articoli 114, comma 2, 145-2, comma 1, e 803-1 del *Code de procédure pénale*. La convocazione deve avvenire almeno cinque giorni lavorativi prima della data fissata per il dibattito, al fine di consentire una preparazione adeguata della difesa.

Il *débat contradictoire* si svolge secondo le medesime modalità procedurali previste per il *placement en détention provisoire*. Ciò implica, tra l'altro, il rispetto delle disposizioni relative alla pubblicità

¹⁸⁸ *Code de procédure pénale*, art. 706-24-3.

¹⁸⁹ Ordinanza del 2 febbraio 1945, art. 11-2: fatta eccezione per il minore di età inferiore ai sedici anni il cui *contrôle judiciaire* sia stato revocato, quest'ultimo può essere sottoposto a custodia cautelare per un massimo di due periodi di quindici giorni, senza che la proroga richieda la celebrazione di un dibattito contraddittorio.

¹⁹⁰ Cass. pen. (Francia), 9 maggio 2001, n. 01-81.550, in *Bulletin criminel*, n. 113; anche in *JCP*, 2001, p. 1589: nessuna disposizione della legge del 15 giugno 2000 vieta che la convocazione dell'avvocato sia effettuata dal cancelliere del giudice istruttore anziché dal JLD.

dell’udienza, che può essere limitata o esclusa in casi specifici, come quelli previsti dall’articolo 145, comma 5 *Code de procédure pénale*, per ragioni di ordine pubblico, protezione della dignità della persona o rispetto della presunzione di innocenza.

Durante il dibattito, è prevista la presenza obbligatoria del *procureur de la République*, che deve formulare le proprie *réquisitions orales* (richieste orali), in applicazione degli articoli 145 e 145-1 *Code de procédure pénale*. Il pubblico ministero svolge così un ruolo attivo nell’illustrare le ragioni per cui, a suo avviso, sussistono ancora i presupposti per il mantenimento della misura cautelare¹⁹¹.

Tale struttura dialettica del procedimento rafforza la funzione garantista del dibattito, favorendo un controllo giudiziale effettivo sulla persistenza delle condizioni di legittimità della custodia cautelare, in linea con i principi stabiliti dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di tutela della libertà personale.

¹⁹¹ Cass. pen. (Francia), 22 maggio 1985, n. 85-91.521, in *Bulletin criminel*, n. 199.

CAPITOLO II

IL SISTEMA CAUTELARE ITALIANO: IL CONTRADDITTORIO TRA GARANZIE E RIFORME.

SOMMARIO: 1. Garanzie costituzionali. Accenni storici. 1.1. L'inviolabilità della libertà personale. 1.2. La presunzione di innocenza e le esigenze cautelari. 1.3. Giusto processo e il contraddittorio tra le parti. 2. Aspetti sostanziali. 2.1. Misure cautelari personali coercitive e interdittive. 2.2. Presupposti applicativi delle misure cautelari personali. 2.3. Le esigenze cautelari. 3. Il procedimento cautelare. 4. Il riesame e il ricorso *per saltum*. 5. L'appello cautelare e il ricorso in Cassazione. 6. La durata delle misure cautelari. 7. L'interrogatorio di garanzia: la funzione difensiva del contraddittorio. 8. Il contraddittorio anticipato. 8.1. Il procedimento applicativo della misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio. 8.2. Il procedimento cautelare per l'applicazione delle misure interdittive nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. 8.3. Il fermo e l'arresto in flagranza. 9. Legge n. 114 del 2024: la Riforma Nordio.

1. Garanzie costituzionali. Accenni storici.

L'analisi delle garanzie costituzionali nell'ambito del procedimento cautelare richiede un approfondito esame dei principi fondamentali posti a tutela dei diritti inviolabili della persona. A fondamento di tale impianto si collocano, da un lato, l'art. 13, comma 1, della Costituzione, che sancisce la libertà personale come diritto inviolabile e sottopone ogni sua limitazione a rigorose condizioni di legittimità; dall'altro, l'art. 27, comma 2, che sancisce il principio della presunzione di non colpevolezza fino alla condanna definitiva.

Inoltre, l'apertura dell'ordinamento italiano alle fonti sovranazionali in materia di diritti umani – in particolare alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) – ha contribuito a ridefinire il volto costituzionale del processo penale, orientandolo verso un modello improntato al principio di *equità (fairness)*. Tale orientamento ha trovato un decisivo riconoscimento con la riforma costituzionale operata dalla legge n. 2 del 23 novembre 1999, che ha modificato l'art. 111 della Costituzione, inserendo il riferimento espresso al giusto processo quale modalità essenziale di esercizio della giurisdizione, in coerenza con una concezione sostanziale di giustizia («La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge»). Il principio del giusto processo si intreccia strettamente con la garanzia del contraddittorio tra le parti,

elemento essenziale di un procedimento ispirato alla parità e alla dialettica. Tale connessione è esplicitata nel secondo comma dell'art. 111 della Costituzione, anch'esso introdotto con la riforma del 1999. Con tale intervento costituzionale, il legislatore ha inteso rafforzare i presupposti metodologici del processo accusatorio, sancendo il confronto dialettico tra accusa e difesa quale strumento essenziale per l'accertamento della verità processuale e per la tutela dei diritti dell'imputato.

L'evoluzione del processo cautelare italiano dal 1948 ad oggi riflette un conflitto costante e trasversale tra istanze contrapposte, che può essere sinteticamente ricondotto alla tradizionale dialettica tra «*tutela dell'individuo e esercizio dell'autorità*»¹⁹². Emblematica di tale contrasto è la definizione di custodia cautelare come «necessaria ingiustizia», espressione utilizzata da Francesco Carrara in un'opera significativamente intitolata *L'immoralità del carcere preventivo*¹⁹³.

Se tradizionalmente la nostra Carta costituzionale ha regolato le libertà in funzione ai poteri che possono (o non possono) limitarle¹⁹⁴, è evidente che ancora oggi il conflitto tra individuo e potere viene affrontato più come imposizione di limiti generici all'azione autoritativa che come affermazione positiva della sfera di libertà. Ne consegue che, per evitare indebite restrizioni, la delimitazione del potere deve risultare particolarmente rigorosa, a salvaguardia di tutte le manifestazioni del diritto non giustificate da esigenze cautelari.

Il riconoscimento della rilevanza costituzionale della tutela cautelare, intesa come strumento necessario e funzionale alla piena attuazione del diritto alla tutela giurisdizionale, sancito dall'art. 24 della Costituzione, è frutto di un'evoluzione giurisprudenziale articolata e non sempre lineare¹⁹⁵. Un momento decisivo in tale percorso è rappresentato dalla sentenza n. 190 del 1985 della Corte costituzionale, con cui si è affermato il principio secondo cui la tutela cautelare svolge una «funzione strumentale all'effettività della stessa tutela giurisdizionale» e precisato che «la disponibilità di misure cautelari costituisce espressione precipua del principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione»¹⁹⁶.

¹⁹² GALANTINI, *Diritti cautelari e restrizione della libertà personale nella logica della proporzionalità*, in *Sistema Penale*, testo rielaborato della lezione sul tema “Misure cautelari e libertà personale”, tenuta nell’ambito del Corso di perfezionamento in diritto penale “Giorgio Marinucci” – II Modulo “Questioni controverse di diritto e procedura penale”, Università degli Studi di Milano, 10 giugno 2022.

¹⁹³ CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, Lucca, 1874, p. 300.

¹⁹⁴ AMATO, Art. 13, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, vol. II, Bologna, 1977, p. 2.

¹⁹⁵ ANDOLINA – VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1997, p. 67.

¹⁹⁶ Cfr., in particolare, PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 553 ss.

Sebbene l’evoluzione normativa abbia progressivamente conferito al procedimento *de libertate* caratteri sempre più garantisti, occorre sottolineare come tale sviluppo non abbia seguito un percorso né uniforme né definitivo.

Sotto questo profilo, il legislatore ha spesso risentito di un’oscillazione — in parte fisiologica nell’ambito del processo penale — tra interventi ispirati alla tutela della sicurezza pubblica, talvolta giustificati da situazioni emergenziali reali o percepite, e interventi volti invece a rafforzare le garanzie individuali in una prospettiva costituzionalmente orientata¹⁹⁷.

A oltre trent’anni dalla codificazione repubblicana, appare evidente la maggiore incisività degli interventi ispirati a logiche securitarie, mentre risultano più deboli, e spesso meno efficaci, quelli finalizzati al rafforzamento delle garanzie. Tale asimmetria non può essere attribuita a una causa univoca, ma riflette una molteplicità di fattori, tanto di natura politica quanto strutturale. Alle riforme normative che hanno significativamente compresso le prerogative difensive si sono contrapposti tentativi di riequilibrio caratterizzati da compromessi normativi, raramente in grado di ristabilire l’originario impianto garantista. Altre volte, tali interventi si sono limitati a ribadire indirizzi già esistenti, nel tentativo — spesso infruttuoso — di orientare la prassi degli operatori verso una maggiore conformità ai principi costituzionali¹⁹⁸.

Occorre dunque interrogarsi su quale debba essere l’orizzonte teorico cui il legislatore e l’interprete devono tendere, al fine di evitare che la fisiologica flessibilità della procedura penale si traduca in una deriva formalistica o in un arretramento delle garanzie¹⁹⁹. In questa direzione si inserisce anche la riflessione di Paolo Grossi, Presidente della Corte costituzionale, che già vent’anni fa auspicava un superamento della mera «legalità formale» a favore di una concezione più evoluta di legalità, capace di cogliere la complementarità tra legalità *codicistica* e legalità *costituzionale*. Quest’ultima, secondo Grossi, dovrebbe riflettere i valori fondamentali della società contemporanea, configurandosi come espressione viva del diritto in senso sostanziale²⁰⁰.

¹⁹⁷ NAPPI, *Oscillazione e punti fermi nel regime delle misure cautelari personali*, in AA.VV., *Il rito accusatorio a vent’anni dalla grande riforma*, a cura di de Maglie e Seminara, Giuffrè, 2012, p. 14.

¹⁹⁸ 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*, in *Rev. bras. dir. proc. pen.*, Sep-Dec 2021, disponibile su: <https://www.scielo.br/j/rbdpp/a/38Kd7FMPvR76qWTGxqbym6D>

¹⁹⁹ DANIELE, *Il diritto alla libertà personale e le manipolazioni dell’habeas corpus*, in AA.VV., *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo*, a cura di Negri e Zilletti, Padova, 2020, p. 229; Id., *Habeas corpus. Manipolazioni di una garanzia*, Torino, 2017.

²⁰⁰ GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, p. 80.

In tal senso, si rende auspicabile l'adozione, da parte del legislatore, di interventi normativi maggiormente orientati a valorizzare l'integrazione tra legalità codicistica e legalità costituzionale, affinché i principi sanciti dalla Carta fondamentale non siano relegati al rango di enunciazioni astratte, ma fungano da effettive direttive sostanziali dell'attività normativa. È proprio nella prospettiva di questo necessario raccordo tra livello costituzionale e livello codicistico che si colloca la scelta metodologica adottata nel presente lavoro: analizzare in via preliminare i principi costituzionali rilevanti in materia cautelare, al fine di fornire un quadro assiologico di riferimento all'interno del quale leggere criticamente la disciplina processuale vigente. Tale approccio si rivela altresì indispensabile per comprendere appieno la *ratio* sottesa alla recente riforma c.d. *Nordio* e per metterne in luce, oltre agli intenti dichiarati, anche le eventuali criticità e disallineamenti rispetto all'impianto garantista delineato dalla Costituzione.

1.1. L'inviolabilità della libertà personale.

La libertà personale, quale espressione primaria dell'integrità psicofisica dell'individuo, si configura come diritto preminente, logicamente e ontologicamente antecedente rispetto a ogni altra libertà, delle quali costituisce il presupposto necessario per la concreta esplicazione²⁰¹.

L'articolo 13 della Costituzione rappresenta la «radice politico-costituzionale della procedura penale italiana»²⁰². Ripudiata «la logica dell'inquisizione, che vedeva nell'imputato un nemico da schiacciare a tutti i costi»²⁰³, si è affermata progressivamente l'idea che la libertà personale dev'essere limitata il meno possibile, «ossia nella misura strettamente necessaria perché la giustizia non sia defraudata nei suoi legittimi intenti»²⁰⁴. L'imputato, in questa nuova prospettiva, non è più considerato meramente oggetto del processo, ma gli viene riconosciuta la dignità di soggetto, partecipe e protagonista del procedimento penale che lo riguarda²⁰⁵.

In tale contesto, viene meno la concezione tradizionale di impronta inquisitoria, che per secoli aveva giustificato la limitazione della libertà dell'imputato (soprattutto mediante la detenzione preventiva)

²⁰¹ GREVI, voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, 1974, p. 316

²⁰² ORLANDI, *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in *Criminalia*, 2006, p. 294.

²⁰³ ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, pp. 919 e 961.

²⁰⁴ MORTARA, *Discorso al Senato (5 marzo 1912)*, in MORTARA, STOPPATO, VACCA, SETTI, DE NOTARISTEFANI, LONGHI (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, vol. III, Torino, 1913, p. 153

²⁰⁵ CALLARI, *Il periculum libertatis costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi?*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 12 novembre 2012, disponibile su: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/1851>.

come presupposto necessario al regolare svolgimento del processo e al raggiungimento della verità processuale.

Come pilastro fondamentale dell'ordinamento contemporaneo, il primo comma dell'articolo 13 introduce il principio dell'inviolabilità della libertà personale. Tale concetto richiama il valore generale sancito dall'articolo 2 della Costituzione, evidenziando come la tutela della libertà personale costituisca un presidio essenziale della nostra forma di Stato.

In questa prospettiva, la libertà personale è assolutamente indisponibile²⁰⁶, intrasferibile, irrinunciabile e imprescrittibile²⁰⁷. La Corte costituzionale ha più volte ribadito questi principi, affermando che «la comune qualità di ‘parti private’ ovvero di ‘imputati’ nel processo penale non può cancellare il tratto distintivo costituito dallo stato di libertà o di detenzione, considerato che la privazione della libertà personale, quand’anche necessaria nei modi e nei casi previsti dalla legge, deve essere contenuta nei limiti minimi indispensabili per non compromettere questo fondamentale bene dell’uomo»²⁰⁸.

Nonostante la libertà personale sia riconosciuta come diritto inviolabile nelle principali costituzioni e nei documenti internazionali sui diritti umani, essa può essere oggetto di limitazioni laddove specifiche esigenze di giustizia lo richiedano²⁰⁹. In particolare, essa può essere temporaneamente sacrificata per evitare un danno giuridico che deriverebbe dal ritardo nell’adozione di un provvedimento giurisdizionale definitivo²¹⁰. La durata del processo non dovrebbe tradursi in un pregiudizio per la parte sostanzialmente nel giusto, la cui posizione giuridica meritevole di tutela rischierebbe altrimenti di essere vanificata dall’inerzia o dalla lentezza dell’accertamento.

In tale prospettiva, il comma 2 prevede una triplice garanzia a favore delle limitazioni della libertà personale, prevedendo una riserva assoluta di legge, una riserva di giurisdizione e un obbligo di motivazione del provvedimento limitativo. In materia cautelare, come vedremo, tali garanzie trovano un riscontro codicistico pratico negli articoli 272 e ss. del codice di procedura penale.

²⁰⁶ LOZZI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I riti differenziati nel nuovo processo penale*, Giuffrè, 1990, p. 53.

²⁰⁷ PACE, voce *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, 1974, pp. 303, 308; FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella storia del diritto*, in AA.VV., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Vitale, Laterza, 2001, p. 123 ss.

²⁰⁸ C. cost., 3 marzo 1982, n. 53.

²⁰⁹ Sui rapporti tra presunzione di non colpevolezza e restrizione della libertà dell’imputato, Cfr. GREVI, *Libertà personale dell’imputato e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 36 s.

²¹⁰ Cfr. ANDRIOLI, *Sull’«Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari» di Piero Calamandrei*, in *Foro it.*, maggio 2009, vol. 132, p. 206; in tal senso BRESCIANI, *Libertà personale dell’imputato*, in *Enc. giur. Treccani – Diritto*, 1993, p. 446, secondo la quale la limitazione fisica della libertà personale può essere giustificata esclusivamente in funzione delle necessità di un procedimento penale in atto.

La riserva di legge ha un indubbio rilievo politico, in quanto garantisce che l'unica fonte legittimata a incidere sulla libertà personale sia la legge, quale diretta espressione della sovranità popolare, esercitata dai rappresentanti dell'intera collettività nazionale nell'ambito del processo democratico²¹¹. Inoltre, nel prescrivere che «i casi e i modi» delle limitazioni della libertà personale siano stabiliti dalla legge, la Costituzione non si limita a sancire una riserva di legge formale, ma richiede un elevato grado di determinatezza normativa, al fine di circoscrivere con precisione la discrezionalità degli operatori giuridici²¹².

La concreta espressione di tale riserva si rinviene nell'art. 272 c.p.p., il quale stabilisce che le libertà della persona possono essere limitate soltanto nei limiti e secondo le modalità stabilite dal Titolo I del Libro IV del codice di rito²¹³. Tale disposizione sancisce il principio di tassatività, imponendo che ogni misura restrittiva sia espressamente prevista dalla legge²¹⁴. L'introduzione di finalità esplicite e tassative per le misure cautelari ha segnato il definitivo superamento della logica presuntiva del passato, imponendo una verifica puntuale delle esigenze cautelari nel caso concreto e introducendo criteri di adeguatezza, gradualità e proporzionalità come imprescindibili parametri di legittimità²¹⁵.

Strettamente connessa alla riserva di legge è la riserva di giurisdizione, la quale garantisce che l'adozione, la modifica e la revoca di provvedimenti cautelari siano di esclusiva competenza del giudice, preservando la terzietà e l'imparzialità dell'organo giudicante. Il pubblico ministero, al contrario, conserva esclusivamente un ruolo propulsivo, potendo proporre la richiesta di applicazione della misura.

Parte della dottrina ha evidenziato come la disciplina codicistica delle misure cautelari personali presenti un assetto ancor più garantista rispetto a quello delineato dalla stessa Carta costituzionale. In effetti, mentre la Costituzione si limita a fare riferimento all'«autorità giudiziaria», l'art. 279 c.p.p. – significativamente intitolato «Giudice competente» – chiarisce in modo esplicito la volontà del

²¹¹ CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 99.

²¹² CHIAVARIO, *Processo e garanzia della persona*, Giuffrè, 1984, p. 313.

²¹³ L'impiego del plurale «libertà» suggerisce un ambito di riferimento più ampio rispetto alla sola libertà fisica. Il legislatore processuale prende infatti in considerazione una varietà di situazioni giuridiche soggettive che possono essere limitate dalle misure cautelari, comprendendo non solo la libertà personale in senso stretto, ma anche altre libertà, come quella di circolazione, di comunicazione e di autodeterminazione. Tale scelta lessicale risponde all'esigenza di salvaguardare l'integrità complessiva della persona. In proposito, CHIAVARIO osserva — nel suo *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1989, pp. 25-26 — che l'uso generico dell'espressione contenuta nell'art. 272 c.p.p. comprende anche misure interdittive e coercitive che non si collegano necessariamente alla sola libertà fisica.

²¹⁴ Cfr. nota 21

²¹⁵ 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*, in *Rev. bras. dir. proc. pen.*, Sep-Dec 2021, disponibile su: <https://www.scielo.br/j/rbdpp/a/38Kd7FMpvR76qWTGxqbym6D>.

legislatore ordinario di riservare il potere di disporre misure limitative della libertà personale, anteriormente alla sentenza definitiva, esclusivamente all'autorità giurisdizionale. Al contrario, l'interpretazione del dettato costituzionale – secondo il medesimo orientamento dottrinale – può estendersi tanto alla magistratura giudicante quanto a quella inquirente, riconoscendo così anche al pubblico ministero la legittimazione all'esercizio di poteri incidenti sulla libertà personale. Tale orientamento trova riscontro sia nella giurisprudenza della Corte costituzionale, sia nelle scelte operate dal legislatore, come emerge, ad esempio, dalla disciplina che attribuisce al pubblico ministero facoltà di disporre perquisizioni e ispezioni nel corso delle indagini preliminari²¹⁶.

In contrapposizione, un ulteriore indirizzo interpretativo²¹⁷, riconosce invece nella stessa Costituzione una riserva di giurisdizione in senso proprio, ritenendo che il termine “autorità giudiziaria” di cui all'art. 13 Cost. debba essere inteso in senso restrittivo, riferito cioè esclusivamente al giudice. In quest'ottica, la disposizione codicistica contenuta nell'art. 279 c.p.p. assumerebbe il significato di un'interpretazione autentica del dettato costituzionale, confermando che il potere cautelare spetta alla sola autorità giurisdizionale, mentre al pubblico ministero competerebbe unicamente un ruolo propulsivo o di impulso procedimentale²¹⁸.

Tale lettura trova ulteriore fondamento in una considerazione sistematica delle garanzie costituzionali, in particolare alla luce del settimo comma dell'art. 111 Cost., che assicura la possibilità di ricorrere in Cassazione contro tutti i provvedimenti restrittivi della libertà personale adottati da organi giurisdizionali. Il fatto che tale rimedio sia previsto esclusivamente rispetto ai provvedimenti emessi dal giudice sembrerebbe implicare, sul piano logico e testuale, che solo quest'ultimo sia legittimato a pronunciarsi sulla libertà personale, con esclusione dell'autorità requirente. Una simile impostazione risulta, peraltro, coerente con l'orientamento consolidato della Corte europea dei diritti dell'uomo, che esige il controllo giurisdizionale effettivo su ogni limitazione della libertà personale.

In definitiva, l'art. 13 Cost. richiede, in modo inequivoco, che l'autorità chiamata a disporre una misura privativa della libertà sia caratterizzata da indipendenza rispetto al potere esecutivo, che l'applicazione di tali misure non avvenga secondo automatismi, e che ogni decisione venga assunta previa valutazione concreta del singolo caso. Inoltre, a seguito della revisione dell'art. 111 Cost., la riserva di giurisdizione si è arricchita di ulteriori connotazioni sostanziali, imponendo sia un

²¹⁶ Cfr. DI BITONTO, Fondamenti di procedura penale, op. cit., p. 99

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2001, pp. 298-299.

rafforzamento delle garanzie difensive connesse all'adozione delle misure cautelari, sia una più effettiva realizzazione del principio del contraddittorio nella fase di adozione dei provvedimenti limitativi della libertà²¹⁹.

Per quanto riguarda, invece, l'obbligo di motivazione, quest'ultimo rappresenta una fondamentale tutela a favore dell'imputato, nella misura in cui la formulazione delle motivazioni in ordine agli elementi fattuali e giuridici che sorreggono l'adozione di una misura coercitiva personale ha la funzione di rendere possibile un controllo giurisdizionale effettivo sul provvedimento stesso, in conformità a quanto previsto dall'art. 111, comma 7, Cost.

Inoltre, la motivazione del provvedimento coercitivo costituisce anche uno strumento essenziale per consentire il controllo da parte dell'opinione pubblica sull'operato del giudice, il quale, in quanto titolare della funzione giurisdizionale, è chiamato ad amministrare la giustizia in nome del popolo, ai sensi dell'art. 101, comma 1, Cost.

Occorre evidenziare come la Costituzione consenta il ricorso alla custodia cautelare in carcere subordinandone tuttavia la legittimità alla previsione legislativa di limiti massimi di durata, come stabilito dall'art. 13, ultimo comma, Cost.

Tale previsione si collega al fondamentale principio di presunzione di non colpevolezza (art.27 c.2), che, come vedremo, implica un necessario trattamento differenziato dell'imputato rispetto al condannato. Già Carrara, nel suo *Programma*²²⁰, evidenziava come la custodia cautelare – all'epoca «carcerazione preventiva» – se valutata in funzione delle esigenze processuali, «non potrebbe essere che brevissima: tanto quanta necessaria per interrogare l'imputato, ed avere dalla sua viva voce tutti quegli schiarimenti che la istruzione può desiderare». Ogni ulteriore protrazione della privazione della libertà perderebbe giustificazione logica e giuridica, «perché pecca di petizione di principio». Anche la Corte costituzionale²²¹ — in «un precedente con il quale occorre ancora misurarsi»²²² — ha affermato che, in linea generale, la custodia cautelare deve essere regolata in modo tale da non ledere «una delle fondamentali garanzie della libertà del cittadino», ossia la presunzione di innocenza dell'imputato. Ne consegue inevitabilmente che «la detenzione preventiva in nessun caso possa avere la funzione di anticipare la pena da infliggersi solo dopo l'accertamento della colpevolezza». Essa,

²¹⁹ SIRACUSANO, *Introduzione*, in AA. VV. *Il giusto processo*, Giuffrè, 1988, p.29; CHIAVARIO, *Il diritto al contraddittorio nell'articolo 111 Cost. e nell'attuazione legislativa*, in AA. VV., *Il contraddittorio tra costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, 2002, p.25; MOLARI, *Introduzione*, ivi, p. 137 ss.

²²⁰ CARRARA, *Programma di diritto criminale*, Parte generale, § 897.

²²¹ C. cost., 4 maggio 1970, n. 64, in *Giur. cost.*, 1970, p. 663.

²²² ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale. I cinquant'anni della Corte costituzionale*, a cura di CONSO, Napoli, 2007, p. 393.

pertanto, può essere disposta esclusivamente per soddisfare esigenze cautelari o esigenze strettamente collegate al regolare svolgimento del processo»²²³.

Tale impostazione, che sancisce una netta separazione strutturale e funzionale tra la misura cautelare e la pena, impone una concezione della custodia cautelare in carcere come *extrema ratio*, la cui applicazione è subordinata alla sussistenza di rigorosi presupposti. Ne deriva altresì la necessità di garantire, per l'imputato sottoposto a tale misura, un regime detentivo differente rispetto a quello riservato ai condannati²²⁴.

In quest'ottica, i principi di idoneità e proporzionalità, sanciti dall'art. 275, commi 1 e 2, c.p.p., assumono un ruolo fondamentale nel limitare l'incidenza delle misure privative della libertà personale. Da un lato, tali criteri favoriscono il ricorso a una varietà di misure cautelari alternative alla detenzione carceraria — che, come affermato, deve rappresentare l'ultima forma di «autotutela» dell'ordinamento²²⁵, dall'altro, impongono il superamento di ogni automatismo che conduca, in maniera obbligata, alla disposizione o alla prosecuzione della custodia cautelare in carcere sulla sola base della natura del reato contestato.

In alcune circostanze, tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ha ammesso specifiche deroghe motivate da esigenze superiori di sicurezza e di tutela dell'ordine pubblico. Tali interventi, spesso legati a contesti straordinari come il contrasto al terrorismo e ai fenomeni eversivi, sono stati ritenuti compatibili con il dettato costituzionale solo a condizione che il loro carattere eccezionale e temporaneo fosse effettivamente rispettato, pena il venir meno della loro legittimità²²⁶.

Per concludere, la disciplina costituzionale ha determinato una radicale inversione dei valori rispetto all'impostazione del legislatore del 1930, «ripudiando quella tendenziale subordinazione della libertà personale agli interessi dello Stato che la dottrina fascista aveva enfatizzato»²²⁷. In questo nuovo assetto, la libertà personale assume una posizione di preminente tutela, potendo subire limitazioni solo nei limiti strettamente necessari all'accertamento dei fatti e, se del caso, all'attuazione della pena²²⁸.

²²³ CALLARI, *Il periculum libertatis costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi?*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 12 novembre 2012, disponibile su: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/1851>.

²²⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, sent. 8 marzo 2018, *Pouliou c. Grecia*, § 28; sent. 27 novembre 2014, *Koutalidis c. Grecia*, § 40; sent. 2 luglio 2009, *Vafiadis c. Grecia*, § 50; sent. 8 novembre 2007, *Lelièvre c. Belgio*, § 97.

²²⁵ C. cost., 24 ottobre 1995, n. 450.

²²⁶ C. cost., 9 gennaio 1980, n. 1; C. cost., 15 gennaio 1982, n. 15.

²²⁷ GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 2.

²²⁸ MICELI, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, 1913, p. 965..

La coercizione personale è dunque ammissibile esclusivamente quando risponda a esigenze processuali inderogabili, essendo riconosciuta come una misura intrinsecamente gravosa, che può definirsi una «ingiustizia necessaria»²²⁹. Qualora venisse mantenuta al di fuori di tali presupposti, essa si trasformerebbe in un abuso del potere punitivo, configurando una forma inaccettabile di arbitrio, «un atto di vera tirannide»²³⁰.

1.2. La presunzione di innocenza e le esigenze cautelari.

Non vi è dubbio che la presunzione di innocenza costituisca il principio cardine del processo penale contemporaneo, nonché un elemento fondante e condiviso del patrimonio giuridico universale²³¹. Essa esprime valori politici²³², ideologici²³³ e morali²³⁴ che accomunano le differenti tradizioni giuridiche, integrando sia i sistemi di tradizione continentale sia quelli di matrice anglosassone. In tale prospettiva la presunzione di innocenza, intesa quale «principio fondamentale di civiltà e di giustizia»²³⁵ vieta di considerare colpevole l'imputato prima della condanna definitiva. Essa costituisce fondamento assiologico irrinunciabile di ogni ordinamento processuale orientato alla tutela dei diritti individuali²³⁶.

La presunzione di non colpevolezza si configura come una conquista ideologica fortemente garantista propria del modello accusatorio. Al contrario, nel sistema inquisitorio, dominato da «una generale concezione pessimistica della natura umana», il soggetto sottoposto a giudizio è «presunto reo»²³⁷ e gravato dell'onere di dimostrare la propria innocenza. In tale contesto, la ricerca della «verità di Stato» prevale sulla salvaguardia della libertà personale, sacrificata a favore di esigenze autoritative. Nei modelli processuali accusatori, si afferma invece il principio inverso, secondo cui ogni individuo è considerato innocente sino a prova contraria²³⁸, secondo un'impostazione ispirata ai valori

²²⁹ CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, Lucca, 1874, p. 300 ss.; LUCCCHINI, *Il carcere preventivo*, Venezia, 1872, p. 20.

²³⁰ CARRARA, *Immoralità*, cit., p. 300.

²³¹ VIGONI, *La fisionomia tridimensionale della presunzione d'innocenza: profili di sviluppo della disciplina codicistica*, in *Proc. pen. e giust.*, n. 1, 2023, p. 229.

²³² Nel duplice significato individuato PISANI, *Sulla presunzione di non colpevolezza*, in *Introduzione al processo penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 44, ove la presunzione di innocenza si configura «non solo come una presunzione politica, poiché deriva direttamente da una determinata organizzazione politica della società», ma anche «come presidio specifico della libertà dell'imputato rispetto all'interesse collettivo alla corretta repressione penale».

²³³ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli, 1979, p. 13 ss.; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, II ed., Torino, Giappichelli, 2009, p. 8

²³⁴ NOBILI, *Spunti per un dibattito sull'articolo 27 comma 2º della Costituzione*, in *Il Tommaso Natale. Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, vol. II, 1978, pp. 831 e 844

²³⁵ C. cost., 12 maggio 1959, n. 33.

²³⁶ CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 132.

²³⁷ MOSCARINI – DI BITONTO, *Introduzione*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 9

²³⁸ *Ibid.*

dell'illuminismo, in reazione alle derive inquisitorie. In tal senso, già Beccaria affermava che «la privazione della libertà essendo una pena, essa non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede», aggiungendo altresì che «questa custodia essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa»²³⁹.

Sotto il profilo contenutistico, l'articolo 27 comma 2 Cost. adotta una formulazione negativa – «l'imputato non è considerato colpevole» – in luogo della tradizionale formulazione positiva secondo cui l'imputato è «presunto innocente». Sebbene, sul piano semantico, non sembri sussistere una differenza sostanziale tra i concetti di non colpevolezza e di innocenza, parte della dottrina ha attribuito alla perifrasi negativa un valore attenuativo, ritenendo che essa possa riflettere una minore forza precettiva della presunzione, con potenziali ricadute anche sul piano applicativo²⁴⁰.

La presunzione di innocenza si configura come una garanzia a carattere plurifunzionale²⁴¹, esplicando al contempo una funzione di regola di trattamento e una funzione di regola di giudizio. Sotto il primo profilo, essa tutela la posizione dell'indagato o dell'imputato, sia nel procedimento principale che nei procedimenti incidentali *de libertate*, impedendo che questi venga considerato, trattato o rappresentato come colpevole prima di una condanna definitiva, con la conseguente preclusione di ogni forma di equiparazione sostanziale al condannato. In questa prospettiva, le misure cautelari devono presentare «connotazioni nettamente differenziate rispetto alla pena»²⁴² devono fondarsi su giustificazioni diverse da quelle che legittimano la sanzione definitiva.²⁴³ Rilevanti innovazioni normative si registrano in seguito al recepimento della direttiva (UE) 2016/343 mediante il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188. In particolare, l'art. 4 vieta la presentazione di indagati o imputati come colpevoli in decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza, imponendo l'adozione di misure adeguate in caso di violazione; l'art. 5 estende tale divieto anche alla rappresentazione in tribunale o in pubblico mediante misure coercitive di natura fisica, salvo che esse siano giustificate da esigenze di sicurezza.

²³⁹ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di VENTURI, Torino, 1965, XXIX, p. 70

²⁴⁰ ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991.

²⁴¹ CAMON, *Fondamenti di procedura penale*, op. cit., p. 133.

²⁴² C. cost., 21 luglio 2010, n. 265.

²⁴³ Secondo quanto affermato da NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 10; ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, Torino, Giappichelli, p. 36, il principio per cui l'imputato non deve essere trattato alla stregua di un colpevole non è smentito dalla previsione della custodia cautelare; anzi, proprio in presenza di questa misura il principio acquista un rilievo ancora maggiore. Affinché le limitazioni alla libertà personale durante il processo risultino compatibili con la presunzione di innocenza, esse devono mantenersi distinte dalla pena, pur presentando caratteristiche che possono ricordarla. Illuminati sottolinea inoltre che la presunzione non deriva dal semplice fatto dell'imputazione, bensì costituisce un principio formale che conserva validità anche laddove l'imputazione lasci presumere una probabile colpevolezza.

In quanto regola di giudizio, la presunzione di innocenza attribuisce l'onere della prova esclusivamente all'accusa, conformemente al principio *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Ne discende, in favore dell'imputato, l'assenza di un obbligo di collaborazione attiva, che trova espressione nei diritti al silenzio e a non autoincriminarsi²⁴⁴.

Correlato a tale aspetto, la presunzione si traduce infine nel brocardo *in dubio pro reo*, che impone l'assoluzione in presenza di un ragionevole dubbio, subordinando la condanna alla prova della colpevolezza «al di là di ogni ragionevole dubbio».

Il processo penale moderno attua il potere punitivo soltanto come conseguenza del giudizio (definitivo) sulla responsabilità penale dell'imputato²⁴⁵. Ciò implica che l'imputato dovrà essere considerato innocente dalla formale acquisizione di una notizia di reato, dunque l'avvio del procedimento penale, fino all'eventuale passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

Inoltre, la presunzione di non colpevolezza costituisce, al contempo, limite e fondamento legittimante del sistema delle misure cautelari personali. Appare infatti difficile conciliare il divieto di equiparare l'imputato al colpevole fino a condanna definitiva con le valutazioni processuali necessarie per l'applicazione di una misura cautelare nei suoi confronti. Da un lato, le misure cautelari introducono un limite funzionale alla presunzione d'innocenza, consentendo la compressione della libertà individuale in presenza di gravi indizi di colpevolezza; dall'altro, è lo stesso art. 27, comma 2, Cost. a offrire al legislatore i parametri entro cui tale deroga può ritenersi ammissibile, imponendo limiti stringenti quanto alla durata, alla tipologia e ai presupposti applicativi delle misure²⁴⁶.

Com'è noto, di fronte alla molteplicità di possibili giustificazioni astratte per la restrizione della libertà personale dell'imputato in attesa di giudizio, non è possibile individuare un criterio sistematico di legittimazione facendo esclusivo riferimento all'art. 13 Cost., atteso il famigerato «vuoto dei fini»²⁴⁷ di tale disposizione. Le garanzie formali ivi previste — riserva di legge e riserva di giurisdizione — sebbene rivestano un ruolo significativo, soprattutto quale reazione alle torsioni del principio di legalità verificatesi nel periodo fascista, non sono tuttavia idonee, da sole, a garantire un utilizzo corretto del potere restrittivo, poiché nulla dicono circa il contenuto e le finalità delle norme limitative.

²⁴⁴ Cfr. anche art. 7 direttiva (UE) 2016/343

²⁴⁵ VASSALLI, *Potestà punitiva*, Torino, Utet, 1942, p. 807

²⁴⁶ CALLARI, *Il periculum libertatis costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi?*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 12 novembre 2012, disponibile su: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/1851>.

²⁴⁷ GREVI, *Liberità personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 36; ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 951.

Tuttavia, è nel combinato disposto tra l'art. 13 e l'art. 27, comma 2, Cost., che si rinviene un criterio interpretativo orientato a una lettura sistematica e coerente, secondo un «disegno programmatico ispirato a coerenza»²⁴⁸, capace di fondare una regola di bilanciamento tra tutela della libertà personale e necessità processuali. In tale ottica, la presunzione di non colpevolezza assume la funzione di limite teleologico all'adozione di misure cautelari personali, nel senso che non può ritenersi costituzionalmente legittimo comprimere la libertà dell'imputato per finalità che presuppongano, anche implicitamente, una colpevolezza già accertata²⁴⁹.

D'altro canto, pur potendosi, in larga misura, colmare il «vuoto dei fini» insito nell'art. 13 Cost. attraverso un'interpretazione sistematica con l'art. 27, comma 2, la Costituzione non fissa positivamente le finalità delle restrizioni della libertà personale. Invero, l'art. 27, comma 2, Cost. si configura come limite di natura essenzialmente «negativa», incapace, da sola, di orientare in senso compiuto le valutazioni discrezionali del giudice²⁵⁰.

Proprio alla luce di queste coordinate costituzionali si giustifica l'impianto dell'art. 274 c.p.p., che individua «positivamente» i presupposti per la compressione della libertà personale, subordinandola non solo alla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, ma anche all'esistenza di specifiche esigenze cautelari. Queste ultime sono finalizzate a tutelare il corretto svolgimento del procedimento penale — prevenendo condotte ostruzionistiche dell'imputato — o a salvaguardare la collettività da pericoli attuali connessi alla reiterazione di reati²⁵¹.

1.3. Giusto processo e il contraddittorio tra le parti.

L'articolo 111 della Costituzione, la cui portata interpretativa deve includere anche il procedimento incidentale *de libertate*, regola il giusto processo. Nell'ambito dell'ordinamento italiano, tale principio è strettamente connesso al diritto al contraddittorio, esplicitamente sancito dal secondo comma dello stesso articolo. Il contraddittorio rappresenta una modalità dialettica di confronto tra le parti, le quali, pienamente informate dell'oggetto della controversia, hanno la facoltà di presentare le proprie argomentazioni e di controbattere a quelle della parte avversa, al fine di persuadere un giudice terzo ed imparziale chiamato a decidere la controversia²⁵².

²⁴⁸ PISANI, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in *Il dir. pen.*, 1970, p. 189.

²⁴⁹ CALLARI, *Il periculum libertatis costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi?* op. cit.

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, op. cit., p. 944

²⁵² GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del) – II* *Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Agg., Roma, 2001, p. 1.

Affermare che il contraddittorio costituisce, tanto sul piano storico quanto in quello attuale, un nodo centrale nella riflessione sul processo penale — sia in termini evolutivi che strutturali²⁵³ — non rappresenta certamente una novità²⁵⁴.

In realtà, la previsione espressa del contraddittorio è stata inserita nel testo costituzionale solo con la legge costituzionale del 23 novembre 1999. Tuttavia, anche in epoca antecedente, tale principio veniva desunto in via interpretativa attraverso una lettura sistematica dell'articolo 24 della Costituzione, che riconosceva nel contraddittorio uno strumento essenziale per l'effettivo esercizio del diritto di difesa²⁵⁵. Tale lettura ha contribuito a una progressiva «bonifica» del processo penale dalle caratteristiche autoritarie di stampo inquisitore previste nel codice del 1930²⁵⁶.

Il principio del contraddittorio non può essere ridotto alla sola funzione di garanzia individuale a tutela del diritto di difesa, ma deve essere inteso come uno dei pilastri strutturali del processo. In quest'ottica, esso si fonda su due presupposti principali²⁵⁷. Il primo è di natura etico-politica: il contraddittorio riflette infatti l'impostazione pluralista propria degli ordinamenti liberaldemocratici, i quali valorizzano la dialettica pubblica e il confronto tra opinioni diverse. All'opposto, i regimi autoritari tendono a sottrarre alla discussione pubblica e trasparente le verità imposte, sulle quali fondano la propria legittimazione²⁵⁸.

Il secondo fondamento, strettamente connesso al primo ma afferente all'ambito epistemologico, concerne il rapporto tra il contraddittorio e la formazione della prova. In tale prospettiva, si riconosce che la decisione giudiziale sui fatti controversi acquisisce maggiore solidità e attendibilità quando deriva da un confronto effettivo tra le parti, che espongono tesi contrapposte e ne sostengono la rilevanza probatoria²⁵⁹.

In aggiunta, la previsione costituzionale secondo cui il contraddittorio deve svolgersi «davanti al giudice» evidenzia la preferenza per una dialettica processuale che si realizzi contestualmente, nell'unità di tempo e di luogo dell'udienza.

²⁵³ Ibidem.

²⁵⁴ NEGRI – ORLANDI, *Peripezie del contraddittorio: dalla caduta fragorosa al muto declino*, in NEGRI – ORLANDI (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. VII-XI.

²⁵⁵ CAVALLARI, voce *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Giuffrè, 1961, p. 730.

²⁵⁶ SPANGHER, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, in NEGRI – ORLANDI (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 27 ss..

²⁵⁷ A. CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, op. cit., p. 156.

²⁵⁸ CALAMANDREI, *Processo e democrazia (1954)*, in *Opere giuridiche*, a cura di CAPPELLETTI, vol. I, Napoli, Morano, 1965, p. 682.

²⁵⁹ CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, op. cit., p. 157.

Il modello processuale delineato dalla Costituzione richiede che il contraddittorio preceda la decisione giudiziale, sancendo così il divieto di concludere un processo *inaudita altera parte*. La riformulazione dell'articolo 111, comma 2, della Carta fondamentale ha consacrato in via testuale la necessità di un contraddittorio «argomentativo», privo, almeno in apparenza, di eccezioni: l'enunciato normativo – «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti» – sembrava suggerire l'irrinunciabilità di un confronto dialettico previo rispetto a qualsiasi determinazione giudiziale²⁶⁰. Alla luce di tale riformulazione è stata sollevata la questione della compatibilità costituzionale del procedimento cautelare, che prevede l'adozione di misure restrittive della libertà personale in assenza di un contraddittorio preventivo. In particolare, è stata oggetto di approfondimento la coerenza di modelli procedurali che non contemplano l'ascolto preventivo dell'indagato, ammettendo invece un intervento difensivo in una fase successiva all'adozione del provvedimento.

Nel nostro ordinamento, ha prevalso l'impostazione secondo cui l'ordinario esercizio del potere coercitivo da parte del giudice penale può avvenire anche secondo modalità tali da preservare l'efficacia della misura, evitando che essa venga vanificata dalla prevedibilità della sua adozione²⁶¹. A tal proposito, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 63 del 1996, ha dichiarato infondata la questione relativa all'assenza del difensore in sede cautelare, richiamando espressamente l'esigenza di salvaguardare l'elemento sorpresa quale presupposto di efficacia della misura. Pur ribadendo la centralità del diritto di difesa ex art. 24 Cost., la Corte ha riconosciuto che in determinati contesti le relative garanzie possono essere differite, purché non del tutto eluse. In effetti, nell'ambito delle misure cautelari, la modulazione del contraddittorio – nei suoi tempi e contenuti – è rimessa alla discrezionalità del legislatore, il quale non è costituzionalmente vincolato a conformare il procedimento incidentale agli schemi del giudizio di merito²⁶².

In virtù di tale impostazione, il contraddittorio nel procedimento cautelare penale si realizza in forma successiva attraverso due momenti distinti: l'interrogatorio di garanzia, che costituisce una fase

²⁶⁰ 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*, in *Rev. bras. dir. proc. pen.*, Sep-Dec 2021, disponibile su: <https://www.scielo.br/i/rbddd>.

²⁶¹ Va ricordato che fin dai primi anni di applicazione della Costituzione repubblicana la dottrina manifestò posizioni differenti, in un contesto in cui l'elaborazione scientifica era principalmente rivolta a fornire indicazioni utili al legislatore per una revisione della normativa processuale penale, ancora fortemente segnata dall'impostazione del precedente regime. In particolare, si è espresso a favore della necessità di un pieno contraddittorio prima dell'adozione del provvedimento che dispone la carcerazione preventiva. Cfr. PISAPIA, *Orientamenti per la riforma della custodia preventiva nel processo penale*, in AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, 1965, p. 99 ss.

²⁶² Corte Costituzionale, ordinanza 12-27 luglio 2001, n. 321, in www.cortecostituzionale.it.

obbligatoria di competenza giudiziale, e il riesame, rimesso all'iniziativa della parte interessata e quindi di natura eventuale.

Anche a livello sovranazionale, in particolare nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, pur in un contesto che manifesta una chiara vocazione garantista e che privilegia l'effettività del diritto di difesa, la giurisprudenza della Corte EDU non impone la necessaria previsione di un contraddittorio in fase anteriore alla decisione cautelare. Non emergono, infatti, indicazioni univoche che elevino il contraddittorio preventivo a requisito essenziale delle garanzie procedurali riconosciute a livello sovranazionale. Ciò che viene ribadito con coerenza, piuttosto, è il principio secondo cui alcune garanzie difensive – quali il diritto di essere ascoltati, di accedere agli atti e di impugnare le decisioni – devono comunque essere assicurate, anche in sede di eventuale revisione o impugnazione, al fine di non pregiudicare il nucleo essenziale del diritto di difesa²⁶³.

Sebbene la dottrina e la giurisprudenza abbiano, in linea generale, fornito una risposta affermativa circa la legittimità dell'attuale assetto del procedimento cautelare, ciò non ha precluso una riflessione critica sulle modalità attraverso cui il destinatario della misura possa disporre di strumenti difensivi più efficaci rispetto a quelli previsti dal modello tradizionale²⁶⁴. In tale contesto, ha ripreso vigore un dibattito già avviato da tempo tra studiosi e operatori del diritto in merito alla possibile introduzione di un sistema basato sul contraddittorio “anticipato”, ispirato al *débat contradictoire* dell'ordinamento francese²⁶⁵.

Se si assume che il contraddittorio tra parti poste su un piano di effettiva parità rappresenti l'essenza stessa della funzione giurisdizionale, risulta difficile giustificare la sua esclusione proprio nell'ambito delle misure restrittive della libertà personale, dove la riserva di giurisdizione costituisce una delle garanzie costituzionali più significative²⁶⁶. È giusta o, meglio, non ingiusta, la soluzione della controversia solo in quanto fondata sull'effettivo svolgimento di un confronto dialettico, previamente organizzato e realmente partecipato, che consenta a ciascuna parte di contribuire alla formazione del convincimento del giudice²⁶⁷.

Tale dibattito dottrinale e giurisprudenziale ha recentemente trovato un primo riscontro normativo nella legge 24 maggio 2024, n. 114 (c.d. Riforma Nordio), la quale ha inciso in maniera significativa

²⁶³ GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova, Cedam, 2012, pp. 194 s.

²⁶⁴ MARZADURI, *Commento alla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2*, in *Leg. pen.*, Torino, 2000, p. 767 ss.

²⁶⁵ Per una sintesi del dibattito dottrinale italiano e dei progetti di riforma relativi al tema dell'anticipazione del contraddittorio, si può fare riferimento a GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, op. cit., p. 215 ss.

²⁶⁶ DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e giusto processo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, fasc. 2/3, p. 877.

²⁶⁷ FOIS, *Il modello costituzionale del “giusto processo”*, in *Rass. parl.*, 2000, p. 582 ss.

sull'*iter* applicativo delle misure cautelari personali, introducendo l’istituto dell’interrogatorio anticipato. Tuttavia, come evidenziato dalla Corte di cassazione nella sentenza 5 febbraio 2025, n. 5548, l’introduzione ordinaria del meccanismo dell’interrogatorio preventivo non ha comportato una sua generalizzazione indiscriminata, essendo stata prevista dal legislatore una «assai ampia casistica derogatoria»²⁶⁸. Si procederà, pertanto, all’analisi della disciplina previgente e di quella successiva alla riforma, al fine di mettere in luce i tratti salienti e le principali innovazioni apportate dal nuovo intervento legislativo.

2. Aspetti sostanziali.

Il legislatore dedica l’intero Libro IV del codice di procedura penale alla disciplina delle misure cautelari, regolando sia i presupposti sostanziali che le modalità procedurali connesse all’adozione di un provvedimento limitativo. Tale scelta normativa evidenzia la volontà di predisporre un sistema normativo autonomo e compiuto²⁶⁹, dotato di logiche e finalità proprie, distinte da quelle del giudizio di merito. In quest’ottica, la disciplina cautelare deve essere considerata una materia dotata di autonomia funzionale e strutturale rispetto al procedimento principale²⁷⁰.

L’autonomia del procedimento cautelare, in ogni caso, non implica una separazione netta dallo stesso procedimento principale il quale, seppur indirettamente, fonda le ragioni dell’esistenza stessa del provvedimento cautelare. Pertanto, l’eventuale esito favorevole del giudizio principale comporta effetti riflessi anche sul piano cautelare, determinando il venir meno del titolo legittimante la privazione della libertà personale.

Il quarto libro del codice di procedura penale si apre con l’art.272 c.p.p. che rappresenta una «proiezione a livello di legislazione ordinaria»²⁷¹ della riserva di legge assoluta, sancito dall’art. 13 della Costituzione, in materia di restrizioni alla libertà personale. Tale riflesso codicistico precisa, inoltre, una riserva di legge processuale codificata, prevedendo che «le libertà della persona possono

²⁶⁸ La Corte di cassazione (sent. n. 5548/2025) ha osservato che la recente riforma, pur introducendo come regola generale il modello del contraddittorio anticipato, non ne ha previsto una completa generalizzazione, mantenendo invece un’ampia serie di eccezioni. Questo schema procedimentale è stato esteso a tutti i casi in cui non sia indispensabile l’adozione “a sorpresa” del provvedimento cautelare. Parallelamente alla ridefinizione delle modalità ordinarie del procedimento applicativo, il legislatore ha anche considerato quelle situazioni in cui non risulta possibile un previo confronto con l’indagato.

²⁶⁹ A CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, op. cit., p. 936.

²⁷⁰ Ad esempio, si evidenzia che il contraddittorio è regolato diversamente nel procedimento cautelare rispetto al processo principale, e che, di norma, le impugnazioni in materia cautelare non hanno effetto sospensivo immediato.

²⁷¹ A. CAMON, C. CESARI, M. DANIELE, M. L. DI BITONTO, D. NEGRI, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, 2020, p. 941

essere limitate con misure cautelari *soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo*», definendo così i limiti formali e sostanziali entro cui può legittimamente operare il potere cautelare del giudice.

Le misure cautelari previste dal codice di procedura penale si distinguono in misure cautelari reali, ossia provvedimenti restrittivi della libertà di disporre di qualsiasi bene avente una consistenza patrimoniale, e misure cautelari personali, che incidono sulle molteplici possibilità di estrinsecazione della personalità dell'individuo²⁷². Queste ultime, a seconda del grado di restrizione, si dividono a loro volta in misure coercitive e interdittive.

2.1 Misure cautelari personali coercitive e interdittive.

L'insieme delle misure cautelari personali applicabili all'esito del procedimento cautelare ha conosciuto, nel tempo, un progressivo ampliamento²⁷³, favorito anche da un'evoluzione in senso garantista della normativa, che ha preso avvio con la riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975. Quest'ultima, ispirandosi al principio secondo cui la misura detentiva deve costituire *extrema ratio*, ha introdotto una gamma articolata di misure alternative alla detenzione, in linea con il principio di proporzionalità, divenuto nel frattempo pilastro dell'esecuzione penale nell'ambito europeo, anche grazie all'influenza della dottrina e giurisprudenza tedesche²⁷⁴.

Questa evoluzione normativa ha inevitabilmente influenzato anche la disciplina delle misure cautelari che, con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale – emanato per la materia cautelare con la l. 5 agosto 1988, n.30 – ha introdotto strumenti alternativi alla custodia cautelare in carcere, in un'ottica di maggior tutela dei diritti fondamentali dell'indagato.

Ad oggi, rientrano tra le misure *coercitive* il divieto di espatrio (art.281), l'obbligo di presentazione periodica agli uffici di polizia giudiziaria (art.282), l'allontanamento dalla casa familiare (art.282 bis), il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa o da suoi congiunti o conviventi (art.282 ter), il divieto e l'obbligo di dimora (art.283), gli arresti domiciliari e la custodia in carcere (art.285) o in un luogo di cura. È prevista anche aspetta la speciale misura di custodia attenuata per le detenute madri (art.285 bis).

Le misure *interdittive*, invece, includono la sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale (art.288) o dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio (art.289), il divieto temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione (art.289 bis), il divieto temporaneo di esercitare

²⁷² CAMON et al., *op. cit.*, p. 937.

²⁷³ Il codice di procedura penale attuale contempla 13 tipi di misure cautelari personali, contro i 9 originariamente previsti.

²⁷⁴ È nota la formula sintetica sulla proporzionalità: «la polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni», in F. FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Mohr, 1912, p. 354.

determinate attività professionali o imprenditoriali (art.290). In applicazione del principio di proporzionalità, l’interdizione può essere disposta in forma parziale, limitandosi a uno specifico settore o ambito dell’attività esercitata, in modo da garantire una compressione dei diritti coerente con le esigenze cautelari e non eccessiva rispetto alla finalità perseguita.

2.2. Presupposti applicativi delle misure cautelari personali.

Come accennato, la disciplina delle misure cautelari personali si fonda sul principio di tendenziale inviolabilità della libertà personale, il quale orienta l’intero impianto normativo verso il riconoscimento del carattere eccezionale e residuale dell’intervento cautelare²⁷⁵. In una prospettiva garantista, il legislatore ha quindi subordinato l’adozione di una misura cautelare alla verifica rigorosa di precisi presupposti applicativi, individuati negli articoli 273 e seguenti del codice di procedura penale.

Innanzitutto, è necessaria – ai sensi degli articoli 280 e 287 c.p.p. – una certa gravità del reato addebitato all’imputato. In particolare, è esclusa l’applicabilità di misure cautelari in relazione a contravvenzioni, mentre, per quanto concerne i delitti, è necessario che la pena edittale massima superi determinati limiti di pena detentiva, pari a tre, quattro o cinque anni, a seconda della tipologia di misura richiesta e delle esigenze cautelari previste dall’articolo 274, lettera c).

Delimitato in tal modo l’ambito di applicazione, l’art. 273 c.p.p. individua due presupposti fondamentali per l’emissione del provvedimento cautelare: la punibilità concreta del reato contestato (comma 2) e la presenza di gravi indizi di colpevolezza (comma 1, “*fumus commissi delicti*”).

Con riferimento al primo requisito, il codice di procedura penale vieta la possibilità di assoggettare un soggetto ad una misura restrittiva della libertà personale qualora «il fatto sia stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità o se sussiste una causa di estinzione del reato ovvero una causa di estinzione della pena che si ritiene possa essere irrogata.»

Quanto al secondo requisito, la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza implica che il giudice possa disporre una misura cautelare solo in presenza di elementi investigativi che, se confermati in sede dibattimentale, siano idonei a giustificare una pronuncia di condanna. Dottrina e giurisprudenza parlano in tal senso di una «prognosi anticipata di colpevolezza», la quale trova giustificazione nell’esigenza di bilanciare la tutela della libertà personale con l’efficacia dell’azione penale, senza

²⁷⁵ CAMON et al., *op. cit.*, p. 951, per cui «lo *status libertatis* della persona sottoposta a procedimento penale è la regola; la restrizione della sua libertà personale è l’eccezione».

però compromettere il principio costituzionale della presunzione di innocenza²⁷⁶. Se non risulta probabile l'applicazione, in sede di giudizio definitivo, di una misura restrittiva della libertà personale, a maggior ragione non può essere giustificabile una limitazione della stessa nel corso del procedimento penale²⁷⁷. In caso contrario, la misura cautelare rappresenterebbe una sanzione anticipata ed autonoma rispetto alla condanna, ed in quanto tale in contrasto con i principi di uno Stato di diritto²⁷⁸.

La giurisprudenza ha inoltre chiarito che il termine "indizi", di cui all'art. 273 c.p.p., deve essere interpretato in senso ampio, ricomprensivo «qualunque elemento probatorio idoneo a fondare un giudizio di qualificata probabilità sulla responsabilità dell'indagato in ordine ai reati addebitatigli», poiché «i necessari "gravi indizi di colpevolezza" non corrispondono agli "indizi" intesi quale elemento di prova idoneo a fondare un motivato giudizio finale di colpevolezza e non devono, pertanto, essere valutati secondo gli stessi criteri richiesti, per il giudizio di merito, dall'art. 192, comma 2, c.p.p.. - che, oltre alla gravità, richiede la precisione e la concordanza degli indizi - non richiamato dall'art. 273, comma 1-bis, c. p.p.»²⁷⁹.

Infine, la "gravità" degli indizi richiesta ai fini dell'adozione di una misura cautelare personale esige un livello di consistenza tale da avvicinarsi, se non addirittura uguagliarsi, a quello necessario per giustificare una condanna²⁸⁰. Tale orientamento interpretativo trova conferma nel confronto con il codice Rocco del 1930, che richiedeva "sufficienti" indizi di colpevolezza, laddove il nuovo codice del 1988 ha innalzato il parametro, esigendo indizi "gravi", in conformità con il principio di presunzione di innocenza sancito dalla Costituzione e dalle convenzioni internazionali²⁸¹.

Al fine di contrastare l'orientamento giurisprudenziale volto a introdurre, nella fase cautelare, criteri valutativi meno rigorosi rispetto a quelli richiesti per il giudizio sul merito²⁸², la legge n. 63 del 2001 ha introdotto il comma 1-bis all'art. 273 c.p.p., richiamando esplicitamente alcune disposizioni contenute in altre sezioni del codice di procedura penale relative a ipotesi di inutilizzabilità della prova.

²⁷⁶ Cfr. paragrafi 1.1. e 1.2.

²⁷⁷ CAMON et al., *op. cit.*, p. 942

²⁷⁸ G. ILLUMINATI, *Intervento*, in AA.VV., *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, a cura di DE MAGLIE, Giuffrè, 1995, p. 155.

²⁷⁹ Sez. VI, 13 febbraio 2017, n. 6660, in *questa rivista*, 2017

²⁸⁰ APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, Giuffrè, 2003, p. 108 ss.

²⁸¹ TONINI – C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2001, p. 479.

²⁸² CAMON et al., *op. cit.*, p. 943.

2.3. Le esigenze cautelari.

La prognosi di colpevolezza ai fini cautelari non è sufficiente per legittimare il sacrificio della libertà personale a favore delle istanze processuali. Il legislatore impone, infatti, che la misura restrittiva possa essere disposta solo laddove la permanenza in libertà dell'interessato comporti un concreto e attuale pericolo per talune esigenze cautelari, le quali devono essere autonomamente apprezzabili e meritevoli di specifica tutela²⁸³.

Tali esigenze sono tassativamente indicate all'art. 274 c.p.p., che individua tre ipotesi di *pericula libertatis* suscettibili di fondare un provvedimento coercitivo²⁸⁴: il pericolo di inquinamento delle prove, il pericolo di fuga e il pericolo di reiterazione di reati di particolare gravità.

La prima esigenza, di cui alla lettera a), attiene alla necessità di tutelare il procedimento principale, «in relazione a situazioni di concreto e attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova». La norma precisa che tali situazioni di «concreto e attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né dalla mancata ammissione degli addebiti». Tale precisazione sembra evidenziare l'importanza del diritto al silenzio dell'imputato, considerato parte integrante del diritto di difesa, anche alla luce di precedenti giurisprudenziali che ne avevano messo in discussione la portata²⁸⁵.

La seconda ipotesi, prevista alla lettera b), fa riferimento al pericolo di fuga, che può giustificare l'adozione della misura cautelare solo quando il giudice ritenga probabile l'irrogazione di una pena detentiva superiore a due anni di reclusione, rendendo concreto il rischio di sottrazione alla giustizia.

Infine, la lett. c risponde a esigenze extraprocessuali di difesa sociale e prevenzione dei reati. Fu introdotta a seguito dell'importante sentenza n.1/1980, in cui la Corte Costituzionale, nel periodo dell'emergenza terroristica, per la prima volta ammise la possibilità di limitare la libertà personale dell'imputato per salvaguardare esigenze di difesa sociale, purché il legislatore individui in maniera

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ Cfr. CAMON et al., *op. cit.*, p. 945 (riguardo al “vuoto di fini” tra artt. 13 e 27 Cost.).

²⁸⁵ Cfr. Sez. VI, 18 agosto 1992, *Schiavone*; Sez. VI, 25 gennaio 1993, *Damiani*; Sez. VI, 28 settembre 1994, *Demitry*, in questa rivista, in cui la Corte ha mostrato un orientamento incline a riconoscere la presenza del pericolo di inquinamento probatorio anche in ragione del silenzio mantenuto dalla persona detenuta. Tuttavia, il diritto dell'imputato a non rispondere rappresenta un elemento imprescindibile del diritto di difesa e della presunzione di innocenza, e il suo esercizio non può in alcun modo costituire giustificazione per l'applicazione di misure restrittive della libertà personale. Ciononostante, non si può escludere che eventuali dichiarazioni spontanee rese dall'indagato possano incidere sulla valutazione dell'attualità o dell'intensità delle esigenze cautelari. Una simile considerazione appare compatibile con quanto previsto dall'art. 274, lett. a) c.p.p., sebbene vi sia il rischio che tale margine di valutazione sia sfruttato per esercitare indebite pressioni da parte degli organi inquirenti. Cfr. GREVI, *Diritto al silenzio ed esigenze cautelari nella disciplina della libertà personale dell'imputato*, in AA. VV., *Libertà personale e ricerca della prova*, op. cit., p. 16 ss., FERRUA, *Potere istruttorio*, op. cit., p. 81 ss.; ILLUMINATI, *Art.3 in AA. VV., Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Cedam, 1995, p. 70.

dettagliata le condizioni per tale restrizione. Il legislatore ha accolto tale monito, prevedendo che il giudice possa ravvisare la sussistenza dell'esigenza di cui alla lettera c) esclusivamente in presenza di un «concreto e attuale pericolo» che l'imputato possa commettere determinati delitti, quali: reati gravi con uso di armi o mezzi di violenza personale, delitti contro l'ordine costituzionale, reati di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. La valutazione deve avvenire sulla base del fatto e della personalità del soggetto sottoposto a procedimento, evitando ogni automatismo.

Una volta accertata la ricorrenza di gravi indizi di colpevolezza e di almeno una tra le esigenze cautelari tipizzate dall'art. 274 c.p.p., il giudice potrà disporre l'applicazione della misura, nel rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, enunciati all'art. 275 del codice di rito. Tali principi impongono al giudice di individuare la misura meno afflittiva tra quelle idonee a soddisfare le esigenze cautelari riscontrate, secondo la logica del «minor sacrificio necessario» della libertà personale²⁸⁶. In particolare, la misura deve risultare adeguata rispetto alla specifica esigenza cautelare e proporzionata alla pena che, secondo una prognosi ragionevole, potrebbe essere irrogata al termine del processo.

3. Il procedimento cautelare.

Il Libro IV del codice di procedura penale, oltre a introdurre garanzie sostanziali in materia di misure cautelari, disciplina un procedimento applicativo volto a tutelare, quanto più possibile, la libertà personale dell'imputato. Il fondamento costituzionale di tale impianto risiede nella riserva di giurisdizione sancita dall'art. 13, comma 2, della Costituzione, che individua nel giudice l'unico soggetto legittimato a limitare la libertà personale, configurandolo come garante dell'inviolabilità di tale diritto fondamentale²⁸⁷.

In tale prospettiva, l'art. 291 c.p.p., dedicato al procedimento applicativo, si apre con l'affermazione del principio della domanda quale presupposto imprescindibile per l'adozione della misura. La richiesta cautelare, infatti, deve essere proposta dal pubblico ministero. Il giudice, dunque, ha una funzione esclusivamente decisoria, mentre gli è preclusa la possibilità di procedere d'ufficio (*ne procedat iudex ex officio*).

²⁸⁶ TONINI – C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2001, p. 483

²⁸⁷ CAMON et al., *op. cit.*, p. 956.

Tale assetto risponde all'esigenza di garantire una netta separazione tra le funzioni requirente e giudicante. Il pubblico ministero, quale titolare dell'interesse pubblico alla repressione dei reati, è tenuto a verificare l'esistenza di gravi indizi di colpevolezza (art. 273 c.p.p.) e di concrete esigenze cautelari, prima di formulare la relativa istanza. Affidare al giudice tale attività valutativa preliminare implicherebbe il rischio di comprometterne l'imparzialità, coinvolgendolo nella formazione *dell'opinio delicti*²⁸⁸.

Pur costituendo regola generale, il principio della domanda in ambito cautelare è soggetto a deroghe ed eccezioni nel contemperamento con ulteriori interessi processuali. Da un lato, l'art. 275 comma 2 c.p.p. stabilisce un caso in cui al giudice è consentito *ex officio* di emettere un provvedimento restrittivo²⁸⁹. Dall'altro lato, nulla osta a che il giudice disponga nel corso del procedimento cautelare la revoca del provvedimento applicativo o la sua modifica in senso più favorevole all'individuo. La logica sottesa al principio di domanda, in effetti, mira prioritariamente a proteggere la libertà personale, consentendo al giudice di intervenire d'ufficio in senso meno afflittivo.

Ai sensi dell'art. 291, comma 1, c.p.p. la richiesta del pubblico ministero deve essere corredata dagli elementi su cui si fonda²⁹⁰, ivi compresi quelli favorevoli all'indagato²⁹¹. Tali elementi possono emergere sia dagli atti raccolti da pubblico ministero e polizia giudiziaria nell'ambito delle indagini, sia da eventuali risultati di una investigazione difensiva ex art. 391 *octies* comma 4 c.p.p. Inoltre, la domanda dovrà anche essere inoltrata insieme ad eventuali «deduzioni e memorie difensive già

²⁸⁸ *Ibidem*

²⁸⁹ In particolare, quando la condanna viene pronunciata per la prima volta in grado di appello, il giudice ha l'obbligo di applicare, d'ufficio, la misura cautelare personale più idonea a prevenire il rischio concreto di fuga o la commissione di nuovi reati, qualora il condannato risulti responsabile di uno dei delitti elencati all'art. 380, comma 1, c.p.p. e abbia già riportato, nei cinque anni precedenti, una condanna per un reato della stessa natura. Una parte della dottrina ha sollevato critiche rispetto a questo potere officioso del giudice, ritenendolo una sorta di «anticipazione surrettizia dell'esecuzione della pena» in attesa del giudizio di legittimità davanti alla Corte di cassazione, con conseguente violazione dei principi garantisti sanciti dall'art. 13, comma 2, Cost. Cfr. CAMON et al., op. cit., p.957.

²⁹⁰ Nel caso in cui il procedimento sia avviato durante la fase delle indagini preliminari, gli elementi su cui si fonda il giudizio sono rappresentati da atti investigativi raccolti al di fuori del dibattimento, quindi non formati in contraddittorio e destinati successivamente a evolversi in prove. Questa impostazione, definita come una «concezione relativistica delle prove penali», circoscrive l'attività conoscitiva del giudice alle risultanze delle investigazioni compiute dal pubblico ministero. Ne consegue il rischio che il giudice per le indagini preliminari, da un punto di vista gnoseologico, non disponga di strumenti sufficienti per valutare adeguatamente la sussistenza dei presupposti per imporre restrizioni alla libertà personale dell'indagato. Cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, 1989, p. 103; E. ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in AA.VV., *Libertà personale e ricerca della prova. Atti del convegno presso l'Università di Catania, Noto Marina 30 settembre–2 ottobre 1993*, Giuffrè, 1995, p. 70.

²⁹¹ Devono essere considerati elementi favorevoli all'imputato anche quegli atti che, pur aggravandone la posizione processuale, evidenzino tuttavia l'assenza o l'affievolimento dell'esigenza cautelare posta a fondamento della richiesta del pubblico ministero. Cfr. GIOSTRA, *Art. 8*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale*, cit., p. 126.

depositate» e, qualora la richiesta si fondi su attività di intercettazione delle comunicazioni, occorrerà allegare anche i decreti autorizzativi delle intercettazioni medesime.

Sulla richiesta del pubblico ministero il giudice provvede con ordinanza (art. 292, comma 1, c.p.p.), previo esame della documentazione allegata e, a partire dalla Riforma Nordio, a seguito dell’interrogatorio preventivo effettuato nei casi previsti dall’art. 291, c.1-quater, c.p.p. Il codice di procedura penale individua il giudice competente nel giudice che procede e, prima dell’esercizio dell’azione penale, nel giudice per le indagini preliminari.

Inoltre, la riforma Nordio ha stabilito la competenza funzionale per l’applicazione della misura della custodia cautelare a favore giudice per le indagini preliminari in composizione collegiale (art. 328, comma 1-quinquies, c.p.p.)²⁹². La previsione della collegialità –frequentemente evocata nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale ma mai effettivamente tradotta in un intervento normativo organico – risponde all’esigenza di garantire una maggiore ponderazione della decisione, grazie al confronto critico e alla pluralità di vedute che caratterizzano il giudizio collegiale²⁹³.

Il contenuto dell’ordinanza deve essere adeguatamente motivato, dando conto delle informazioni fornite dalle parti. Il giudice deve verificare la sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 278, 280 e 287 c.p.p., accertare il *fumus commissi delicti* e il *periculum libertatis* (artt. 273 e 274 c.p.p.)²⁹⁴ e determinare la misura più adeguata tra quelle previste dall’art. 275 c.p.p.²⁹⁵. L’assenza di uno degli elementi indicati nell’art. 292 determina la nullità dell’ordinanza, rilevabile d’ufficio.

In particolare, le lettere c) e c-*bis*) del comma 2 dello stesso art. 292 c.p.p. fanno esplicito riferimento ad una «autonoma valutazione» del giudice nell’esercizio del proprio potere decisionale. In tal modo, il legislatore ha voluto esplicitare l’esigenza di una separata valutazione dell’organo rispetto ai motivi di domanda presentati dal pubblico ministero. Prima della modifica di tale articolo, infatti, era prassi

²⁹² L’organo collegiale è competente anche a disporre la sostituzione, ai sensi dell’art. 299, comma 4, c.p.p., di una misura cautelare già in atto con la custodia cautelare in carcere (art. 299, comma 4, c.p.p., ultimo periodo). Inoltre, quando la legge attribuisce la competenza al giudice in composizione collegiale, l’interrogatorio dell’imputato deve essere condotto dal presidente del collegio o da un altro componente espressamente delegato.

²⁹³ Nonostante siano formalmente entrate in vigore, le disposizioni che prevedono l’intervento del giudice in composizione collegiale non sono ancora efficaci, poiché la loro applicazione è stata posticipata di due anni in forza dell’art. 9 della legge n. 114 del 2024. Cfr. Cfr. P. TONINI – C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024, Addenda n. 1, versione 2.09.2024.

²⁹⁴ In base a quanto disposto dall’art. 292, comma 2-ter, c.p.p., l’ordinanza è affetta da nullità qualora non contenga una motivazione che tenga conto sia degli elementi a carico sia di quelli a favore dell’imputato, ricavati tanto dalle indagini svolte dal pubblico ministero (art. 358 c.p.p.) quanto dalle investigazioni difensive (art. 327-bis c.p.p.). Inoltre, qualora la misura cautelare sia giustificata dall’esigenza di prevenire l’inquinamento probatorio (art. 274, lett. a, c.p.p.), l’ordinanza deve indicare espressamente il termine di scadenza della misura in rapporto alle attività investigative ancora da svolgere.

²⁹⁵ CAMON et al., *op. cit.*, p. 956, p. 961.

consolidata in giurisprudenza replicare le ragioni alla base di una richiesta cautelare nel medesimo provvedimento decisorio, deteriorando nella pratica il principio di autonomia di giudizio del giudice rispetto alle ragioni del pubblico ministero²⁹⁶.

Con riferimento ai poteri del giudice chiamato a pronunciarsi in materia cautelare, la giurisprudenza ha chiarito che, sebbene l'adozione di misure cautelari sia subordinata alla richiesta del pubblico ministero e debba fondarsi sugli elementi da questi forniti, il giudice conserva un autonomo potere valutativo. Egli è, infatti, tenuto a qualificare giuridicamente tali elementi e ad inquadrarli, in modo indipendente, nel contesto normativo più idoneo a legittimare l'eventuale accoglimento della misura proposta²⁹⁷. Ne deriva che non può considerarsi viziata da illegittimità, per violazione del principio di corrispondenza alla domanda cautelare, l'ordinanza emessa con riferimento a un capo di imputazione non espressamente indicato nella parte conclusiva dell'istanza del pubblico ministero, qualora dalla lettura complessiva dell'atto emerga in modo univoco l'intenzione di riferirsi anche a tale imputazione²⁹⁸.

Una volta disposta la misura, l'ordinanza è depositata presso la cancelleria del giudice insieme alla richiesta del pubblico ministero e agli atti allegati. Di tale deposito è dato avviso al difensore (art. 293, comma 3, c.p.p.). A seguito della declaratoria di incostituzionalità dell'articolo nella parte in cui non prevedeva il diritto del difensore di estrarre copia degli atti presentati dal pubblico ministero – comprese le eventuali registrazioni di conversazioni intercettate – tale facoltà è oggi riconosciuta espressamente²⁹⁹.

Occorre rilevare come la modifica dell'art. 293, comma 3, c.p.p., effettuata dalla legge n. 332 del 1995, abbia per la prima volta introdotto il diritto del difensore di accedere, subito dopo l'esecuzione del provvedimento, non soltanto – come avveniva in passato – all'ordinanza emessa dal giudice, ma anche alla richiesta formulata dal pubblico ministero e all'insieme degli elementi probatori che la sorreggono³⁰⁰. La giurisprudenza ha poi precisato tale deposito dell'ordinanza che dispone la misura cautelare, della richiesta del pubblico ministero e degli atti allegati debba avvenire necessariamente prima dell'interrogatorio di garanzia, affinché possa essere assicurato il pieno esercizio del diritto di

²⁹⁶ Ibid.

²⁹⁷ Sez. I, 14 ottobre 1992, Tundo, in C.E.D. Cass., n. 192485.

²⁹⁸ Sez. II, 9 luglio 2013, Virzì, in C.E.D. Cass., n. 257090.

²⁹⁹ C. cost., 24 giugno 1997, n. 192, in questa rivista, 1997,

³⁰⁰ GIULIANI, *Editoriale*, p. 1568. Cfr. anche C. cost. 24 giugno 1997, n. 192, in Giur. cost., 1997, 1876, in cui la corte ha esplicitato come l'intento del legislatore fosse quello di garantire al difensore un accesso completo agli atti depositati dal pubblico ministero, partendo dal principio che, una volta eseguita la misura cautelare, vengono meno le esigenze di riservatezza che potrebbero altrimenti comprimere il diritto di difesa.

difesa³⁰¹. Tale omissione determinerebbe la nullità dell'interrogatorio dell'indagato o dell'imputato, ai sensi degli articoli 178, comma 1, lettera c), 180 e 182 del codice di procedura penale, con conseguente inefficacia della misura stessa.

Le modifiche intervenute hanno quindi contribuito a realizzare una condizione di «parità conoscitiva» tra giudice e difensore, consentendo a entrambi di basare le rispettive valutazioni sugli stessi elementi istruttori allegati alla richiesta del pubblico ministero³⁰².

Dalla comunicazione dell'avvenuto deposito decorre il termine per proporre impugnazione avverso il provvedimento applicativo (art. 309, comma 2 c.p.p.).

L'esecuzione del provvedimento cautelare segue procedure diverse a seconda che tale provvedimento restrittivo comporti una misura detentiva o meno. In particolare, nel caso di custodia cautelare in carcere, la polizia giudiziaria sarà chiamata ad eseguire tale misura. Ai sensi dell'art. 293 comma 1, c.p.p. l'imputato riceverà una copia del provvedimento applicativo dall'ufficiale o agente incaricato insieme ad una comunicazione scritta ed allegata al provvedimento nella quale sono specificate i diritti e le facoltà del soggetto³⁰³.

Nel caso di esecuzione di una misura diversa dalla custodia cautelare, il provvedimento viene notificato all'imputato che, da quel momento, dovrà osservarne le relative prescrizioni³⁰⁴.

4. Il riesame e il ricorso *per saltum*.

L'art. 309 c.p.p. prevede un particolare mezzo di impugnazione contro le ordinanze che applicano per la prima volta una misura coercitiva, destinato esclusivamente alla tutela dell'indagato o imputato destinatario della misura restrittiva.

Il fondamento garantista del riesame si rinviene nell'articolo 5, paragrafo 4, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che riconosce a ogni persona privata della libertà personale il diritto

³⁰¹ Cass., sez. un., 28 giugno 2005, Vitale, in Cassazione penale, p. 3260 s.; inoltre in Cass. 12 febbraio 1997, Riccioli, cit.; in senso conforme Cass. 27 aprile 1994, Agnello, cit.; Cass. 26 gennaio 2000, Bellante, in Cass. pen., 2001, 1547; Cass. 20 novembre 2003, Croce, in Mass. CED, n. 226632.

³⁰² Cfr. anche Cass., sez. un., 28 giugno 2005, Vitale. Cassazione penale, Milano, p. 3260 s., 2005, con nota di GIULIANI, Livia. *Nullità dell'interrogatorio "di garanzia" per omesso deposito degli atti ex art. 293 comma 3 c.p.p.: le Sezioni unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare*. Cassazione penale, Milano, 2005, p. 3265 s.

³⁰³ Tra queste, il diritto di nominare un difensore o di essere ammesso al gratuito patrocinio; il diritto di avvalersi della facoltà di non rispondere; il diritto di accedere agli atti su cui si fonda tale provvedimento.

³⁰⁴ Cfr. CAMON *et al.*, *op. cit.*, p. 956.. Nel caso in cui il destinatario di una misura custodiale, del divieto di espatrio o dell'obbligo di dimora risulti irreperibile, il giudice dovrà dichiararne la latitanza, a condizione che emerga chiaramente la conoscenza effettiva del provvedimento e la volontà di eluderne l'esecuzione, ai sensi dell'art. 296 c.p.p.

di accedere a un procedimento di impugnazione effettivo e celere finalizzato alla verifica della legittimità del provvedimento restrittivo.

Per dare attuazione a tali principi sovranazionali, il legislatore ha introdotto l’istituto del riesame come rimedio giurisdizionale autonomo, con caratteristiche proprie e in parte atipiche rispetto agli ordinari mezzi di impugnazione. Il tratto distintivo del riesame consiste nel fatto che il destinatario della misura cautelare non ha partecipato attivamente alla sua adozione, ricevendo il provvedimento in via immediatamente esecutiva, senza poter previamente interloquire né contrastare la richiesta del pubblico ministero³⁰⁵. Da ciò discende che il riesame assume la funzione di instaurare, sia pure *ex post*, un contraddittorio tra le parti.

Innanzitutto, come precisa il comma 1 dell’art. 309 c.p.p., legittimato a proporre istanza di riesame è unicamente l’imputato e il suo difensore. Inoltre, la richiesta può essere formulata anche in assenza di specifica motivazione, in quanto l’indicazione dei motivi non è richiesta a pena di inammissibilità, ai sensi del comma 6.

Competente a ricevere la richiesta di riesame è il Tribunale in composizione collegiale che si trova nel luogo ove ha sede la Corte d’appello o una sua sezione distaccata, al cui distretto appartiene il giudice che ha applicato la cautela (art. 309, comma 7, c.p.p.). Entro il termine di dieci giorni – decorrenti, per l’imputato, dalla data di esecuzione o notificazione della misura, e per il difensore, dalla notificazione dell’avviso di deposito dell’ordinanza coercitiva ex art. 293 c.p.p.³⁰⁶ – la richiesta deve essere depositata presso la cancelleria del tribunale del riesame.

Ulteriore peculiarità del riesame è che tale mezzo di impugnazione costituisce il primo giudizio a tempo codificato nel nostro ordinamento, giacché il comma 10 prevede che l’inoservanza dei termini indicati nei commi 5 e 9 comporti la perdita di efficacia della misura coercitiva. Tale sanzione processuale ha lo scopo di evitare ritardi imputabili all’autorità procedente nell’invio degli atti e, quindi, di salvaguardare l’effettività e la tempestività del controllo giurisdizionale. Prima della riforma del 1995, infatti, era frequente che la durata del procedimento di riesame venisse dilatata arbitrariamente³⁰⁷.

³⁰⁵ FURGUELE, *Concetto e limiti dell’acquiescenza nel processo penale*, Jovene, 1998, p. 90.

³⁰⁶ Per l’imputato latitante, il termine di dieci giorni decorre dalla notificazione del provvedimento al difensore, secondo quanto stabilito dall’art. 165, comma 2, c.p.p. Con la riforma Cartabia, è stato previsto che la richiesta di riesame debba essere depositata dal difensore esclusivamente mediante modalità telematica, mentre la consegna diretta resta consentita solo all’imputato.

³⁰⁷ Cfr. CAMON et al., *op. cit.*, p.975

Ad oggi, invece, l'art. 309 c.p.p. impone che, entro cinque giorni dalla ricezione della richiesta, il tribunale del riesame acquisisca gli atti su cui si fonda la misura impugnata, mediante comunicazione al pubblico ministero, cui spetta trasmettere detti atti. A seguito della riforma cd. Nordio, il comma 5 è stato modificato imponendo che tra gli atti trasmessi siano incluse anche le dichiarazioni rese dall'indagato nell'interrogatorio preventivo ai sensi dell'art. 291, comma 1-quater c.p.p.³⁰⁸.

Dal momento in cui tali atti sono pervenuti alla cancelleria del tribunale del riesame, quest'ultimo, entro 10 giorni, deve fissare l'udienza e pronunciarsi sull'istanza di riesame (comma 9). Il provvedimento decisorio dev'essere depositato in cancelleria entro 30 giorni dalla deliberazione, «salvi i casi in cui la stesura della motivazione sia particolarmente complessa per il numero degli arrestati o la gravità delle imputazioni». In tali casi, il giudice può disporre per il deposito un termine più lungo, comunque non eccedente il quarantacinquesimo giorno da quello della decisione (comma 10). La brevità dei termini mira a garantire una tutela giurisdizionale celere ed effettiva contro misure che incidono gravemente sulla libertà personale.

L'udienza si svolge in camera di consiglio ex art.127 cpp, che prevede un contraddittorio solo eventuale. Fino al giorno dell'udienza gli atti restano depositati in cancelleria, con facoltà per il difensore di esaminarli e di estrarne copia. Qualora l'imputato abbia formulato apposita istanza, ha diritto a comparire personalmente dinanzi al collegio. Il pubblico ministero e il difensore devono essere previamente avvisati dell'udienza con un preavviso non inferiore a tre giorni, termine entro cui possono predisporre le rispettive difese.

Occorre, infine, soffermarsi sul contenuto della decisione. Ai sensi del comma 9 dell'art. 309 c.p.p., il tribunale del riesame può confermare, annullare o riformare l'ordinanza impugnata anche per ragioni diverse da quelle poste a fondamento del provvedimento originario. Ciò conferma la natura pienamente devolutiva del riesame, che lo distingue dagli altri mezzi di impugnazione. Se, infatti, l'impugnazione ha generalmente un effetto c.d. parzialmente devolutivo nei confronti del giudice, nella misura in cui limita i suoi poteri decisorii a quanto rimesso dalle parti, il giudice del riesame possiede poteri decisorii del tutto analoghi a quelli del giudice che ha emesso il provvedimento di prime cure³⁰⁹, poiché l'imputato, unico soggetto legittimato ad attivarsi a tal riguardo, non ha l'obbligo di presentare specifici motivi di impugnazione, potendo in tal modo rimettere in toto la

³⁰⁸ La Corte costituzionale ha chiarito che il termine perentorio previsto dal comma 5 non decorre da un evento privo di autonomia giuridica, quale la ricezione dell'avviso da parte dell'autorità procedente, ma si computa a partire dal giorno in cui viene presentata la richiesta di riesame. Cfr. C. cost., 22 giugno 1998, n. 23, in questa rivista, 1998.

³⁰⁹ Da questo punto di vista, il riesame dev'essere considerato come un mezzo di impugnazione *completamente devolutivo*.

decisione ad un giudice diverso dal primo. Ciò consente all'imputato di ottenere il controllo giurisdizionale sulla legittimità e sul merito del provvedimento³¹⁰.

Alternativo al riesame è il ricorso per *saltum* innanzi alla Corte di cassazione, disciplinato dall'art. 311, comma 2, c.p.p. Come il riesame, tale strumento è rimesso nelle sole mani dell'imputato e del suo difensore, ma presenta dei limiti. In particolare, i motivi di impugnazione possono riguardare solamente la «violazione di legge», ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b) e c) c.p.p.³¹¹, con conseguente esclusione della possibilità per la Corte di riesaminare il merito della decisione. La Suprema Corte potrà, pertanto, annullare il provvedimento impugnato per vizi attinenti all'apparato argomentativo dello stesso soltanto nei casi in cui la motivazione sia meramente apparente o totalmente assente³¹².

5. L'appello cautelare e il ricorso in Cassazione.

L'art. 310 c.p.p. prevede un meccanismo di impugnazione alternativo al riesame, ossia l'appello cautelare³¹³, previsto per tutti i provvedimenti non soggetti a riesame («fuori dei casi previsti dall'articolo 309 comma 1 c.p.p.»³¹⁴). Giudice competente è lo stesso giudice innanzi al quale si celebra il riesame (art. 309, comma 7, c.p.p.). Possono proporre appello cautelare, oltre all'imputato e al suo difensore, anche il pubblico ministero, come espressamente previsto dal primo comma dell'art. 310 c.p.p., configurandosi così una legittimazione più ampia rispetto a quella prevista per il riesame.

A differenza della richiesta di riesame, l'appello cautelare deve essere necessariamente motivato, pena l'inammissibilità dell'impugnazione. Tale requisito trova fondamento nella natura parzialmente devolutiva del giudizio: il giudice dell'appello non è chiamato a riesaminare l'intero provvedimento, ma solo i profili specificamente censurati nei motivi di gravame. In tal senso, la funzione dei motivi

³¹⁰ TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 521.

³¹¹ Secondo Cassazione penale, Sez. F, ordinanza n. 33330/2024, udienza del 29 agosto 2024, alla luce del chiaro disposto dell'art. 311, comma 2, c.p.p. – il ricorso per *saltum* in cassazione è consentito soltanto avverso i provvedimenti cautelari c.d. genetici, in alternativa al ricorso per riesame ex art. 309 c.p.p. In ossequio al principio di tassatività delle impugnazioni, il ricorso per *saltum* non può invece essere proposto avverso le ordinanze ex art. 299 c.p.p. e tutti gli altri provvedimenti con i quali il giudice competente si pronunzia sulla misura cautelare in atto (come quello di cui all'art. 306 c.p.p., in materia di estinzione delle misure), in quanto suscettibili soltanto di appello cautelare.

³¹² Sez. un., 21 dicembre 2017, Aiello, in questa rivista, 2018; Sez. un., 26 febbraio 1991, Bruno ed altri, in questa rivista, 1991.

³¹³ Tale istituto non va confuso con l'istituto generale dell'appello disciplinato nel libro IX del codice di procedura penale dedicato alle impugnazioni (artt. 593 ss.). Cfr. CAMON et al., *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 979.

³¹⁴ Tale specificazione normativa evidenzia il carattere prettamente residuale dell'istituto.

di appello è quella di delimitare l'oggetto del giudizio, vincolando la cognizione del giudice di secondo grado alle sole questioni effettivamente contestate.

Sotto il profilo procedurale, l'articolo richiama la disciplina del riesame relativamente ai termini e le modalità di presentazione dell'impugnazione³¹⁵.

Una volta depositata la richiesta, l'autorità giudiziaria precedente è tenuta a trasmettere, entro il giorno successivo, l'ordinanza impugnata e gli atti su cui essa si fonda al tribunale competente. Fino al giorno dell'udienza, tali atti restano depositati presso la cancelleria, con facoltà per il difensore di prenderne visione ed estrarre copia (art. 310, comma 2, c.p.p.).

Il tribunale decide in camera di consiglio entro venti giorni e deposita l'ordinanza in cancelleria entro i 30 giorni successivi³¹⁶. Tuttavia, a differenza di quanto previsto per il riesame, tali termini hanno natura meramente ordinatoria: la loro inosservanza non determina la perdita di efficacia della misura. Questo profilo evidenzia la maggiore intensità garantista del riesame, la cui funzione primaria è quella di assicurare una tutela tempestiva ed effettiva contro misure coercitive illegittime o infondate. Una simile tutela rafforzata non è invece prevista per provvedimenti meno afflittivi o favorevoli all'imputato.

Infine, sia il provvedimento che conclude l'appello cautelare, sia quello che definisce il riesame, sono suscettibili di ricorso per Cassazione, ai sensi dell'art. 311 c.p.p. In conformità alla disciplina generale, la legittimazione a proporre ricorso spetta a tutte le parti processuali che vi abbiano interesse. Va tuttavia segnalato che, a seguito delle modifiche apportate dalla cosiddetta Riforma Orlando agli articoli 571 e 613 c.p.p., l'imputato non può più proporre personalmente il ricorso, essendo ora richiesta la sottoscrizione da parte di un difensore abilitato³¹⁷.

Per quanto riguarda le modalità di proposizione, si applica la disciplina generale contenuta nell'art. 582 c.p.p. La Corte di cassazione ha chiarito che anche il ricorso avverso provvedimenti cautelari deve essere presentato esclusivamente presso la cancelleria del giudice che ha emesso l'atto impugnato³¹⁸.

Il controllo demandato alla Suprema Corte non attiene al merito della decisione, bensì alla sua legittimità. In particolare, la Corte può intervenire in presenza di vizi della motivazione, quali

³¹⁵ Cfr. art. 309, c. 1, 2, 3, 4, 7 c.p.p.

³¹⁶ «Salvi i casi in cui la stesura della motivazione sia particolarmente complessa per il numero degli arrestati o la gravità delle imputazioni. In tali casi, il giudice può indicare nel dispositivo un termine più lungo, non eccedente comunque il quarantacinquesimo giorno da quello della decisione.» (art. 130, comma 2, c.p.p.).»

³¹⁷ CAMON et al., *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 981.

³¹⁸ Sez. un., 21 dicembre 2017, Aiello, in questa rivista, 2018

l’assenza, la contraddittorietà o la manifesta illogicità della stessa. È inoltre sindacabile il travisamento della prova, da intendersi come omissione, alterazione o erronea interpretazione di un elemento probatorio rilevante³¹⁹.

6. La durata delle misure cautelari.

Le misure cautelari si caratterizzano per il principio della provvisorietà, il quale comporta che ogni restrizione delle libertà personali dell’imputato debba essere rigorosamente circoscritta entro limiti temporali determinati³²⁰. Ciò in ossequio a un approccio garantista, secondo cui la compressione di un diritto fondamentale dell’individuo – quale la libertà personale – deve essere temporalmente contenuta, soprattutto quando deriva da un provvedimento cautelare adottato in sede penale anteriormente alla pronuncia di una sentenza di condanna definitiva.

Tale principio assume una portata ancora più vincolante con riferimento alle misure cautelari restrittive o limitative della libertà personale, per le quali l’esigenza di determinare limiti massimi di durata trova diretto fondamento costituzionale nell’art. 13, comma 5, della Costituzione, che impone al legislatore di stabilire i «limiti massimi della carcerazione preventiva»³²¹. Al contrario, nell’impianto normativo del precedente codice di procedura penale – e più in generale secondo l’impostazione di tipo inquisitorio propria dei sistemi processuali cosiddetti misti – la detenzione preventiva, assimilabile per natura alla pena, rappresentava la prassi ordinaria piuttosto che un’eccezione. A essere temporaneo, eventualmente, era lo stato di libertà dell’imputato, subordinato alla sussistenza di specifici requisiti (la cosiddetta “libertà provvisoria”, disciplinata dagli artt. 277 e seguenti del codice di rito abrogato)³²².

Il legislatore ha pertanto individuato termini specifici di durata con riferimento alla custodia cautelare in carcere, alla quale sono equiparati gli arresti domiciliari (artt. 303 ss. c.p.p.). Per le altre misure coercitive non detentive, tali termini risultano raddoppiati, ai sensi dell’art. 308, comma 1, c.p.p.

³¹⁹ TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 521.

³²⁰ Laddove il termine non sia previsto, esso coincide con la decisione definitiva. Ad esempio, il sequestro preventivo o si converte in confisca o cessa con il passaggio in giudicato.

³²¹ In opposizione all’attuale impostazione, secondo la logica di matrice inquisitoria propria del sistema previgente, la carcerazione preventiva costituiva la regola, mentre l’eccezione era rappresentata dal mantenimento dello *status libertatis* attraverso l’istituto della cosiddetta «libertà provvisoria» (cfr. artt. 277 ss. c.p.p. abrogato; *Fondamenti di procedura penale*, p. 935).

³²² Cfr. CAMON et al., *Fondamenti di procedura penale*, cit., p.935.

Quanto alle misure interdittive, la durata non può eccedere i dodici mesi, ovvero l'eventuale termine inferiore indicato nel provvedimento applicativo dal giudice (art. 308, comma 2, c.p.p.).

Il superamento del termine massimo di durata comporta «l'immediata» liberazione dell'imputato, qualora la misura applicata sia la custodia cautelare. Negli altri casi, è il giudice a dover adottare i provvedimenti necessari a far cessare gli effetti della misura. Il termine inizia a decorrere, nel caso della custodia in carcere, dal giorno della cattura, dell'arresto o del fermo; in tutti gli altri casi – compresi gli arresti domiciliari – la decorrenza si computa a partire dalla notifica dell'ordinanza applicativa³²³.

Il criterio per stabilire il termine massimo della custodia cautelare prende in considerazione simultaneamente la fase processuale in cui tale provvedimento viene emesso, nonché il tipo di reato per cui si procede. Con riguardo al primo elemento caratterizzante la disciplina, il legislatore considera tre differenti livelli temporali: termini di fase, termini complessivi e termini finali.

In particolare, in relazione a ciascuna fase procedimentale sono previsti termini massimi di durata, differenziati a seconda della gravità del reato (art. 303 comma 1 e 2, c.p.p.). Per il computo di tali termini di fase non si tiene conto di eventuali congelamenti³²⁴, proroghe³²⁵ o sospensioni³²⁶ procedimentali.

Sono poi previsti dei termini c.d. complessivi, che prescindono dalle varie fasi procedurali e si riferiscono all'intera durata del procedimento³²⁷. Anche tali termini variano a seconda della gravità del reato. A differenza dei termini di fase, per il computo dei termini complessivi rilevano eventuali congelamenti o proroghe, ma non eventuali sospensioni del procedimento.

³²³ Secondo quanto precisato in CAMON et al., *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 985, nel caso delle cosiddette «contestazioni a catena», ossia quando il soggetto sia raggiunto da una serie di provvedimenti restrittivi, il termine decorre dalla notificazione del primo provvedimento, ma deve essere calcolato in relazione all'imputazione di maggiore gravità. È necessario, tuttavia, che tali provvedimenti si riferiscano al medesimo fatto, a reati in concorso formale con quelli originariamente contestati, a reati legati dal vincolo della continuazione, oppure a fatti commessi per l'esecuzione degli altri.

³²⁴ Cfr. art. 297 c.4: «I giorni in cui si sono tenute le udienze e quelli impiegati per la deliberazione della sentenza nel giudizio di primo grado o nel giudizio sulle impugnazioni».

³²⁵ Cfr. art. 305 c.2. La proroga si ha per il tempo necessario a espletare la perizia sullo stato di mente dell'imputato; oppure disposta quando i termini sono prossimi a scadere e, tuttavia, sussistano gravi esigenze cautelari e debbano essere svolti accertamenti particolarmente complessi o nuove indagini disposte ai sensi dell'art. 415.

³²⁶ Cfr. art. 304. Le cause di sospensione previste dal codice di rito sono diverse. Ad esempio, il tempo in cui il dibattimento e il giudizio abbreviato o l'udienza preliminare sono sospesi o rinviati per impedimento dell'imputato o del suo difensore; o perché è rimasto privo di difensore perché questi non si è presentato; o ancora il tempo necessario alla redazione della motivazione della sentenza.

³²⁷ Cfr. CAMON et al., *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 986

Infine, nel computo dei termini finali, che rappresentano il limite invalicabile della durata delle misure cautelari, assumono rilievo tutte le cause di proroga, sospensione e congelamento. Tali termini non possono, in alcun caso, essere superati³²⁸.

7. L'interrogatorio di garanzia: la funzione difensiva del contraddittorio.

Come si è accennato, prima della riforma introdotta dalla l. n. 114/2024 (c.d. Riforma Nordio), per garantire l'effetto sorpresa delle misure cautelari, l'imputato non aveva la possibilità di interloquire circa la sussistenza dei presupposti cautelari prima dell'emanazione del provvedimento³²⁹. L'adozione del provvedimento cautelare avveniva sempre sulla scorta del compendio probatorio raccolto e selezionato dal pubblico ministero, ai sensi dell'art. 291 c.p.p., senza che fosse prevista la possibilità per la difesa di intervenire o formulare osservazioni prima dell'emissione dell'ordinanza applicativa della misura, come disposto dall'articolo 292 c.p.p.³³⁰. Tale assetto aveva indotto il legislatore a prevedere l'obbligo, in capo al giudice, di procedere all'interrogatorio dell'indagato immediatamente dopo l'esecuzione della misura³³¹.

Per tale ragione, il primo momento di incontro tra giudice e difesa avveniva a seguito dell'esecuzione della misura, tramite l'istituto dell'interrogatorio di garanzia (art.294). Come anticipato, lo scopo di tale istituto è quello di soddisfare in ambito nazionale l'esigenza espressa all'articolo 5 par. 3 della C.e.d.u., che impone un immediato contatto tra giudice e persona arrestata o detenuta ai fini di una efficace tutela giudiziale della libertà personale dell'individuo.

Mediante tale interrogatorio, definito “di garanzia” in quanto strumento a tutela dell'imputato, il giudice valuta la resistenza argomentativa della prognosi di colpevolezza, delle esigenze cautelari e

³²⁸ *Ibid.* Il termine finale consiste nel doppio del termine di fase 0, se più favorevole, nei due terzi della pena contemporanea prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza (art.304 c.6).

³²⁹ Come si vedrà, la Riforma Nordio ha previsto, sebbene in casi circoscritti, la possibilità di anticipare l'interrogatorio nella fase intermedia tra la presentazione della richiesta da parte del pubblico ministero e la decisione del giudice. Tale meccanismo consente alla difesa di far valere le proprie ragioni in una fase precedente, al fine di cercare di impedire l'adozione e l'esecuzione della misura cautelare.

³³⁰ Come analizzato in seguito, sono previse delle eccezioni a tale regola, che concedono un primo confronto tra autorità e imputato in un momento anteriore all'applicazione della misura. In particolare, si rimanda alla trattazione del procedimento applicativo della misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio (ex art. 289 c.p.p.), del procedimento penale cautelare *de societate*, nonché del procedimento per la convalida di misure pre-cautelari quali l'arresto obbligatorio, l'arresto facoltativo e il fermo. Cfr. par. 8 ss.

³³¹ MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Cedam, 2006, p. 12.

della loro adeguatezza e proporzionalità, sulla base degli elementi esposti a propria difesa da parte dell'imputato³³².

Appare chiaro come tale interrogatorio abbia carattere meramente difensivo. Per tale ragione, l'eventuale interrogatorio condotto da parte del pubblico ministero che, al contrario, ha una funzione preminentemente investigativa³³³, non può precedere l'interrogatorio di garanzia effettuato dal giudice. Qualora esigenze investigative lo richiedano, è in ogni caso disposto che il pubblico ministero possa richiedere la fissazione dell'interrogatorio di garanzia entro un termine di quarantotto ore (c. 1-ter).

Nel caso in cui tale richiesta non avvenga, il codice di procedura penale dispone in via generale che l'interrogatorio di garanzia debba avvenire «immediatamente e non oltre 5 g dall'esecuzione della custodia», se la misura imposta è la custodia cautelare in carcere: «non oltre 10 g dall'esecuzione del provvedimento o dalla sua notifica» in tutti gli altri casi. Come chiarito dal giudice delle leggi³³⁴, tali termini hanno carattere perentorio, per cui qualora non vengano rispettati la misura perde di efficacia.

In caso di assoluto impedimento (comma 2), il giudice ne prende atto con decreto motivato, disponendo che il termine per l'interrogatorio dell'indagato o imputato inizi nuovamente a decorrere dalla data in cui perviene la comunicazione attestante la cessazione dell'impedimento, ovvero da quella in cui il giudice ne accerta autonomamente l'intervenuta cessazione.

In merito alle modalità di svolgimento dell'interrogatorio di garanzia, esso deve essere effettuato nel rispetto di quanto previsto dagli articoli 64 e 65 del codice di procedura penale³³⁵. La presenza del difensore è obbligatoria, pertanto egli deve essere preventivamente e tempestivamente informato della fissazione dell'atto. Al contrario, il pubblico ministero, sebbene anch'egli debba essere avvisato, non è tenuto a presenziare, potendo scegliere liberamente se partecipare o meno³³⁶. L'omesso avviso al difensore determina una nullità generale a regime intermedio che, qualora dedotta tempestivamente dalla difesa, comporta l'invalidità dell'interrogatorio e la conseguente immediata inefficacia della

³³² CAMON et al., *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 966.

³³³ *Ibid.*

³³⁴ Corte cost., 4 aprile 2001, n. 95, in questa rivista, 2001.

³³⁵ Cfr. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Cedam, 2006, p. 406. In effetti, l'interrogatorio di garanzia si differenzia sensibilmente dal modello ordinario delineato dall'art. 65 c.p.p., il quale presuppone, nella maggior parte dei casi, che l'indagato non abbia ancora una piena conoscenza dell'imputazione a suo carico, se non nei limiti di quanto previsto dall'art. 375 c.p.p. o da atti equivalenti. Diversamente, nella disciplina di cui all'art. 294 c.p.p., il soggetto destinatario della misura cautelare, unitamente al proprio difensore, ha già avuto accesso agli elementi posti a fondamento della misura, tra cui l'ordinanza applicativa, la richiesta del pubblico ministero e i documenti probatori allegati, depositati preventivamente in cancelleria ai sensi degli artt. 291 e 293 c.p.p.

³³⁶ Cfr. CAMON et al., *Fondamenti di procedura penale*, cit., p.966

misura cautelare³³⁷. Analogamente, risulta affetto da nullità l'interrogatorio eseguito senza che siano stati previamente depositati presso la cancelleria del giudice, ai sensi dell'articolo 293, comma 3, c.p.p. l'ordinanza applicativa della misura, la richiesta del pubblico ministero e gli atti a corredo. Anche in tale ipotesi, la nullità dell'interrogatorio comporta la perdita di efficacia della misura restrittiva³³⁸.

La completezza della *discovery*, la tempestività delle comunicazioni e la correttezza nell'esecuzione degli adempimenti incidono in modo significativo sull'effettivo esercizio del diritto di difesa³³⁹. Tutti questi elementi sono finalizzati a permettere all'interessato di confrontarsi tempestivamente con il proprio difensore in merito alla questione cautelare e di accordare una efficace strategia difensiva. Con la legge n.332 del 1995, infatti, il difensore ha acquisito il diritto di prendere cognizione non solo dell'ordinanza applicativa emessa dal giudice, ma anche della richiesta del pubblico ministero corredata del *corpus probatorio* che la giustifica³⁴⁰. Ciò costituisce una «una condizione minima» affinché il dialogo tra accusa e difesa in tale sede possa dirsi svolto in contraddittorio: ciascuna delle parti deve conoscere non solo l'oggetto della contesa, ma anche la posizione e gli argomenti dell'altra, per poter realmente contraddirre³⁴¹.

Il giudice ha facoltà di autorizzare la partecipazione da remoto all'interrogatorio da parte della persona sottoposta a misura cautelare e del suo difensore, qualora questi ne facciano espressa richiesta. La documentazione dell'interrogatorio viene effettuata anche mediante l'impiego di strumenti di registrazione audiovisiva. Qualora, tuttavia, tali strumenti non siano disponibili, è consentito ricorrere alla registrazione fonografica.

Inoltre, emerge con chiarezza quanto risulti difficile, per il giudice, non sconfinare nei meccanismi propri dell'attività investigativa durante la formulazione delle domande nell'interrogatorio di garanzia, essendo egli chiamato a valutare il fatto e la gravità degli indizi, che costituiscono il presupposto dell'accusa. Ne consegue che risulta particolarmente arduo tracciare una netta separazione tra le due dimensioni dell'interrogatorio – quella investigativa e quella garantista – all'interno del procedimento cautelare³⁴². Le recenti riforme normative hanno, in parte, mitigato tali

³³⁷ Sez. un., 26 marzo 1997, Procopio, in questa rivista, 1997.

³³⁸ Sez. un., 28 giugno 2006, Vitale, in questa rivista, 2006;

³³⁹ A Cfr. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, op. cit., p. 335.

³⁴⁰ GIULIANI, *Editoriale*, in questa rivista, p. 1568.

³⁴¹ GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, in questa rivista, p. 1.

³⁴² MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, cit., p. 406.

criticità, imponendo la considerazione anche degli elementi favorevoli all'imputato e sottraendo il giudice a una visione limitata alle sole prospettazioni del pubblico ministero³⁴³.

Tuttavia, permane la constatazione che la tutela del diritto al contraddittorio, quale strumento essenziale della funzione difensiva della persona sottoposta a misura cautelare, non risulta ancora pienamente soddisfacente³⁴⁴. A ciò si aggiunge la limitata cognizione del giudice che si fonda sostanzialmente sul discrezionale potere del pubblico ministero di selezionare gli atti a favore della propria richiesta³⁴⁵.

8. Il contraddittorio anticipato.

A seguito della riforma introdotta dalla l. cost. 23 novembre 1999, il contraddittorio è stato elevato a strumento imprescindibile per il «fisiologico funzionamento della giurisdizione»³⁴⁶, costituendo un fondamento garantistico che valorizza il principio del «giusto processo», incentrato sulla promozione del dialogo tra le parti, poste in condizione di parità dinanzi a un giudice terzo e imparziale. L'attuazione effettiva di tale principio impone che alla difesa sia sempre riconosciuta la possibilità di esporre le proprie ragioni anteriormente e in funzione dell'adozione di un provvedimento limitativo della libertà personale.

Al contrario, come evidenziato, fino a poco tempo fa il codice di rito disciplinava le misure cautelari restrittive della libertà personale come provvedimenti adottati *inaudita altera parte*, sulla base della richiesta formulata dal pubblico ministero. Nel sistema previgente, infatti, il giudice era chiamato a pronunciarsi sulla richiesta cautelare avendo ascoltato unicamente le argomentazioni dell'accusa, senza che la difesa potesse effettivamente esercitare il proprio diritto al contraddittorio in relazione al merito della misura richiesta. La possibilità per la difesa di intervenire si concretizzava esclusivamente in sede di impugnazione, la quale, tuttavia, rappresenta un momento giurisdizionale autonomo e successivo rispetto alla fase nella quale il contraddittorio dovrebbe fisiologicamente collocarsi³⁴⁷.

Né l'interrogatorio di garanzia appare idoneo a soddisfare pienamente le esigenze di contraddittorio tra le parti³⁴⁸. Da un lato, infatti, l'obbligo di presenza grava esclusivamente sul difensore, mentre il

³⁴³ GIULIANI, *Interrogatorio di garanzia [Annali III, 2010]*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 2010, p. 787.

³⁴⁴ CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, in questa rivista, p. 139.

³⁴⁵ Cfr. paragrafo successivo

³⁴⁶ Cfr. CAMON et al., *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 959

³⁴⁷ DI BITONTO, *Libertà personale*, op. cit., p. 882.

³⁴⁸ Cfr. par. 7

pubblico ministero può non partecipare all'udienza³⁴⁹. Dall'altro lato, anche laddove il difensore sia presente, il suo ruolo si limita a un'attività sostanzialmente passiva, dovendo egli assistere all'interlocuzione tra il giudice e l'indagato, senza possibilità di intervenire nella formulazione delle domande. Inoltre, la rigidità e la ristrettezza dei termini temporali — pur pensate a tutela della libertà personale dell'imputato — finiscono per tradursi, di fatto, in un ostacolo all'effettivo esercizio delle prerogative difensive³⁵⁰.

La mancata previsione di un contraddittorio preventivo in relazione all'adozione di misure cautelari privative della libertà personale appare riconducibile a retaggi culturali e strutturali di matrice inquisitoria, propri dell'impianto processuale delineato dal codice di procedura penale del 1930³⁵¹. «Nella memoria collettiva» — osserva Franco Cordero — «persiste l'idea che sia “*custodiendus*” ogni coinvolto in affari giudiziari seri»³⁵².

Come anticipato, il principale rischio insito nell'adozione del provvedimento cautelare è rappresentato dalla possibile insufficienza, sul piano conoscitivo, degli strumenti a disposizione del giudice per le indagini preliminari. Tale limite può compromettere la capacità del giudicante di effettuare una valutazione pienamente consapevole e fondata circa la sussistenza dei presupposti legittimanti una restrizione della libertà personale dell'indagato, con evidenti ripercussioni sul piano delle garanzie difensive assicurate dal dettato costituzionale³⁵³.

Il tema del difficile rapporto tra giudice e garanzie della libertà personale è stato a lungo discusso in dottrina³⁵⁴. Tra le innovazioni più rilevanti introdotte dal nuovo codice — già in parte prefigurate dalla riforma n. 330 del 1988 — vi è quella di aver escluso il pubblico ministero dalla possibilità di disporre limitazioni alla libertà personale dell'indagato³⁵⁵. Nell'ambito delle decisioni relative alla libertà personale, dunque, al giudice per le indagini preliminari è attribuito un compito di particolare delicatezza: quello di applicare, per così dire, «une peine sans coupable»³⁵⁶. Tuttavia, per ragioni

³⁴⁹ TONINI – CONTI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, ultima ed., p. 501..

³⁵⁰ MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, in *Il giusto processo*, a cura di Kostoris, Giappichelli, 2002, p. 406.

³⁵¹ ILLUMINATI, *Relazione*, in AA.VV., *GIP e libertà personale: verso un contraddittorio anticipato?*, Jovene, 1997, p. 24.

³⁵² CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Giuffrè, 2012, p. 469; cfr. anche CAMON et al., *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 935.

³⁵³ ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in *Libertà personale e ricerca della prova*, Atti del Convegno Università di Catania, Giuffrè, 1995, p. 70.

³⁵⁴ Cfr. a tal riguardo GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 1251 e ss. Sullo stesso tema anche ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 484 s., nonché NOBILI, *La nuova procedura penale: lezioni agli studenti*. Bologna: CLUEB, 1989. Print.

³⁵⁵ GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, in *riv. it. dir. e proc. pen.*, fascicolo 4, 1994, p. 1256

³⁵⁶ PHA. ROBERT, *Un «mal nécessaire»? La détention provisoire en France*, in *Déviance et Société*, 1986, p. 57.

legate all'assetto ordinamentale, alla limitata conoscenza del fascicolo e alla natura stessa della funzione esercitata, egli non dispone né dell'autorevolezza né dell'autorità che tale compito richiederebbe³⁵⁷.

In particolare, si è rilevato come, nella fase iniziale del procedimento cautelare, il pubblico ministero detenga un potere effettivo di selezione degli atti d'indagine da sottoporre al giudice. Questo meccanismo comporta che il giudice, non avendo accesso all'intero fascicolo investigativo, si trovi a valutare i presupposti per l'adozione della misura cautelare con una conoscenza solo parziale del quadro probatorio³⁵⁸. Il pericolo concreto è che il giudice per le indagini preliminari, sul piano conoscitivo, non disponga di strumenti sufficienti per verificare con piena consapevolezza la sussistenza dei requisiti necessari a giustificare una restrizione della libertà personale dell'indagato³⁵⁹. In tale contesto, la dottrina ha coniato l'espressione «giurisdizione senza cognizione»³⁶⁰. Il giudice, svuotato della sua funzione di garante delle libertà fondamentali – talvolta anche sulla base di valutazioni poco ragionevoli, soprattutto nei casi in cui si ritiene necessario adottare un atteggiamento severo a tutela dell'ordine pubblico – viene spesso percepito come un presidio debole dei diritti individuali, sia per una presunta propensione ad assecondare le richieste della pubblica accusa, sia per superficialità nell'esplicitare le motivazioni che legittimano la restrizione della libertà personale³⁶¹.

In un simile assetto è difficile cogliere autentici segnali di esercizio della funzione giurisdizionale: la figura del giudice non si distingue per una reale terzietà³⁶². Sebbene il provvedimento mantenga natura giurisdizionale in quanto emanato da un giudice, le modalità con cui si svolge il procedimento non assicurano un effettivo e pieno esercizio della giurisdizione, ma piuttosto configurano un intervento assimilabile all'esercizio di meri poteri autorizzativi³⁶³. A fronte di un apparato procedurale imponente, la tutela giurisdizionale appare più sostanzialmente debole: solenne nelle forme, ma «*light*» nella sostanza³⁶⁴. Inoltre, non può essere trascurato il potenziale condizionamento, anche solo sul piano psicologico, derivante dal fatto che il giudice per le indagini preliminari si trovi a decidere su istanze formulate dal «collega della porta affianco»³⁶⁵. La vicinanza logistica e professionale tra giudice e pubblico ministero può inevitabilmente generare meccanismi, anche

³⁵⁷ GIOSTRA, op. cit.

³⁵⁸ P. TONINI - Carlotta CONTI, *Manuale di procedura penale*, p. 493.

³⁵⁹ ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, op. cit. p. 70.

³⁶⁰ ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, op. cit. p. 483

³⁶¹ GIULIANI, *Editoriale*, par.6

³⁶² FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, Cedam, 2013, p.170.

³⁶³ Ibidem.

³⁶⁴ GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, op. cit., p. 1256.

³⁶⁵ Ibidem.

inconsapevoli, di solidarietà istituzionale³⁶⁶, compromettendo in modo strutturale l'assetto delle garanzie riconosciute al diritto di difesa.

In definitiva, tanto per un principio fondamentale di epistemologia giudiziaria quanto per evitare le gravi conseguenze che altrimenti ne deriverebbero, è indispensabile che il livello di conoscenza del giudice chiamato a pronunciarsi sulla libertà personale dell'individuo sia almeno equivalente, se non superiore, a quello della parte requirente. Un simile equilibrio cognitivo può essere agevolato dall'introduzione di un contraddittorio preventivo. In assenza del contraddittorio, infatti, il giudice pur avendo accesso agli elementi che fondano la richiesta del pubblico ministero, osserva la situazione attraverso una lente «unidirezionale, come se guardasse con un occhio solo, privo di quella visione stereoscopica»³⁶⁷. Gli sfuggono così le sfumature, le incongruenze, le proporzioni e la profondità che solo un confronto dialettico può restituire. Quando una delle parti è privata della possibilità di esprimersi, anche il ruolo del giudice risulta inevitabilmente impoverito.

Alla luce di ciò, pur avendo la Corte costituzionale ritenuto per lungo tempi compatibile con il dettato costituzionale l'interrogatorio posticipato dell'imputato³⁶⁸, la recente legge n. 114/2024 ha modificato, seppur parzialmente, l'assetto normativo, prevedendo che la difesa possa in determinati casi esprimere la propria posizione prima dell'adozione del provvedimento cautelare.

Del resto, anche anteriormente a tale intervento normativo, il legislatore aveva previsto dei casi di contraddittorio c.d. “anticipato”, non solo in materia di procedimento penale cautelare *de societate*, ma anche nell’ambito del procedimento applicativo della misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, nonché per la convalida di misure pre-cautelari quali l'arresto obbligatorio, l'arresto facoltativo e il fermo.

Alla luce di quanto sopra, prima di procedere all'analisi delle modifiche introdotte dalla cosiddetta Riforma Nordio, appare opportuno soffermarsi brevemente sulle normative previgenti.

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

L'articolo 289, comma 2, c.p.p., c.p.p. disciplina una peculiare ipotesi di contraddittorio anticipato nell'ambito del procedimento di applicazione della misura cautelare interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio. In base a tale disposizione, «nel corso delle indagini

³⁶⁶ GIOSTRA, ult. op. cit., p. 1257.

³⁶⁷ Ibidem, p. 1261,

³⁶⁸ Cfr. Corte cost., 15 marzo 1996, n. 63, in questa rivista, 1996.

preliminari, prima di decidere sulla richiesta del pubblico ministero di sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, il giudice procede all'interrogatorio dell'indagato, con le modalità indicate agli articoli 64 e 65»³⁶⁹.

Secondo parte della dottrina, la *ratio* dell'anticipazione del contraddittorio in questo caso può rinvenirsi nell'esigenza di accertare preventivamente che la misura della sospensione dall'ufficio o dal servizio non comporti, in assenza di una reale necessità, un danno alla continuità dell'azione amministrativa o del servizio pubblico³⁷⁰. Sebbene la disciplina in oggetto ampli il novero delle garanzie, in particolare sul piano del diritto di difesa, tale rafforzamento assume carattere strumentale rispetto alla finalità primaria, di natura extraprocessuale, consistente nella tutela del buon andamento e della funzionalità della pubblica amministrazione³⁷¹.

Anche la Corte costituzionale ha precisato che la *ratio* della previsione è da individuarsi nell'esigenza di accertare preventivamente che l'applicazione della misura interdittiva non arrechi, in assenza di una concreta necessità, un pregiudizio alla continuità dell'attività amministrativa o del servizio pubblico. In tal modo, viene attribuito al giudice il compito di effettuare una valutazione incentrata sull'interesse pubblico potenzialmente inciso dalla misura, una forma di accertamento che non attiene direttamente alle esigenze di tutela dell'imputato, se non in via mediata. Infatti, l'eventuale riscontro di un pregiudizio effettivo nello svolgimento della funzione pubblica comporta l'inapplicabilità della misura interdittiva richiesta³⁷².

Quanto alle modalità procedurali, l'invito a comparire deve contenere una «sommaria enunciazione del fatto addebitato, quale risulta dalle indagini sino a quel momento svolte»³⁷³, nonché l'indicazione delle attività procedurali previste, oltre a informare l'indagato della facoltà di nominare un difensore. Poiché non è prevista la necessaria presenza del difensore, l'eventuale assenza dell'avvocato non comporta l'applicazione dell'art. 97, comma 4, c.p.p.³⁷⁴.

³⁶⁹La legge n. 47 del 2015 ha ampliato l'ambito di applicazione della misura della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, con l'obiettivo di limitare, per quanto possibile, il ricorso alla custodia cautelare. In questa prospettiva, è stata introdotta la possibilità che, a fronte della richiesta di una misura coercitiva da parte del pubblico ministero, il giudice – valutando i criteri di adeguatezza e proporzionalità – disponga la sospensione dall'esercizio di pubbliche funzioni, sia in via autonoma sia congiuntamente ad altra misura cautelare. In tali ipotesi, l'interrogatorio di garanzia non precede l'applicazione della misura interdittiva, ma si svolge entro dieci giorni dalla sua notificazione. Così in TONINI – CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 475.

³⁷⁰ SPANGHER – GIARDA, *Codice di procedura penale commentato*, op. cit., p. 283.

³⁷¹ BRONZO, *Le modifiche alle misure cautelari interdittive*, op. cit., p. 160.

³⁷² Corte cost., ord. 22 giugno 2000, n. 229, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2931.

³⁷³ SALVI, *Commento all'art. 375 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, vol. IV, 1990, p. 335.

³⁷⁴ MARANDOLA, L'interrogatorio di garanzia, p. 461.

L’istituto solleva criticità soprattutto sul piano del diritto di difesa, in quanto non è previsto il deposito degli atti ai sensi dell’art. 293 c.p.p. Ne consegue che l’intervento difensivo risulta fortemente limitato, potendosi ridurre alla semplice formulazione di osservazioni logico-giuridiche volte a evitare un’accettazione passiva della richiesta del pubblico ministero, o, al più, alla presentazione di elementi fattuali che, se dimostrati, potrebbero indebolire il quadro accusatorio³⁷⁵.

Inoltre, l’esplicamento di tale interrogatorio ha un carattere prettamente difensivo, essendo considerata una importante garanzia a favore dell’imputato, che è in tal modo posto in condizione di articolare le proprie ragioni al cospetto del giudice, sotto lo specifico profilo della legittimità e dell’opportunità dell’iniziativa cautelare³⁷⁶. Proprio perché i caratteri di tale interrogatorio richiamano la funzione garantista tipica dell’interrogatorio di garanzia previsto ex art. 294, parte della dottrina ritiene che la coincidenza sul piano funzionale e formale tra i due istituti può legittimare la sostituzione dell’interrogatorio di garanzia con quello preventivo, analogamente a quanto previsto per l’interrogatorio dell’arrestato in sede di convalida, dove il legislatore ha espressamente escluso la necessità di una nuova audizione³⁷⁷. Tuttavia, questa equiparazione rischia di compromettere le garanzie difensive dell’indagato, dal momento che i due interrogatori non sono sovrapponibili. In particolare, l’interrogatorio preventivo non consente – a differenza di quello di garanzia – un previo accesso agli atti, oggi riconosciuto come elemento essenziale per l’effettivo esercizio del diritto di difesa. Per questi motivi la giurisprudenza di legittimità si è espressa favorendo la duplicazione degli interrogatori³⁷⁸.

Inoltre, sebbene la norma non lo preveda espressamente, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che «l’interrogatorio preliminare all’emissione della misura dell’interdizione dall’esercizio di un pubblico ufficio o servizio, previsto dall’art. 289, comma 2, c.p.p., deve essere preceduto dal deposito di tutti gli atti posti a fondamento della richiesta di applicazione della misura al fine consentire all’indagato di estrarne copia e di approntare un’adeguata difesa». Inoltre, qualora successivamente all’esplicitamento dell’interrogatorio e prima dell’adozione del provvedimento cautelare il pubblico ministero produca ulteriori atti di indagine, siano essi o meno dipendenti dalle dichiarazioni rese

³⁷⁵ MARZADURI, Commento all’art. 21. 16 luglio 1997, n. 234, in Leg. Pen., 1997, p. 754.

³⁷⁶ PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Giuffrè, 2009, p. 476.

³⁷⁷ SPANGHER – GIARDA (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, VI ed., Wolters Kluwer – IPSOA, 2023, p.283

³⁷⁸ Cfr. Cass. Sez. IV, 12 giugno 2018, Cecchini, CED 273416; in senso contrario v. Cass. Sez. IV, 10 gennaio 2018, Miletto, CED 272769.

dall'indagato, il giudice è tenuto a procedere a un nuovo interrogatorio, anch'esso preceduto dalla previa ostensione degli atti, a pena di nullità per violazione del diritto di difesa³⁷⁹.

In ogni caso, l'istituto è espressione della volontà del legislatore di introdurre, in taluni ambiti, forme di contraddittorio anticipato che, pur presentando una minore intensità garantistica rispetto a quelle tipiche del modello codificato per le misure coercitive, sono funzionali a salvaguardare, in modo mediato, sia l'interesse pubblico alla regolare prosecuzione dell'attività amministrativa sia i diritti fondamentali della persona sottoposta a procedimento penale.

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

Il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 ha introdotto nel nostro ordinamento un sistema di responsabilità amministrativa degli enti collettivi per reati commessi nel loro interesse o vantaggio, delineando un procedimento peculiare che mira a promuovere l'adozione di modelli organizzativi idonei a evitare la commissione di illeciti³⁸⁰. Il procedimento *de societate* previsto dal decreto incentra la disciplina sul concetto di rieducazione dell'ente, promovendo l'adozione di strutture organizzative efficaci che riducano il rischio di verificazione di eventi criminosi. L'intero impianto normativo è infatti permeato dalla finalità di incentivare l'autoregolamentazione interna, con effetti premiali sia sul piano della responsabilità sia sulle conseguenze sanzionatorie: l'adozione di efficaci modelli organizzativi, infatti, può comportare l'esclusione della responsabilità, la riduzione delle sanzioni pecuniarie, la rinuncia all'applicazione delle misure interdittive o la loro sostituzione con sanzioni pecuniarie³⁸¹.

La deterrenza, dunque, si realizza mediante l'adozione e il potenziamento di adeguate misure organizzative da parte dell'ente, finalizzate a ridurre al minimo il rischio di commissione di reati. In tale contesto, i cosiddetti *compliance programs* rappresentano l'espressione più chiara del principio secondo cui la funzione preventiva, per risultare realmente efficace, deve essere integrata nei processi interni dell'organizzazione³⁸².

³⁷⁹ Sez. VI, 12 giugno 2018, n. 26929, in questa rivista, 2018

³⁸⁰ Inoltre, ai fini dell'affermazione della responsabilità dell'ente, è necessario che sussista il criterio oggettivo previsto dall'art. 5 del d.lgs. 231/2001, ossia che il reato sia stato commesso da un soggetto apicale o subordinato nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Inoltre, occorre accettare il criterio soggettivo, ai sensi degli artt. 6 e 7 del medesimo decreto, consistente nell'esistenza di una colpa organizzativa dell'ente, per aver agevolato la commissione del reato attraverso l'omessa predisposizione, prima della commissione del fatto, di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della stessa natura.

³⁸¹ LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2005, p. 395.

³⁸² DE MAGLIE, Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità, in Dir. proc. pen., 2001, n. 11, p. 1348

Anche le disposizioni processuali contenute nel decreto rispecchiano questa finalità, in particolare per quanto concerne il procedimento cautelare. In termini generali il procedimento a carico dell'ente è disciplinato dalle disposizioni contenute al capo III del decreto stesso e, in quanto compatibili, dalle norme del codice di procedura penale (art. 34 del d. lgs 231/2001). Il sistema delineato presenta significative deroghe rispetto al codice di rito, giustificate dalla peculiarità del soggetto destinatario.

In primo luogo, il procedimento cautelare *de societate* è caratterizzato da una ridotta strumentalità rispetto al processo principale³⁸³. La necessità cautelare non si incentra sul pericolo di fuga o sull'inquinamento probatorio, concetti difficilmente riferibili a un soggetto collettivo, bensì esclusivamente sulla pericolosità dell'ente intesa quale rischio di reiterazione illecita. Ne deriva che le misure interdittive si configurano prevalentemente come strumenti di prevenzione speciale³⁸⁴.

In secondo luogo, il decreto supera la struttura bifasica del procedimento cautelare a carico delle persone fisiche: si opta per un contraddittorio anticipato al provvedimento, che in questo modo perde le caratteristiche di «atto a sorpresa»³⁸⁵. La differenziazione sotto il profilo della compatibilità costituzionale si giustifica in ragione delle peculiarità proprie dell'ente: la possibilità di adottare misure riparatorie ai sensi dell'art. 17 del decreto, la facoltà per il giudice di sostituire l'interdizione con il commissariamento dell'ente (art. 45, comma 3, c.p.p.), nonché la prova liberatoria prevista dall'art. 6 del decreto³⁸⁶, che comporta per l'ente un onere di allegazione, necessario per escludere la propria responsabilità³⁸⁷, rendono ragionevole la previsione di un contraddittorio anticipato.

La disciplina procedurale prevede che, secondo il principio della domanda cautelare, il pubblico ministero richieda al giudice l'applicazione della misura cautelare, ex art. 45 del decreto, che dunque

³⁸³ LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, op. cit., p. 395 ss.

³⁸⁴ Ibid., dove si evidenzia che «un sistema che privilegia le esigenze di prevenzione rischia di trasformare la misura cautelare in una sorta di "criptopena", applicata in assenza di un pieno accertamento della responsabilità e di una condanna definitiva. Tale rischio risulta amplificato dal metodo adottato nell'individuazione delle tipologie di misure cautelari, che avviene mediante il richiamo pressoché integrale delle sanzioni interdittive, con l'eccezione della pubblicazione della sentenza e delle sanzioni pecuniarie».

³⁸⁵ Cfr. MOSCARINI, *Le cautele interdittive nel procedimento penale «de societate»*, Aracne, 2010, pp. 54-55.

³⁸⁶ Cfr. Sezioni Unite nel caso Thyssenkrupp. L'art. 6 del decreto stabilisce che l'ente non è chiamato a rispondere del reato qualora esso sia stato commesso da un soggetto in posizione apicale, a condizione che venga dimostrato che: a) l'organo dirigente aveva adottato e attuato efficacemente, prima del fatto, modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire reati della medesima natura; b) era stato istituito un organismo interno con autonomi poteri di iniziativa e controllo, incaricato di vigilare sull'efficace attuazione e sull'aggiornamento dei modelli; c) il reato è stato commesso eludendo in modo fraudolento tali modelli; d) l'organismo preposto alla vigilanza non ha omesso né esercitato in modo insufficiente il proprio controllo.

³⁸⁷ In particolare, tale onere può essere facilitato da un'acquisizione anticipata degli elementi probatori, la quale, oltre a scongiurare l'applicazione di misure interdittive, potrebbe anche ridurre i costi derivanti dalla durata e dalla complessità del procedimento giudiziario.

esclude ogni iniziativa *ex officio* del giudice³⁸⁸. Spetta al pubblico ministero sottoporre al giudice tutti gli elementi su cui si basa la richiesta, inclusi quelli favorevoli all'ente e le eventuali memorie difensive già presentate. La richiesta deve essere motivata, e contenere una chiara esposizione della posizione dell'accusa in merito alla sussistenza di gravi indizi di responsabilità a carico dell'ente³⁸⁹, nonché del *periculum in mora*³⁹⁰.

Per quanto riguarda le modalità di svolgimento del contraddittorio, quest'ultimo, dunque è anticipato in funzione della stessa decisione circa l'applicazione della misura richiesta. Soltanto dopo aver sentito le parti contrapposte, il giudice è in grado di pronunciare una decisione che deve prendere in esame una serie di parametri richiesti dalla complessa fattispecie oggetto dell'accertamento incidentale³⁹¹. Dispone l'art. 47 comma 2 che, se la richiesta cautelare è presentata fuori udienza, il giudice fissa un'udienza e ne dà avviso al pubblico ministero, all'ente e ai difensori, con un termine massimo di quindici giorni tra il deposito della richiesta e l'udienza stessa³⁹². Il termine che intercorre tra il deposito della richiesta e la fissazione dell'udienza non può superare i quindici giorni. Tuttavia, si tratta di una previsione priva di una specifica sanzione, salvo quanto previsto dall'art. 124 c.p.p., che disciplina le conseguenze dell'inosservanza da parte del magistrato delle disposizioni processuali³⁹³.

L'art. 47 comma 3 del decreto richiama, per la celebrazione dell'udienza, le forme previste per il rito camerale (art. 127 c.p.p.) debitamente accelerato. A norma dello stesso art. 47 comma 3, i termini previsti ai commi 1 e 2 dell'art. 127 c.p.p., ossia quelli che devono intercorrere tra l'avviso della fissazione dell'udienza e la data della stessa udienza e quello entro cui possono essere presentate le memorie in cancelleria, sono ridotti rispettivamente a cinque giorni e a tre giorni.

³⁸⁸ G. LATTANZI- P. SEVERINO, *Responsabilità da reato degli enti. Diritto processuale*, Vol II, Giappichelli, 2020, p. 151.

³⁸⁹ I gravi indizi di responsabilità dell'ente costituiscono un presupposto necessario per l'applicazione delle misure interdittive. Il giudice, sulla base degli atti disponibili, è chiamato a valutare il livello di responsabilità dell'ente, non solo in relazione al reato commesso, ma anche all'esistenza di un interesse o vantaggio per l'ente stesso e al ruolo svolto dai soggetti di cui all'art. 5, comma 1, lettere a) e b), verificando se abbiano agito nell'interesse proprio o di terzi. A ciò si aggiunge la necessità di accettare l'esistenza di uno dei criteri di imputazione previsti dagli articoli 6 e 7 del decreto. Il requisito della gravità degli indizi deve sussistere per ciascuno degli elementi che compongono l'illecito contestato. Un ulteriore presupposto per l'applicazione delle misure è rappresentato dalle condizioni stabilite all'art. 13 del decreto. Cfr. LATTANZI- P. SEVERINO, *Responsabilità da reato degli enti. Diritto processuale*, op. cit., p.144.

³⁹⁰ Il *periculum in mora* si identifica con il rischio concreto di reiterazione, fondato su elementi specifici e attendibili che inducano a ritenere probabile la commissione di ulteriori illeciti dello stesso tipo di quello oggetto del procedimento. La valutazione deve essere globale, tenendo conto sia di fattori oggettivi — come le modalità e le circostanze del fatto — sia di aspetti soggettivi, quali le caratteristiche organizzative e la 'personalità' complessiva dell'ente.

³⁹¹ LATTANZI – SEVERINO, *Responsabilità da reato degli enti. Diritto processuale*, op. cit., p. 156.

³⁹² BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, 2002, p. 279.

³⁹³ Ibidem.

Il contraddittorio, pur assicurato quale diritto dell'ente a partecipare all'udienza e ad essere ascoltato dal giudice sulla richiesta, non è tuttavia garantito come diritto al confronto dialettico con il proprio antagonista; la partecipazione delle parti, infatti, nel procedimento di adozione della misura cautelare è solo eventuale, trovando qui applicazione la disposizione secondo cui «il pubblico ministero, gli altri destinatari dell'avviso nonché i difensori sono sentiti se compaiono» (art. 127, comma 3, c.p.p.)³⁹⁴. La conseguenza è che la società può essere obbligata ad un ascolto solo differito e cartolare con il pubblico ministero, rimanendo in una posizione di svantaggio. Tuttavia, l'ente può produrre preesistente o sopravvenuta documentazione difensiva, anche acquisita tramite investigazioni difensive, al fine di contrastare la richiesta cautelare o dimostrare l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura³⁹⁵.

In questa sede il giudice compie valutazioni ulteriori rispetto a quella relativa alla mera sussistenza dei presupposti e delle condizioni di applicabilità delle misure interdittive. Ciò esalta la natura collaborativa di questo contraddittorio, che assolve non solo una funzione difensiva incentrata sui diritti del soggetto, stimolando l'ente all'adozione di condotte virtuose idonee a escludere l'applicazione delle sanzioni interdittive a norma degli artt. 17 e 49 d.lgs. 231/2001. L'aspetto collaborativo assume un ruolo predominante rispetto a quello difensivo, poiché la garanzia della migliore decisione da parte del giudice risiede nelle informazioni che possono essere acquisite durante l'udienza camerale³⁹⁶, dove l'apporto informativo proviene anche dall'ente e risponde al suo stesso interesse.

La circostanza che il contraddittorio sia anticipato rispetto all'applicazione della misura giustifica, poi, il venir meno della tradizionale distinzione tra riesame e appello. Avverso il provvedimento che applica all'ente la misura cautelare interdittiva è esperibile esclusivamente l'appello. La previsione di un riesame, a fronte dell'instaurazione di un contraddittorio preventivo, avrebbe determinato un

³⁹⁴ GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Giappichelli, 2021, p. 119, osserva che l'omessa previsione di una deroga alle regole del procedimento camerale, attraverso l'imposizione della presenza necessaria del pubblico ministero e del difensore, compromette la funzionalità dell'udienza cautelare, la quale, secondo le dichiarazioni del legislatore, avrebbe invece dovuto servire ad ampliare l'orizzonte conoscitivo del giudice.

³⁹⁵ Il fatto che nell'udienza prevista dall'art. 127 c.p.p. non sia contemplato uno spazio istruttorio — con il risultato che il dibattito tra le parti si svolge su un «patrimonio cognitivo precostituito» — non implica necessariamente un pregiudizio per l'ente imputato. Quest'ultimo, infatti, può far valere elementi favorevoli tramite le indagini difensive, incluse quelle cosiddette preventive. G. Lattanzi e P. Severino (*op. ult. cit.*, p. 156) rilevano inoltre che si sono consolidate prassi applicative che consentono al giudice cautelare di svolgere un'attività istruttoria limitata, prevalentemente consistente nell'acquisizione di perizie e pareri tecnici, finalizzati alla valutazione dei modelli organizzativi adottati dall'ente.

³⁹⁶ LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, op. cit., p. 493.

eccesso di garanzie, addirittura superiori a quelle previste per il procedimento cautelare che incide sulla libertà personale³⁹⁷.

Secondo autorevole dottrina³⁹⁸, il modello delineato dal decreto legislativo n. 231 del 2001 non può essere trasferito al procedimento nei confronti delle persone fisiche.

A supporto di tale teoria, anzitutto, occorre evidenziare la diversa finalità delle misure cautelari applicabili alle persone fisiche, che hanno unicamente lo scopo di garantire l'efficacia del processo e non possono coincidere con le sanzioni definitive.

In secondo luogo, il sistema cautelare degli enti presenta una struttura «monofunzionale» atteso che l'unica esigenza cautelare considerata è quella della prevenzione speciale, la quale, a differenza di altre, non richiede l'effetto sorpresa del provvedimento.

In terzo luogo, la complessità della valutazione sull'ente, che implica un'analisi approfondita della sua organizzazione interna, esige un confronto diretto per poter essere adeguatamente compiuta. Infine, anche ove si ammettesse la possibilità di applicare il modello dell'ente al procedimento contro le persone fisiche, il contraddittorio previsto risulterebbe comunque insoddisfacente, essendo strutturato in modo analogo a quello previsto per il riesame, in cui la presenza delle parti non è obbligatoria, con il rischio di riprodurre le stesse criticità già segnalate.

8.3. Il fermo e l'arresto in flagranza.

Ulteriori provvedimenti coercitivi limitativi della libertà personale sono il fermo e l'arresto in flagranza. Entrambe le misure comportano la conduzione dell'arrestato o del fermato in un istituto carcerario ma, a differenza delle misure cautelari, tali provvedimenti non sono adottati dal giudice, bensì dalla polizia giudiziaria³⁹⁹. Tali strumenti sono qualificati come “pre-cautelari”, in quanto prodromici all’eventuale adozione di provvedimenti cautelari, rispetto ai quali rivestono funzione strumentale⁴⁰⁰.

La loro disciplina trova fondamento nell’art. 13, comma 3, della Costituzione, il quale consente all’autorità di pubblica sicurezza di adottare provvedimenti restrittivi della libertà nei soli casi «eccezionali di necessità e urgenza», espressamente previsti dalla legge⁴⁰¹. La Carta costituzionale, tuttavia, richiede che tali provvedimenti siano necessariamente sottoposti al controllo dell’autorità

³⁹⁷ PERONI, Il sistema cautelare, op. cit., p. 268.

³⁹⁸ LATTANZI, Reati e responsabilità degli enti, op. cit., p. 493.

³⁹⁹ Tali misure sono eventualmente adottabili anche dal pubblico ministero, in qualità di dominus della polizia giudiziaria (art. 56 ss.).

⁴⁰⁰ CAMON et al., *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 991.

⁴⁰¹ Le condizioni dell’arresto obbligatorio, di quello facoltativo e del fermo «cristallizzano» tale requisito costituzionale e integrano situazioni di fatto che legittimano la restrizione della libertà personale dell’imputato.

giudiziaria entro quarantotto ore, in ossequio al principio secondo cui soltanto il giudice può disporre limitazioni della libertà personale. Il termine è perentorio: qualora entro tale limite temporale non si proceda alla convalida, i provvedimenti «si intendono revocati e restano privi di ogni effetto».

Il fermo e l'arresto sono improntati a *iter* procedurali peculiari rispetto ai modelli di contraddittorio anticipato finora considerati. La loro specificità risiede nel fatto che il momento dialettico tra accusa e difesa si realizza attraverso l'interrogatorio dell'indagato nell'ambito dell'udienza di convalida, disciplinata dall'art. 391 c.p.p.; se svolto regolarmente e in modo sostanzialmente effettivo, tale interrogatorio assolve alla funzione propria di quello previsto dall'art. 294 c.p.p., rendendolo «ex lege superfluo», pur trattandosi di atti formalmente distinti⁴⁰².

Una volta eseguita la misura dell'arresto o del fermo, la polizia giudiziaria ha l'obbligo di rilasciare una comunicazione scritta indicante i diritti riconosciuti alla persona privata della libertà, in conformità a quanto previsto dall'art. 386, comma 1, c.p.p. Contestualmente, sorgono in capo agli ufficiali e agenti di polizia obblighi informativi nei confronti del pubblico ministero, del difensore e dei congiunti dell'arrestato, sulla base delle disposizioni di cui agli artt. 347, 386, comma 2, e 387 c.p.p. Inoltre, la polizia giudiziaria è chiamata ad adempiere a due obblighi ulteriori: da un lato, deve porre l'arrestato o il fermato a disposizione del pubblico ministero nel minor tempo possibile, e comunque entro il termine massimo di ventiquattro ore; dall'altro, è tenuta a trasmettere all'organo requirente il verbale relativo all'arresto o al fermo entro il medesimo termine.

Il pubblico ministero, entro quarantotto ore dal fermo o dall'arresto, è tenuto a chiedere la convalida al giudice (art. 390 comma 2). A tal fine può procedere all'interrogatorio dell'arrestato o del fermato dando previo avviso al difensore, che ha facoltà di essere presente all'atto (art. 388, comma 2, c.p.p. che rinvia all'art. 64 c.p.p.)⁴⁰³. Inoltre, insieme alla richiesta di convalida, il pubblico ministero può presentare domanda di applicazione di una misura cautelare. In quest'ultimo caso, l'udienza di convalida potrà concludersi con l'adozione di due distinti provvedimenti giurisdizionali, ciascuno autonomo nella propria *ratio* e nei presupposti applicativi. Il giudice sarà dunque chiamato a svolgere una duplice verifica: da un lato, quella relativa alla legittimità della privazione della libertà personale già avvenuta, fondata sull'accertamento *ex post* dei requisiti che ne giustificavano l'esigenza; dall'altro, la valutazione delle condizioni attuali che giustificano, ai sensi della disciplina cautelare, la prosecuzione della limitazione della libertà. Le due decisioni, pur adottate nello stesso contesto

⁴⁰² MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, Cedam, 2006, p. 463.

⁴⁰³ All'inizio dell'interrogatorio l'inquirente, dopo aver dato l'avviso della facoltà di non rispondere, informa l'arrestato del fatto per cui si procede e delle ragioni che hanno determinato il provvedimento, comunicandogli inoltre gli elementi a suo carico e, se non può derivarne pregiudizio per le indagini, le fonti.

procedimentale, rispondono dunque a finalità differenti e sono sorrette da parametri valutativi autonomi⁴⁰⁴.

Ricevuta la richiesta, il g.i.p.⁴⁰⁵ ha quarantottore per fissare l'udienza di convalida, dandone tempestivo avviso al pubblico ministero e al difensore. L'udienza si svolge in camera di consiglio (art. 127 c.p.p.). L'ordinanza di convalida dev'essere pronunciata entro le quarantotto ore successive la presentazione della richiesta da parte del pubblico ministero, pena la perdita di efficacia della misura pre-cautelare. La procedura, nel rispetto delle stringenti tempistiche previste dall'art. 390, commi 1 e 2, c.p.p., si conclude nell'ambito della stessa udienza⁴⁰⁶. L'ordinanza è ricorribile in Cassazione quale provvedimento sulla libertà personale (art. 111 c.7 Cost).

La partecipazione all'udienza di convalida è facoltativa per il pubblico ministero, ma obbligatoria per il difensore dell'indagato (art. 391, comma 1, c.p.p.). Sebbene il difensore non sia obbligato a intervenire, qualora sia presente, l'indagato deve essere interrogato dal giudice⁴⁰⁷. La necessaria partecipazione del difensore conferisce alla procedura caratteristiche analoghe a quelle previste dagli articoli 63 e 64 c.p.p., i quali, *inter alia*, riconoscono all'indagato il diritto di non rispondere. Ciò avviene nonostante tali disposizioni non siano espressamente richiamate nel contesto normativo in esame⁴⁰⁸.

Al contrario, il pubblico ministero potrà scegliere se instaurare un contraddittorio completamente orale, partecipando all'udienza di convalida ed effettuando oralmente la richiesta; oppure un contraddittorio in parte orale e in parte cartolare, allegando per iscritto gli elementi a favore della richiesta senza partecipare all'udienza.

Secondo parte della dottrina, le tempistiche estremamente serrate proprie del procedimento impedirebbero al giudice di giungere all'udienza con una piena e approfondita conoscenza del fascicolo, determinando un'attività istruttoria limitata. L'indagato, pertanto, sarebbe destinatario non già di domande puntuali e selettive, ma di un generico invito a fornire elementi a propria difesa.

⁴⁰⁴ CAMON et al., *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 999.

⁴⁰⁵ L'articolo 390, comma 1, c.p.p., predispone che giudice competente è il giudice per le indagini preliminari del luogo dell'arresto o del fermo.

⁴⁰⁶ A differenza di quanto avviene nell'ambito di applicazione dell'art. 289 c.p.p., non può affermarsi che il soggetto si trovi in una condizione di inconsapevolezza rispetto alla propria situazione processuale. L'esecuzione dell'arresto o del fermo, infatti, consente all'individuo di acquisire conoscenza dell'atto adottato nei suoi confronti, conoscenza che può essere ulteriormente arricchita dalla possibilità di sottoporsi a interrogatorio da parte del pubblico ministero, ai sensi dell'art. 388 c.p.p. (cfr. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, 3).

⁴⁰⁷ Quando l'arrestato, il fermato o il difensore ne facciano richiesta, il giudice può autorizzarli a partecipare a distanza.

⁴⁰⁸ BRESCIANI, *Fermo*, in *Dig. d. pen.*, vol. V, Utet, 1991, p. 238; PERONI, *Sulle dichiarazioni dell'indiziato in udienza di convalida come equipollente dell'interrogatorio ex art. 294 c.p.p.*, in *Giust. pen.*, 1990, p. 608; VARRASO, *Interrogatorio in viculis dell'imputato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, vol. 42, fasc. 4, 1999, p. 1409.

Inoltre, un ulteriore profilo critico è rappresentato dalla circostanza che la difesa viene a conoscenza degli atti posti a fondamento della richiesta solo nel corso dell’udienza, in quanto non è previsto un deposito preventivo, a differenza di quanto stabilito dall’art. 293 c.p.p. Nonostante tale asimmetria, la giurisprudenza costituzionale⁴⁰⁹ e di legittimità⁴¹⁰ hanno ritenuto compatibile la disciplina con i principi fondamentali, affermando che l’impianto normativo garantisce comunque un adeguato livello di conoscenza degli addebiti e consente l’effettivo esercizio del diritto di difesa, grazie alla previsione di un’udienza specificamente dedicata allo scrutinio della misura.

Per concludere, la possibilità di anticipare il momento del contraddittorio in questo contesto trova fondamento nell’esigenza costituzionale – sancita dall’articolo 13 della Costituzione – di assicurare un controllo giurisdizionale sull’operato del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, soggetti privi di natura giurisdizionale. Tale controllo si configura come una mera verifica negativa da parte del giudice, volta ad accertare che l’iniziativa cautelare non sia arbitraria o meramente apparente, assicurando così che ogni limitazione alla libertà personale avvenga nel rispetto delle garanzie costituzionali⁴¹¹.

9. Legge n. 114 del 2024: la Riforma Nordio.

Le modifiche introdotte dalla cosiddetta «legge Nordio» in materia di misure cautelari personali costituiscono un segmento rilevante – ancorché non esaustivo – della legge n. 114 del 2024⁴¹². A tali interventi si affiancano ulteriori innovazioni che hanno interessato sia il codice penale – in particolare, è nota l’abrogazione del reato di abuso d’ufficio e la riformulazione del delitto di traffico di influenze illecite – sia il codice di procedura penale, con interventi in tema di intercettazioni, di avviso di garanzia e di impugnazioni. Tra queste ultime, assume rilievo la previsione dell’inappellabilità, da parte del pubblico ministero, delle sentenze di proscioglimento concernenti i reati previsti dall’art. 550, commi 1 e 2, del codice di rito. A tali modifiche si sono aggiunti anche alcuni interventi sulla disciplina dell’ordinamento giudiziario, unitamente alla previsione di un incremento dell’organico della magistratura ordinaria.

⁴⁰⁹ Corte cost., 5 febbraio 1999, n. 16, in *Giur. cost.*, 1999, p. 146.

⁴¹⁰ Sez. II, 7 maggio 1998, Catacchio, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 749.

⁴¹¹ Rimane comunque fermo il potere del legislatore, nell’ambito della propria discrezionalità, di prevedere che l’udienza di convalida possa tenersi anche dopo la cessazione della misura restrittiva della libertà personale, qualora non sia più necessario un immediato accertamento sulla legittimità della privazione stessa. cfr. SPANGHER – GIARDA, *Commento al codice di procedura penale*, Giuffrè, p. 3426)

⁴¹² Cfr. VALENTINI, *La nuova disciplina dell’interrogatorio preventivo tra vecchi e nuovi problemi*, in *Leg. pen.*, 2025.

Nel presente studio si intendono approfondire due innovazioni principali introdotte in tema di misure cautelari: da un lato, la previsione di un interrogatorio preventivo; dall’altro la collegialità del giudice nell’applicazione della misura della custodia cautelare in carcere. Quest’ultima novità, la cui operatività è stata differita di due anni a decorrere dall’entrata in vigore della legge, ha comportato modifiche agli articoli 328, 299 e 313 del codice di procedura penale.

Sebbene criticata in dottrina perché definita troppo «timida e problematica»⁴¹³, con ricadute marginali dato il limitato campo di applicazione⁴¹⁴, è innegabile che la riforma in esame rappresenti un’esperienza innovativa rispetto alla tradizione giuridica italiana, storicamente improntata a un modello incentrato sul contraddittorio successivo, funzionale a preservare la natura “a sorpresa” delle misure cautelari.

La posizione favorevole all’anticipazione dell’interrogatorio rispetto all’adozione della misura cautelare – successivamente accolta dal legislatore con la riforma del 2024 – si fonda, allora come oggi, sull’esigenza di rafforzare il principio della presunzione di innocenza dell’indagato e di tutelarne in modo più efficace le garanzie difensive⁴¹⁵. Contestualmente, la possibilità per il giudice di disporre di un quadro informativo più ampio e articolato dovrebbe contribuire a contenere il rischio di detenzioni ingiustificate, considerato particolarmente elevato nei casi in cui la misura venga adottata senza contraddittorio. Inoltre, l’introduzione di tale meccanismo rispondeva anche all’obiettivo di ridurre il numero complessivo di soggetti sottoposti a misure cautelari in attesa della definizione del giudizio. A tal riguardo, le statistiche del Ministero della giustizia sulla condizione detentiva hanno evidenziato un elevato numero di detenuti non ancora raggiunti da una sentenza irrevocabile di condanna⁴¹⁶, evidenziando un uso eccessivo della più afflittiva delle misure cautelari. In tale prospettiva, appare opportuno riservare la «garanzia più incisiva» del contraddittorio anticipato almeno ai casi di maggiore gravità, in cui la libertà personale viene integralmente compressa⁴¹⁷.

Nel corso degli anni, l’intervento del legislatore ha riflesso l’alternanza – in parte fisiologica – che caratterizza l’evoluzione della normativa processuale penale, orientandosi talvolta verso strategie

⁴¹³ Ibidem.

⁴¹⁴ SPANGHER, *Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio di prospettiva*, in *Sistema penale*, 27 giugno 2023., cit.: «Non sono pochi i problemi che questa nuova procedura prospetta. È evidente che la possibilità di procedere all’interrogatorio anticipato nei limiti indicati non sia possibile in presenza di una delle esigenze di cui alle lett. a) e b) dell’art 274 c.p.p. Dovrebbe essere consentito al giudice richiesto della misura del carcere di concedere gli arresti domiciliari e le altre misure. Sembra che indagato svolga l’interrogatorio anticipato in stato di libertà».

⁴¹⁵ MUZZICA, *Le prime sentenze della Cassazione in tema di interrogatorio preventivo*, in *Sistema penale*, 2024,

⁴¹⁶ CAMON, *Fondamenti di procedura penale*, op. cit., p. 945.

⁴¹⁷ ILLUMINATI, *Relazione*, in AA.VV., *G.I.P. e libertà personale: verso un contraddittorio anticipato?*, Jovene, 1997, p. 26.

ispirate a una logica securitaria, motivate da situazioni di emergenza, reali o percepite, e talaltra verso approcci più marcatamente garantisti⁴¹⁸. L'introduzione dell'interrogatorio preventivo nell'ambito delle misure cautelari costituisce un tema oggetto di riflessione sin dall'entrata in vigore del vigente codice di procedura penale, ed è stata periodicamente riportata al centro del dibattito dottrinale⁴¹⁹. Ciò ha giustificato la formulazione di proposte normative come quelle presentate dalla Commissione Dalia⁴²⁰ e la Commissione Riccio⁴²¹, senza mai però portare ad un effettivo cambio di paradigma, almeno prima della Riforma Nordio.

L'articolo del Codice di procedura penale maggiormente interessato dalle modifiche è stato l'art. 291, al quale sono stati aggiunti i commi da 1-quater a 1-novies. Tali nuove previsioni impongono al giudice – oppure, nei casi di competenza collegiale, al presidente del collegio o a un componente da lui designato – di procedere all'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini prima di disporre una misura cautelare. Tale adempimento, che deve rispettare quanto stabilito dagli articoli 64 e 65

⁴¹⁸ NAPPI, *Oscillazione e punti fermi nel regime delle misure cautelari personali*, in AA.VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 14.

⁴¹⁹ Cfr. MARANDOLA, *Troppi i dubbi sulle garanzie dell'interrogatorio cautelare anticipato*, in *Sistema penale e processo*, 10 maggio 202.; VALENTINI, *Com'è difficile trovare l'alba dentro l'imbrunire: note sparse sul futuribile interrogatorio ante cautela*, in *Arch. pen.*, 2023, p. 3 ss.; GIALUZ, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, in *Sistema penale*, 22 luglio 2024, p. 11 ss.

⁴²⁰ La commissione presieduta da Andrea Antonio Dalia fu istituita con decreto-legge del 29 luglio 2004 presso l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, insediandosi il 19 ottobre dello stesso anno. In soli otto mesi concluse i propri lavori, presentando un progetto di nuovo codice di procedura penale. L'idea ispiratrice, largamente condivisa dai membri della Commissione, era quella di una revisione organica del codice vigente. Il progetto si concentrava sull'adeguamento ai principi introdotti con la riforma dell'art. 111 della Costituzione, alle fonti internazionali e agli orientamenti delle istituzioni europee. Tra le proposte vi era anche l'introduzione di un contraddittorio anticipato in sede cautelare, distinto in base alla natura della misura da applicare: da una parte, le misure personali non detentive o interdittive; dall'altra, quelle detentive. Per un approfondimento si veda il progetto di legge n. 46 del 20.09.2005 sulla riforma del codice di procedura penale A.C. 323, della Camera dei deputati nella XV legislatura. Cfr. anche *Illustrazione alla proposta di legge n. 46 del 20.09.2005 sulla riforma del codice di procedura penale A.C. 323*; FERRUA, *Dibattito: quale progetto per la giustizia? La ristrutturazione del processo penale in cerca di autore*, in "Questione giustizia: bimestrale promosso da Magistratura Democratica. Fascicolo 4, Milano 2005, p. 780; SPANGHER, Relazione su *La libertà personale*, tenuta in occasione del Convegno organizzato dal prof. Angelo Pennisi, a Catania, il 20-21 giugno, dal titolo *Dal Progetto Dalia al progetto Riccio: quale futuro per il processo penale?*

⁴²¹ Alla base della nuova iniziativa riformatrice vi era la convinzione che il codice del 1988, pur essendo frutto di una elaborazione intellettuale di valore e di un lungo dibattito sul garantismo difensivo, avesse difettato di una vera sperimentazione pratica. Da queste premesse culturali e conoscitive nacquero diverse proposte di riforma, tra cui spiccano quelle relative al procedimento applicativo delle misure cautelari, volte a rafforzare la funzione giurisdizionale anche nella fase delle indagini preliminari, come imposto dagli artt. 13, 24 e 111 della Costituzione. Tuttavia, il dibattito si divise sulla questione se estendere la piena cognizione a tutte le misure cautelari o solo ad alcune. In definitiva, l'idea di un contraddittorio anticipato non si tradusse in una riforma concreta. Fu invece proposto che, durante le indagini preliminari, le decisioni sulle misure coercitive venissero adottate con ordinanza motivata dal giudice per le indagini preliminari entro un termine prefissato, prorogabile una sola volta per ragioni di particolare complessità, con comunicazione al solo pubblico ministero. Solo per i procedimenti relativi a reati di criminalità organizzata o terrorismo, si prevedeva la possibilità che la decisione fosse assunta in composizione collegiale, ferma restando la possibilità di impugnazione del provvedimento. La scelta di non prevedere un contraddittorio anticipato si fondava sia sulla volontà di elevare le garanzie processuali, sia sulla necessità di evitare una temporanea restrizione della libertà personale fondata unicamente sulla richiesta del pubblico ministero, in contrasto con il principio di eccezionalità delle misure cautelari. Cfr. Commissione Riccio - per la riforma del codice di procedura penale (27 luglio 2006) – Relazione; CANZIO, *Il progetto "Riccio"* di legge delega per il nuovo codice di procedura penale, in criminalità, 2007, p. 167

c.p.p. e deve essere documentato ai sensi dell'articolo 141-bis c.p.p., non è richiesto nei casi in cui sussista il pericolo di inquinamento delle prove (art. 274, lett. a) o il rischio di fuga (art. 274, lett. b). L'interrogatorio è dunque previsto unicamente quando ricorra l'esigenza cautelare di tipo preventivo di cui all'art. 274, lett. c, sempreché non si tratti di reati elencati nell'art. 407, comma 2, lett. a o nell'art. 362, comma 1-ter, c.p.p., né di gravi delitti commessi con l'impiego di armi o con altre forme di violenza personale.

Nei casi, comunque limitati, in cui l'interrogatorio è obbligatorio, esso deve essere preceduto dalla notifica dell'invito a comparire all'indagato e al suo difensore. Tale invito, in via ordinaria, deve essere notificato almeno cinque giorni prima dell'interrogatorio, ma il termine può essere ridotto dal giudice per ragioni di urgenza, purché sia comunque garantito un tempo adeguato per presentarsi. L'invito deve inoltre contenere, ai sensi dell'art. 291, comma 1-septies, c.p.p., l'avviso del deposito, presso la cancelleria del giudice, della richiesta di applicazione della misura e dei relativi allegati, nonché l'informazione circa la facoltà di prenderne visione ed estrarne copia.

Il giudice può comunque decidere sulla richiesta di misura cautelare qualora l'indagato non si presenti senza giustificato motivo, oppure qualora non sia stato possibile rintracciarlo e si ritenga che le ricerche siano state esaustive, anche relativamente ai luoghi indicati nell'art. 159, comma 1, c.p.p.

Le conseguenze giuridiche della mancata osservanza di questa disciplina sono evidenziate dalle modifiche all'articolo 292 c.p.p., che disciplina i requisiti dell'ordinanza di applicazione della misura. La mancata effettuazione dell'interrogatorio preventivo, così come l'inosservanza delle prescrizioni relative all'invito a comparire, comportano la nullità dell'ordinanza cautelare (art. 292, comma 3-bis, c.p.p.). Inoltre, l'ordinanza è nulla se non contiene una valutazione specifica degli elementi forniti dall'indagato nel corso dell'interrogatorio di cui all'art. 291, comma 1-quater, c.p.p. (art. 292, comma 2-ter, c.p.p.). L'esplicita inclusione delle dichiarazioni rese durante tale interrogatorio tra gli atti da trasmettere al tribunale del riesame, nei termini previsti, lascia intendere che l'omissione di tale trasmissione comporta l'inefficacia della misura, come previsto dall'art. 309, comma 5, c.p.p.

L'altro ambito di innovazione in materia di libertà personale riguarda l'introduzione del giudice per le indagini preliminari in composizione collegiale, figura che non è ancora operativa, in quanto la relativa entrata in vigore è stata posticipata di due anni a decorrere dall'adozione della legge n. 114 del 2024. Tale riforma si è concretizzata attraverso una serie di modifiche apportate agli articoli 328, 299 e 313 c.p.p. In particolare, l'articolo 328 c.p.p. è stato arricchito con il nuovo comma 1-quinquies, c.p.p., il quale stabilisce che «il giudice per le indagini preliminari decide in composizione collegiale l'applicazione della misura della custodia in carcere». Una disposizione analoga è stata inserita anche

nel comma 1 dell'articolo 313 c.p.p., relativo al procedimento per l'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza, dove si prevede che «il giudice per le indagini preliminari procede nella composizione collegiale di cui all'art. 328, comma 1-quinquies, c.p.p., quando deve essere applicata una misura di sicurezza detentiva».

In aggiunta, anche l'art. 299, comma 4, c.p.p., concernente l'aggravamento delle misure cautelari durante la loro esecuzione, è stato modificato mediante l'inserimento di una previsione secondo cui, «se ritiene che l'aggravamento debba comportare l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, il giudice per le indagini preliminari rimette la decisione al collegio di cui all'articolo 328, comma 1-quinquies, c.p.p.».

A queste modifiche di natura processuale si affiancano ulteriori interventi di carattere organizzativo e ordinamentale, finalizzati a rendere effettivamente operativo il nuovo modello del giudice collegiale per le indagini preliminari.

L'istituto dell'interrogatorio preventivo si configura come una garanzia a tutela della libertà personale dell'indagato, anticipando il contraddittorio in ordine ai presupposti applicativi della misura cautelare alla fase anteriore all'emissione dell'ordinanza. Tale anticipazione è rafforzata dalla previsione di un esteso obbligo di *discovery*, volto a rendere effettiva la partecipazione difensiva. Tuttavia, i requisiti stringenti per la sua attivazione e le limitazioni procedurali ad esso connesse ne limitano l'applicazione, conferendogli carattere residuale e, in parte, eccezionale. La volontà politica di rafforzare le garanzie processuali si è dunque confrontata, almeno in parte, con le resistenze di natura pratica e culturale che ostacolano l'effettiva attuazione di un mutamento così significativo nell'impianto delle misure cautelari⁴²².

⁴²² SURACI, *Sistema cautelare ed interrogatorio preventivo. Qualche riflessione*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2, 2024, p. 99 ss.

CAPITOLO III

LE GARANZIE PROCESSUALI A TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE DELL'IMPUTATO: FRANCIA E ITALIA A CONFRONTO.

SOMMARIO: 1. I principi internazionali che guidano i due sistemi. 1.1. Tutela convenzionale. 1.2. Tutela europea. 2. *Juge des libertés et de la détention* e giudice per le indagini preliminari a confronto. 3. I due sistemi di impugnazione. 4. La durata della restrizione della libertà nei due sistemi. 5. La garanzia del contraddittorio a confronto: la *détention provisoire* e l'interrogatorio preventivo italiano. 6. Situazione attuale in Francia. Statistiche ed efficienza del sistema. 6.1. L'affaire *d'Outreau*. 6.2. Ultime novità. La riforma della giustizia penale in Francia e le linee tracciate dal ministro *Dupond-Moretti*. 7. Riforma Nordio: tra intenti normativi e riscontri applicativi. 7.1. Vantaggi processuali. 7.2. Critiche: Limitatezza del campo applicativo e lacune normative. 7.3. Prima giurisprudenza. Sfide e prospettive di riforma.

1. I principi internazionali che guidano i due sistemi.

L'analisi dei moderni sistemi processuali non può prescindere da un'approfondita riflessione sui principi internazionali che sorreggono il diritto penale, sia sostanziale che processuale. A partire dal secondo dopoguerra, il diritto penale ha subito un'evoluzione significativa, distaccandosi progressivamente da una concezione esclusivamente nazionale per aprirsi a una dimensione sovranazionale, in stretta connessione con lo sviluppo degli ordinamenti internazionali e sovranazionali⁴²³.

Una delle espressioni più rilevanti di tale trasformazione risiede nella nascita del diritto penale internazionale, formalizzata attraverso l'istituzione dei Tribunali militari internazionali di Norimberga e di Tokyo. Il percorso evolutivo di questa branca del diritto ha trovato il suo apice con l'adozione, nel 1998, dello Statuto di Roma, entrato in vigore nel 2002, che ha istituito la Corte penale Internazionale⁴²⁴. Parallelamente, i sistemi penali interni sono stati progressivamente influenzati dall'ampliamento della tutela sovranazionale dei diritti fondamentali. In tale contesto, si collocano la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU),

⁴²³ Cfr. DE ANGELIS, *L'effet de convergence du droit communautaire sur la procédure pénal des Etats membres, in procès penal et droit de l'homme, Vers une conscience européenne*, 1992, p.285 ss.

⁴²⁴ Tale trattato, in particolare, stabilisce i principi fondamentali, la giurisdizione, la struttura e le competenze degli organi della Corte penale Internazionale, disciplinando anche le relazioni con le Nazioni Unite, con le organizzazioni intergovernative, internazionali e non governative, nonché l'istituzione e le attribuzioni dell'Assemblea degli Stati Parte. Cfr. *Rome Statute of the International Criminal Court*, 1998, disponibile in <https://digitallibrary.un.org/record/260261?ln=en&v=pdf>

adottata nel 1950, nonché l'istituzione della Corte europea dei diritti dell'uomo nel 1959⁴²⁵. Altrettanto rilevante è la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cd. Carta di Nizza) nel 2000, divenuta giuridicamente vincolante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009. Entrambi questi strumenti rappresentano oggi il fondamento di un sistema regionale integrato di tutela dei diritti fondamentali, capace di incidere in modo significativo sull'evoluzione delle normative nazionali.

I principi di matrice internazionale e sovranazionale agevolano non solo l'operazione comparatistica tra i diversi sistemi giuridici interni, ma forniscono anche una chiave interpretativa utile per comprendere la progressiva convergenza dei modelli processuali contemporanei.

Occorre rilevare che un aspetto fondamentale dei sistemi sovrannazionali è che i principi espressi nelle Carte non sono mere dichiarazioni di principio ma, al contrario, assumono una efficacia vincolante non solo da un punto di vista verticale – ossia, nei rapporti tra Stato e individuo – ma anche da un punto di vista orizzontale, ossia nei rapporti tra privati.

Da un lato, per il diritto dell'Unione Europea, la Carta di Nizza rientra a partire dal 2007 nelle fonti primarie del diritto unionale, vincola gli Stati che ne danno attuazione con norme nazionali e il privato, se leso nel godimento di un proprio diritto fondamentale, può invocarne l'applicabilità nei confronti della disposizione nazionale in contrasto con la Carta⁴²⁶. Tuttavia, l'ambito di applicabilità della Carta Europea è limitato alle competenze dell'Unione espresse secondo il principio di attribuzione. L'articolo 51⁴²⁷, infatti, afferma che “la presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione”⁴²⁸.

Per quanto concerne, invece, le violazioni della CEDU, l'individuo ha facoltà di ricorrere direttamente alla Corte europea dei diritti dell'uomo. A tal proposito, merita menzione la recente

⁴²⁵ La Convenzione è stata ratificata in date molto differenti da un paese all'altro. Per quel che ci riguarda, l'Italia ha ratificato tale documento nel 1973, mentre la Francia nel 1981.

⁴²⁶ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, sentenza 13 maggio 2014, ECLI:EU:C:2014:317, § 68.

⁴²⁷ Nonché in varie dichiarazioni indicate all'atto finale del Trattato di Lisbona (n. 1, n. 53, n. 61) e l'art. 6(1), comma 2

⁴²⁸ NASCIMBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European Forum – European Papers*, 2020, disponibile su: <https://www.europeanpapers.eu/europeanforum/carta-diritti-fondamentali-applicabilita-e-rapporti-fra-giudici>.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, con la nota pronuncia *Åkerberg Fransson*, ha precisato che la tutela dei diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento dell'Unione trova applicazione esclusivamente nelle ipotesi in cui la fattispecie oggetto di giudizio rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Tali garanzie, e con esse la competenza della Corte, si attivano ognqualvolta la normativa nazionale risulti connessa in modo sufficientemente rilevante a una disposizione del diritto dell'Unione – primaria o derivata – diversa da quella invocata nella Carta. In simili circostanze, il giudice nazionale è posto nelle condizioni di disporre di tutti gli strumenti interpretativi necessari a verificare la compatibilità della disciplina interna con i diritti fondamentali sanciti a livello unionale.

riforma introdotta con la cd. “riforma Cartabia”, la quale ha previsto – mediante l’inserimento dell’art. 628-bis c.p.p. – un nuovo rimedio giurisdizionale per l’esecuzione delle decisioni della Corte di Strasburgo. Tale istituto, inquadrabile nell’ambito delle impugnazioni straordinarie⁴²⁹, si fonda su un “doppio giudicato” – nazionale e sovranazionale⁴³⁰ – e consente di rimuovere gli effetti pregiudizievoli di una sentenza interna divenuta definitiva, qualora la stessa sia stata oggetto di censura da parte della Corte EDU per violazione delle garanzie convenzionali. In presenza di una decisione favorevole emessa dalla Corte europea, il soggetto interessato può presentare impugnazione ai sensi dell’art. 628-bis c.p.p., al fine di ottenere una revisione della decisione interna lesiva dei propri diritti fondamentali.

1.1. Tutela convenzionale.

Sul piano della tutela convenzionale, peculiare rilievo nell’ambito delle misure cautelari restrittive della libertà personale assumono gli articoli 5 e 6 della C.e.d.u., che enunciano rispettivamente il “diritto alla libertà e alla sicurezza” e il principio dell’“equo processo”⁴³¹.

L’articolo 5 si apre con una dichiarazione di universalità della garanzia, affermando che “ogni persona ha diritto alla libertà e sicurezza”. La norma consacra un diritto fondamentale, consistente nella protezione dell’individuo contro l’interferenza arbitraria dello Stato nei confronti del suo diritto alla libertà, intesa in senso prettamente fisico⁴³². Inoltre, la Corte ha più volte evidenziato come la tutela si riferisca ad ogni *privazione* arbitraria della libertà, non concernendo le mere restrizioni della libertà di circolazione, che sono disciplinate dall’articolo 2 del Protocollo n. 4⁴³³.

Il concetto di “privazione” della libertà deve essere interpretato in senso sostanziale e non meramente formale, richiedendo una valutazione caso per caso in base a parametri quali la natura, la durata, gli

⁴²⁹ LONATI, *Processo penale e rimedi alle violazioni delle garanzie europee*, Cedam, 2022, p. 298.

⁴³⁰ CAMON – CESARI – DANIELE – DI BITONTO – NEGRI – PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, 2020, p.930.

⁴³¹ DE ANGELIS, *L’effet de convergence du droit communautaire sur la procédure pénale des États membres*, in *Procès pénal et droit de l’homme. Vers une conscience européenne*, 1992, p. 285 ss.

⁴³² Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ricorso n. 5100/71, sentenza 8 giugno 1976, § 58.; va quindi rimarcato che «la nozione di libertà recepita dalla norma in commento si avvicina alla libertà degli arresti riconosciuta dalle Costituzioni degli stati membri». Cfr. GIALUZ, *Commento all’art. 5 CEDU, par. I*, in BARTOLE – DE SENA – ZAGREBELSKI (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo*, Cedam, 2011, p. 108.

⁴³³ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, ricorso n. 43395/09, sentenza 23 febbraio 2017, § 80.; Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *Creangă c. Romania*, ricorso n. 29226/03, sentenza 23 febbraio 2012, §§ 91–92; Engel e altri c. Paesi Bassi, § 58). La differenza tra le restrizioni della circolazione sufficientemente gravi da costituire una privazione della libertà ai sensi dell’articolo 5 § 1 e le mere restrizioni della libertà previste soltanto dall’articolo 2 del Protocollo n. 4 è una differenza che attiene al grado o all’intensità, e non alla natura o alla sostanza. Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Rantsev c. Cipro e Russia*, ricorso n. 25965/04, sentenza 7 gennaio 2010, § 314.

effetti e le modalità di attuazione della misura⁴³⁴. Misure atipiche che non si concretizzino in una detenzione in senso stretto possono integrare una privazione della libertà solo laddove incidano significativamente sulla sfera personale dell'individuo⁴³⁵.

L'art. 5 § 1 C.e.d.u. accorda al diritto alla libertà personale una protezione condizionata⁴³⁶, in quanto lo stesso articolo, dalla lett. a) alla lett. f), enumera sei possibili ragioni che possono fondare la legittima privazione della libertà personale di un individuo, a patto che tali limitazioni siano regolate “nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge”. La disposizione, dunque, rimette alla legislazione nazionale – e, se del caso, anche a quella internazionale⁴³⁷ o al diritto europeo⁴³⁸ – la disciplina di dettaglio delle ipotesi legittimanti. È, però, corretto notare come *ictu oculi* manchi una riserva di legge in senso stretto come quella presente nell'art. 13 Cost. e ciò è ovvia conseguenza del fatto che le carte internazionali non possono che tenere conto delle caratteristiche dei diversi ordinamenti degli stati che ad esse aderiscono⁴³⁹.

Per quel che concerne il nostro campo di analisi, la lett. c) dell'art. 5.1 giustifica la limitazione della libertà personale nel caso in cui sia necessario eseguire una misura cautelare. I tre casi in cui è giustificabile la limitazione ai sensi della disposizione riguardano tre situazioni che, in maniera similare, trovano un riscontro nazionale sia nel sistema italiano che in quello francese. In particolare, tale limitazione è giustificabile se sussistono “motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso

⁴³⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Guzzardi c. Italia*, ricorso n. 7367/76, sentenza 6 novembre 1980, §§ 92–95.

⁴³⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Medvedyev e altri c. Francia*, ricorso n. 3394/03, sentenza 29 marzo 2010, §§ 73, 79; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Creangă c. Romania*, ricorso n. 29226/03, sentenza 23 febbraio 2012, §§ 91–92.

⁴³⁶ BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 C.E.D.U. e art. 2 prot. 4)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, p. 255 ss.

⁴³⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Medvedyev e altri c. Francia*, ricorso n. 3394/03, sentenza 29 marzo 2010, §§ 73, 79; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Toniolo c. San Marino e Italia*, ricorso n. 44853/10, sentenza 26 giugno 2012, § 46.

⁴³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Paci c. Belgio*, ricorso n. 45597/09, sentenza 17 aprile 2018, § 64., concernenti la detenzione sulla base di un mandato di arresto europeo

⁴³⁹ VIRGILIO, *Il riesame delle misure cautelari personali*, Jovene, 2005, p. 17. Tra le finalità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rientra anche quella di contribuire, mediante il riconoscimento e la protezione dei diritti fondamentali e nel rispetto delle identità costituzionali nazionali, al rafforzamento del processo di integrazione europea. Tale obiettivo può realizzarsi soltanto a condizione che tutti gli Stati aderenti accettino e ratifichino la Convenzione, riconoscendone gli standard minimi di tutela. La possibilità di giungere a una base comune di protezione è strettamente legata alla capacità della Convenzione di individuare garanzie condivisibili da ordinamenti giuridici differenti, caratterizzati da eterogeneità culturale, storica e costituzionale. Tali standard minimi, una volta accettati, vincolano indistintamente tutti gli Stati parte. Resta fermo, tuttavia, che gli Stati i cui ordinamenti prevedano livelli di tutela più elevati rispetto a quelli convenzionali sono tenuti a mantenere tali standard rafforzati, in virtù del principio del *favor libertatis*.

un reato⁴⁴⁰ o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato⁴⁴¹ o di darsi alla fuga dopo averlo commesso”.

Anche a livello convenzionale, la privazione della libertà attraverso una misura cautelare richiede specifici presupposti, ossia la prevedibilità, la necessità e la proporzione della misura. Il primo requisito implica che la legge abbia predefinito le tipologie di misure e chiaramente individuato i presupposti applicativi affinché ciascun individuo possa prevedere con ragionevole grado di approssimazione le conseguenze delle proprie azioni⁴⁴². I requisiti di necessità e di proporzionalità della misura esigono che siano state esaminate misure meno severe della detenzione e che esse siano state ritenute insufficienti a salvaguardare gli interessi dei singoli o pubblici⁴⁴³.

I successivi paragrafi dell’articolo 5 C.e.d.u. regolano ulteriori garanzie a favore della persona privata della propria libertà. In particolare, il paragrafo 2 sancisce il diritto dell’imputato ad essere immediatamente informato dei motivi dell’arresto e di ogni accusa formulata a suo carico⁴⁴⁴. Se una persona è stata informata dei motivi dell’arresto o della detenzione, la stessa può, se lo ritiene opportuno, adire un tribunale per contestare la legittimità della sua detenzione. Se il ricorrente non è in grado di ricevere informazioni, i pertinenti dettagli devono essere comunicati alle persone che curano i suoi interessi, come il difensore o il tutore⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰ Il criterio imposto dall’articolo 5 § 1, lettera c), non presuppone che la polizia debba avere prove sufficienti per formulare imputazioni al momento dell’arresto o nel corso della detenzione del ricorrente Corte europea dei diritti dell’uomo, *Petkov e Profirov c. Bulgaria*, ricorso n. 50027/08, sentenza 19 febbraio 2013, § 52.

⁴⁴¹ La disposizione in esame si riferisce esclusivamente alla custodia cautelare e non può essere invocata per giustificare misure detentive fondate su logiche di prevenzione generale nei confronti di individui o gruppi ritenuti potenzialmente pericolosi o inclini alla commissione di illeciti. Affinché la detenzione sia conforme alla seconda parte dell’articolo 5, paragrafo 1, lettera c), della CEDU, le autorità competenti devono fornire elementi sufficientemente persuasivi a dimostrare che, in assenza della misura restrittiva, la persona in questione sarebbe stata verosimilmente coinvolta nella realizzazione di un reato concreto e determinato. Non è pertanto sufficiente un rischio generico, ma è richiesta una correlazione diretta tra la detenzione e la prevenzione di un fatto specifico. Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *S. v. A. c. Danimarca*, ricorso n. 35553/12, sentenza 22 ottobre 2018, §§ 89, 91.

⁴⁴² BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 C.E.D.U. e art. 2 prot. 4)*, op. cit., p. 261.

⁴⁴³ Guida all’articolo 5 – Diritto alla libertà e alla sicurezza, a cura della Corte europea dei diritti dell’uomo, disponibile su: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/guida_cedu_articolo5.pdf, p. 20

⁴⁴⁴ I termini impiegati nel paragrafo 2 dell’articolo 5 della CEDU devono essere interpretati in modo autonomo rispetto alle definizioni giuridiche nazionali, adottando un criterio finalizzato alla realizzazione dello scopo ultimo della norma: garantire una protezione effettiva contro ogni forma di privazione arbitraria della libertà personale. In tale ottica, il termine “arresto” deve essere inteso in senso ampio, ricomprensivo anche di situazioni che esulano dall’ambito strettamente penale. Parimenti, l’espressione “ogni accusa” non costituisce un elemento costitutivo necessario per l’applicazione della disposizione, ma rappresenta piuttosto una condizione eventuale che può contribuire a giustificare la necessità delle garanzie previste dalla Convenzione. Cfr. Guida all’articolo 5 – Diritto alla libertà e alla sicurezza, op. cit., p. 30

⁴⁴⁵ Corte europea dei diritti dell’uomo, *X c. Regno Unito*, rapporto della Commissione europea dei diritti dell’uomo, § 106.; Corte europea dei diritti dell’uomo, *Z.H. c. Ungheria*, ricorso n. 28973/11, sentenza 8 novembre 2012, §§ 42–43.

Il paragrafo successivo (art.5 §3) disciplina la necessarietà del controllo giudiziario, stabilendo che ogni persona arrestata o detenuta dev'essere tradotta al più presto dinanzi all'autorità giudiziaria e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole.

Infine, il paragrafo 4 riconosce a “chiunque sia privato della sua libertà mediante arresto o detenzione” il diritto di “proporre un ricorso dinanzi a un tribunale, affinché si pronunci in tempi brevi sulla legittimità della detenzione e ordini la liberazione se essa risulta illegittima”⁴⁴⁶.

Quanto all'articolo 6 CEDU, esso rappresenta il fulcro delle garanzie processuali convenzionali, disciplinando il diritto a un equo processo. La norma ha profondamente influenzato la struttura dei processi penali in numerosi ordinamenti, tra cui quelli italiano e francese. Tuttavia, la nozione di “processo equo” non può essere cristallizzata in una formula rigida e universale, ma deve essere valutata in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto⁴⁴⁷.

Il cuore dell'articolo è rappresentato dalla previsione di un giudice terzo, imparziale e precostituito per legge. Il processo deve svolgersi in un'udienza, che non è necessariamente pubblica⁴⁴⁸, nel rispetto del contraddittorio tra le parti⁴⁴⁹. Devono inoltre essere garantiti il diritto alla presenza dell'imputato⁴⁵⁰ e del suo difensore⁴⁵¹, e il processo deve concludersi entro un “termine ragionevole”⁴⁵².

È importante notare come tale articolo non citi espressamente la necessità di un contraddittorio preventivo come elemento essenziale di un processo equo. In sostanza, pur in un contesto di garanzie nettamente orientato ad assicurare l'effettività della tutela difensiva, nei riferimenti normativi della Convenzione e nelle decisioni della giurisprudenza di Strasburgo non si riesce ad intravedere nessuno spunto che faccia ritenere il contraddittorio preventivo quale elemento imprescindibile del giusto processo⁴⁵³.

Tale impostazione ha giustificato, nel tempo, la coesistenza di modelli giuridici differenti, come quello francese e italiano. Come esaminato, quest'ultimo fino a epoca recente non richiedeva un

⁴⁴⁶ Cfr. par. 3

⁴⁴⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 50541/08 e altri, sentenza 13 settembre 2016, § 250.

⁴⁴⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Reinprecht c. Austria*, ricorso n. 67175/01, sentenza 15 novembre 2005, §§ 38–41.

⁴⁴⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Assenov e altri c. Bulgaria*, ricorso n. 24760/94, sentenza 28 ottobre 1998, § 162

⁴⁵⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Klamecki c. Polonia*, ricorso n. 31583/96, sentenza 3 aprile 2003, § 129.

⁴⁵¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bouamar c. Belgio*, ricorso n. 9106/80, sentenza 29 febbraio 1988, § 60.

⁴⁵² Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Ilseher c. Germania*, ricorsi nn. 10211/12 e 27505/14, sentenza 4 dicembre 2018, §§ 251–256.

⁴⁵³ GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Cedam, 2012, p. 194 s.

contraddittorio preliminare per l'adozione di misure cautelari personali, e tale previsione è stata a più riprese ritenuta compatibile con il dettato della Convenzione.

I commi successivi di tale articolo, infine, enunciano i diritti riconosciuti a favore dell'imputato. In particolare, il comma 2 introduce anche in ambito sovranazionale la tutela relativa alla presunzione di innocenza – “ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata” – come essenza cardine dei moderni ordinamenti.

1.2. Tutela europea.

A partire dagli anni Settanta, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha progressivamente elaborato un solido sistema di tutela dei diritti fondamentali, superando l'originaria configurazione della Comunità come mera unione di natura economica. Già nella storica sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* (C-11/70), la Corte affermava che il rispetto dei diritti fondamentali costituisce un principio generale dell'ordinamento comunitario, da garantirsi anche in assenza di una codificazione esplicita, in quanto derivante dalle “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri” e da strumenti internazionali cui gli Stati medesimi avevano aderito. Tale indirizzo giurisprudenziale, poi confermato e sviluppato in successive pronunce – tra cui si segnalano le sentenze *Nold* (C-4/73) e *Hauer* (C-44/79)⁴⁵⁴ – ha progressivamente consolidato la convinzione che l'integrazione economica non potesse prescindere da una dimensione assiologicamente orientata alla tutela della persona, segnando il passaggio da un ““unione economica” a un ““unione di diritto””.

Un ulteriore sviluppo è stato rappresentato dalla proclamazione, nel 2000, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cd. Carta di Nizza), che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009, ha acquisito efficacia giuridicamente vincolante ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea (TUE). A partire da tale momento, la Carta è divenuta parte integrante del diritto primario dell'Unione.

È utile sottolineare che, fin dalla sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, la Corte di giustizia ha chiarito che la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'ordinamento comunitario – oggi

⁴⁵⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:114, § 4; e qualche anno dopo, causa 4/73, *Nold KG c. Commissione*, ECLI:EU:C:1974:51, § 13; causa 44/79, *Hauer c Land Rheinland-Pfalz*, ECLI:EU:C:1979:290, par. 17-22; si veda nel passato, per un riferimento ai “diritti fondamentali della persona, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Carta garantisce l’osservanza”, cfr. causa 29/69, *Stauder c Stadt Ulm*, ECLI:EU:C:1969:57 par. 7. Per un riferimento alla tutela “pretoria” o al “sistema pretoriano” si veda *Internationale Handelsgesellschaft mbH c Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* cit., conclusioni dell'AG Dutheillet De Lamothe, 114

unionale – deve essere garantita “nell’ambito della struttura e delle finalità della Comunità”, evidenziando in tal modo i limiti strutturali e funzionali all’esercizio di tale tutela. Tale impostazione si riflette oggi nell’articolo 51 della Carta, il quale limita l’ambito di applicazione dei diritti garantiti ai soli atti posti in essere dalle istituzioni dell’Unione o dagli Stati membri “nell’attuazione del diritto dell’Unione”⁴⁵⁵.

Le disposizioni centrali della Carta in materia di garanzie processuali sono gli articoli 6, 47 e 48, che rispettivamente consacrano il diritto alla libertà e alla sicurezza personale, il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice imparziale, la presunzione di innocenza e i diritti della difesa. Tali norme riproducono, in larga misura, i principi già affermati dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, contribuendo a delineare un sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali in Europa.

Nonostante la parziale sovrapposizione dei contenuti, è importante rilevare che la Carta di Nizza e la CEDU operano su piani distinti, caratterizzati da differenti ambiti di applicazione. La Carta si applica esclusivamente nei limiti delle competenze dell’Unione, mentre la CEDU conserva una portata più ampia, configurandosi come parametro esterno di legittimità rispetto agli ordinamenti nazionali. Tale duplice livello di tutela ha dato luogo a un sistema di garanzie integrato ma non unificato, in cui la Corte di giustizia dell’Unione europea e la Corte europea dei diritti dell’uomo svolgono ruoli paralleli ma coordinati nella protezione dei diritti fondamentali⁴⁵⁶.

2. *Juge des libertés et de la détention* e giudice per le indagini preliminari a confronto.

Le garanzie procedurali poste a tutela del giusto processo e della libertà personale impongono, come già rilevato, che le decisioni inerenti alla restrizione della libertà dell’imputato siano adottate da un giudice terzo e imparziale.

In tale prospettiva, sia l’ordinamento italiano sia quello francese prevedono specifiche disposizioni normative volte a disciplinare i requisiti soggettivi e funzionali del giudice competente in materia,

⁴⁵⁵ Sui limiti della tutela, quanto all’ambito comunitario, si veda nel passato anche causa C-149/77 *Defrenne c Sabena ECLI:EU:C:1978:115*, conclusioni dell’AG Capotorti, e *Nold KG c Commissione* cit., conclusioni dell’AG Trabucchi, 512.

⁴⁵⁶ L’adesione dell’Unione europea alla CEDU è prevista dall’art. 6, par. 2, TUE, ma il processo ha incontrato diversi ostacoli. Dopo un parere negativo della Corte di giustizia dell’UE (parere 2/13 del 18 dicembre 2014), i negoziati sono stati temporaneamente sospesi. Essi sono stati successivamente riavviati nel 2020 e sono tuttora in corso. L’adesione comporterebbe l’assoggettamento delle istituzioni europee al controllo esterno della Corte di Strasburgo, rafforzando il sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali in Europa.

identificabile rispettivamente nel giudice per le indagini preliminari (GIP) e nel *juge d'instruction* e il *juge des libertés et de la détention* (JLD). La principale divergenza tra i due sistemi risiede nel fatto che, mentre l'ordinamento italiano – improntato a una logica accusatoria – ha abrogato, a partire dal 1988, la figura del giudice istruttore, attribuendo al giudice per le indagini preliminari, privo di poteri istruttori nella fase delle indagini preliminari, la competenza in materia di misure cautelari, nel sistema francese, caratterizzato da una struttura processuale “mista”, la figura del giudice istruttore è ancora presente.

Un'importante riforma ispirata a principi garantisti è stata introdotta in Francia con la legge n. 2000-516 del 15 giugno 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*. Tale intervento ha istituito la figura del *juge des libertés et de la détention*⁴⁵⁷, al quale è stata affidata, *inter alia*, la competenza a disporre e prorogare la custodia cautelare in carcere⁴⁵⁸. La riforma, da taluni qualificata come “troppo ambiziosa”⁴⁵⁹, ha perseguito l'obiettivo di ridurre il ricorso alla *détention provisoire*, rafforzando contestualmente la presunzione di innocenza attraverso la sottrazione di tale potere al giudice istruttore – direttamente coinvolto nell'inchiesta – e la sua attribuzione a un organo terzo, imparziale e funzionalmente estraneo all'attività investigativa, ritenuto dunque meno suscettibile di condizionamenti⁴⁶⁰. La procedura prevista dall'ordinamento francese

⁴⁵⁷ Cfr. Cap. 1, par.3.2.

⁴⁵⁸ Tra i primi commenti alla riforma, ad esempio, cfr. GUÉRY, *Le nouveau juge des libertés et de la détention : premiers problèmes pratiques*, in *Gazette du Palais*, 8-9 settembre 2000, n. 253, p. 2.; DI MARINO, *La réforme de la détention provisoire*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2000, p. 321 ss.; LAVIELLE – LEBUR, *Le juge des libertés et de la détention : bénoui-oui ou terminator ?*, in *Gazette du Palais*, 27-28 luglio 2001, II, Doctr., p. 3; LE GUNEHEC, *Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Troisième partie : dispositions concernant la phase de jugement*, in *La Semaine Juridique – Édition Générale*, 2000, n. 28, p. 1351; LEMONDE, *Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ?*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2001, p. 51 PRADEL, *Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 : évolution ou révolution ?*, in *Recueil Dalloz*, 2001, n. 13, p. 1039.

⁴⁵⁹ In tal senso v. In tal senso v. GUÉRY, *Le nouveau juge des libertés et de la détention*, cit., p. 2; LEMONDE, *Le juge des libertés et de la détention*, cit., p. 51.

⁴⁶⁰ La denominazione del giudice delle libertà e della detenzione fu oggetto di ampio dibattito nel corso dei lavori preparatori alla riforma. Inizialmente si valutò l'opzione di designarlo come *juge de la détention provisoire*, ma tale proposta sollevò numerose obiezioni. Da un lato, essa veniva percepita come poco gratificante per il ruolo ricoperto; dall'altro, appariva riduttiva rispetto alla funzione di garanzia che l'autorità giudiziaria è chiamata a svolgere in materia di diritti fondamentali. Anche la formula *juge des libertés* fu considerata inadatta, in quanto eccessivamente generica e potenzialmente riferibile a qualsiasi giudice, in virtù del ruolo istituzionale esercitato da tutti i magistrati nel tutelare le libertà individuali. Una terza ipotesi, che prevedeva l'impiego della dicitura *juge de la détention et de la liberté*, fu scartata poiché ritenuta concettualmente problematica: essa, infatti, sembrava porre sullo stesso piano la condizione di libertà e quella di detenzione, in contraddizione con l'orientamento garantista che ispirava l'intervento legislativo. Fu inoltre discussa la possibilità di evitare qualsiasi denominazione specifica, limitandosi a indicare il magistrato attraverso un riferimento normativo, quale ad esempio “*le magistrat mentionné à l'article 137-1 du code de procédure pénale*”. Alla fine, la scelta cadde sull'attuale denominazione *juge des libertés et de la détention*, espressione che, grazie all'uso del plurale in “libertés”, mira a sottolineare la dimensione ampia e simbolicamente forte della funzione di garanzia assegnata a tale figura, evitando nel contempo una pericolosa equiparazione concettuale tra la libertà personale e lo stato detentivo. Cfr. AIMONETTO, *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Giappichelli, 2002, p. 132, nota 36; DI MARINO, *La réforme de la détention provisoire*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2000, p. 323 ss.

per l'applicazione delle misure cautelari personali richiede, dunque, il parere conforme di due autorità giudiziarie distinte – il giudice istruttore e il *juge des libertés et de la détention* (JLD) – assicurando così un duplice vaglio giurisdizionale (“*double regard*”) in ordine all'adozione di provvedimenti restrittivi della libertà personale⁴⁶¹.

Focalizzando l'attenzione sulla figura del *juge des libertés et de la détention*, è importante rilevare come, sin dalla sua introduzione, essa sia stata oggetto di numerose perplessità in dottrina. In particolare, è stato evidenziato il rischio che si trattasse di un'innovazione meramente formale⁴⁶², incapace, in concreto, di arginare l'eccessivo ricorso alla custodia cautelare in carcere⁴⁶³.

In risposta alle criticità sollevate dalla dottrina, il legislatore francese è intervenuto in più occasioni con l'intento di rafforzare il ruolo del *juge des libertés et de la détention* (JLD), attribuendogli progressivamente maggiori poteri e trasformandolo da organo meramente validante a un vero e proprio garante della legalità della fase investigativa⁴⁶⁴. A tale scopo, è stato altresì introdotto un generale divieto di *motivations serviles*, volto a garantire l'autonomia decisionale del *juge des libertés et de la détention* attraverso l'obbligo di una valutazione indipendente degli elementi posti a fondamento della richiesta di misura cautelare. Tale principio richiama, per certi aspetti, quanto previsto nell'ordinamento italiano in relazione alla motivazione delle ordinanze cautelari emesse dal giudice per le indagini preliminari (GIP)⁴⁶⁵.

Tuttavia, persistono rilevanti criticità in merito alla definizione del ruolo e delle attribuzioni del *juge des libertés et de la détention*, in quanto manca, ad oggi, una disciplina codicistica organica e sistematica che ne delinei con chiarezza le funzioni e i poteri. In tale contesto, si auspica un intervento riformatore volto a consolidare l'indipendenza funzionale del giudice delle libertà e della detenzione,

⁴⁶¹ Il legislatore del 2000 ha posto particolare enfasi sul principio del *double regard*, fondato sull'idea secondo la quale per privare una persona della sua libertà, occorre l'esame di due magistrati, mentre ne basta uno per rimetterlo in libertà. Cfr. Assemblée nationale, *Rapport n° 1468 (Mme Christine Lazerges), sur le projet de loi (n° 1079) renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, XIe législature, disponibile su: www.assemblee-nationale.fr

⁴⁶² PRADEL, *Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 : évolution ou révolution ?*, in *Recueil Dalloz*, 2001, n. 13, p. 1045.

⁴⁶³ Cfr. par. 6.1 per maggiori approfondimenti. Le principali critiche si sono concentrate sull'assenza, in capo al *juge des libertés et de la détention*, di poteri istruttori: pur essendo chiamato a decidere “*au vu des éléments du dossier*” – e, quindi, in base alla conoscenza dell'intero fascicolo del pubblico ministero – egli non è legittimato a sollecitare l'acquisizione di ulteriori elementi probatori. Tale limite, aggravato dalla ristrettezza dei tempi a disposizione per un'effettiva analisi del fascicolo, ha indebolito la funzione di garanzia che si intendeva perseguire. Ne risulta compromessa, in particolare, l'effettiva autonomia e terzietà del *juge des libertés et de la détention*, la cui valutazione interviene “*en bout de chaîne*”, ovvero a valle delle determinazioni del giudice istruttore e, ancor prima, del pubblico ministero, rischiando così di ridursi a un mero controllo formale delle scelte compiute in fase investigativa.

⁴⁶⁴ Cfr. Cap. 1, par.3.2.

⁴⁶⁵ Cfr. art. 292 c.2 c.p.p.; Cap. 2 par. 3

al fine di rafforzare le garanzie poste a tutela della libertà personale dell'imputato e assicurare un controllo giurisdizionale effettivo e non meramente formale⁴⁶⁶.

Volgendo l'attenzione al sistema processuale italiano, come già accennato, con l'entrata in vigore del Codice di procedura penale del 1988 è stata abrogata la figura del giudice istruttore, sostituita da un nuovo organo giurisdizionale operante nella fase delle indagini preliminari: il giudice per le indagini preliminari (GIP). Quest'ultimo, pur essendo privo di poteri investigativi, assicura l'intervento di un organo imparziale rispetto all'accusa al fine di adottare le misure maggiormente significative di tale fase processuale. I caratteri essenziali di tale figura sono delineati dall'art. 328 del codice di rito, il quale configura il GIP come un giudice *ad acta*, tendenzialmente privo di poteri esercitabili *ex officio*. Ciò implica che il suo spazio di intervento sia limitato a specifici casi, nella misura in cui esercita delle specifiche funzioni – di garanzia, di controllo o di decisione⁴⁶⁷ – tassativamente individuate dalla legge, e sempre che una delle due parti ne richieda l'intervento⁴⁶⁸.

Sebbene la riforma apportata dal Codice del 1988 abbia smantellato il monolite normativo costituito dalla fase istruttoria, organizzata nel Codice Rocco secondo logiche inquisitorie⁴⁶⁹, persistono alcune criticità, in particolare con riferimento alla limitata cognizione del GIP, ancor più rilevanti nell'ambito delle misure cautelari. Come osservato, infatti, nella fase iniziale del procedimento cautelare il pubblico ministero detiene un potere significativo di selezione degli atti investigativi da sottoporre al vaglio del giudice. Ciò implica che a differenza del sistema francese il GIP, a fronte della richiesta del PM, non ha il potere di esaminare l'intero fascicolo, ma solo gli elementi che il PM decide di sottoporgli a sostegno della misura cautelare richiesta (“gli elementi su cui la richiesta si fonda”). Ne consegue che il GIP possiede una cognizione limitata nel momento in cui accerta se vi sono i presupposti legittimanti la restrizione della libertà personale⁴⁷⁰. Inoltre, tale limitazione cognitiva si saldava, fino alla recente riforma Nordio, con l'assenza di un contraddittorio preventivo

⁴⁶⁶ Cfr. LARGUIER, *La procédure pénale: Principes et enjeux*, Presses Universitaires de France, 2003, p.94; BENILLOUCHE, *Leçon de procédure pénale*, 3^a ed., Éditions Ellipses, 2017, p. 129; AMBROISE-CASTÉROT, BONFILS, *Procédure pénale*, coll. Thémis Droit, 4^a ed., Presses Universitaires de France, 2022, p. 74 ss.

⁴⁶⁷ GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari (1989)*, in *Scritti sul processo penale e sull'ordinamento penitenziario*, vol. II, tomo I, Cedam, 2011, p. 2 ss.

⁴⁶⁸ CAMON – CESARI – DANIELE – DI BITONTO – NEGRI – PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, 2020, p. 450

⁴⁶⁹ Si trattava di una fase antecedente al dibattimento, avente come obiettivo principale la raccolta del materiale probatorio destinato a costituire oggetto di valutazione nel successivo giudizio. In tale contesto, un ruolo centrale era rivestito dal pubblico ministero — il quale, va ricordato, nel periodo del regime fascista era inquadrato come organo di natura amministrativa, sottoposto gerarchicamente al Ministro della Giustizia e, dunque, indirettamente al potere esecutivo — e dal giudice istruttore. L'attività investigativa era strutturalmente orientata all'acquisizione di prove prevalentemente documentali e si svolgeva in un regime di segretezza degli atti. Tale fase poteva articolarsi secondo due distinti modelli procedurali: l'istruzione formale e quella sommaria, ciascuna contraddistinta da proprie fasi, tempistiche e livelli di garanzia processuale.

⁴⁷⁰ TONINI – CONTI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, ult. ed., p. 493

(procedimento *inaudita altera parte*), rendendo evidente il rischio che l'intervento giurisdizionale si configurasse, più che come espressione effettiva della giurisdizione, come un'attività meramente autorizzativa, priva delle forme e delle garanzie che dovrebbero connotare un provvedimento di così rilevante incidenza sui diritti fondamentali della persona⁴⁷¹.

Anche il legislatore italiano è intervenuto, nel tempo, al fine di rafforzare l'imparzialità del giudice per le indagini preliminari nella valutazione degli elementi addotti dal pubblico ministero a sostegno della richiesta di misura cautelare. In tal senso, una prima modifica ha riguardato l'art. 291 c.p.p., che oggi impone al pubblico ministero l'obbligo di allegare, unitamente alla richiesta cautelare, anche gli elementi favorevoli all'indagato, nella prospettiva di garantire una rappresentazione più completa ed equilibrata del quadro indiziario⁴⁷². Ulteriori garanzie sono state introdotte dall'art. 292 c.p.p., il quale sancisce espressamente l'obbligo per il GIP di procedere a una valutazione “autonoma” degli elementi posti a fondamento della richiesta, marcando così l'indipendenza dell'organo giudicante rispetto alle deduzioni della parte requirente. Tali interventi normativi testimoniano la volontà del legislatore di rafforzare il ruolo del giudice per le indagini preliminari quale soggetto terzo, distinto e autonomo, anche sul piano valutativo, nell'ambito del procedimento cautelare⁴⁷³.

Da ultimo, come esaminato nel precedente capitolo⁴⁷⁴, la cosiddetta Riforma Nordio ha introdotto una rilevante innovazione, attribuendo al GIP in composizione collegiale la competenza funzionale in materia di custodia cautelare, secondo quanto stabilito dal nuovo comma 1-quinquies dell'art. 328 c.p.p. Sebbene si tratti di una novità formale, la proposta era stata già ampiamente dibattuta in dottrina⁴⁷⁵. Già nel 1991, un autorevole esponente della dottrina aveva auspicato che «parrebbe appropriato l'intervento già in prima istanza di un giudice collegiale»⁴⁷⁶.

Nonostante ciò, la proposta solleva numerose criticità, sia sul piano sistematico che sotto il profilo pratico e strutturale. Da un punto di vista normativo, infatti, risulta incoerente un sistema che consente al giudice monocratico di irrogare pene detentive fino a dieci anni, ma allo stesso tempo gli nega il

⁴⁷¹ FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, Cedam, 2013, p. 170.

⁴⁷² Tali elementi possono emergere tanto dagli atti acquisiti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria nell'ambito delle indagini preliminari, quanto dagli eventuali esiti delle investigazioni difensive, ai sensi dell'art. 391-octies, comma 4, c.p.p. Inoltre, l'istanza cautelare dovrà essere corredata dalle *deduzioni* e dalle *memorie difensive* già eventualmente depositate, nonché – nel caso in cui si fondi sull'utilizzo di attività di intercettazione – anche dai relativi decreti autorizzativi, che devono essere allegati a pena di incompletezza del quadro probatorio sottoposto al giudice.

⁴⁷³ CAMON – CESARI – DANIELE – DI BITONTO – NEGRI – PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 961.

⁴⁷⁴ Cfr. Cap. 2, par. 3

⁴⁷⁵ GIALUZ, *Le novità della “manovra Nordio” in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, in *Sistema penale* (rivista online), 22 luglio 2024.

⁴⁷⁶ FERRUA, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Giuffrè, 1991, p. 194.

potere di disporre una misura cautelare, la quale ha natura provvisoria e può essere rivalutata rapidamente da un collegio grazie all’istituto del riesame⁴⁷⁷. A ciò si aggiunge il rischio che una misura restrittiva disposta da un collegio – e magari confermata in sede di riesame – possa consolidare un pregiudizio di colpevolezza nella successiva fase dibattimentale, soprattutto nei procedimenti introdotti con citazione diretta⁴⁷⁸. Si profilerebbe così un effetto paradossale: pur perseguito l’intento, più volte dichiarato dal Ministro Nordio, di «portare a compimento l’opera di Giuliano Vassalli e rendere reale il principio del processo accusatorio»⁴⁷⁹, si finirebbe invece per consolidare un pregiudizio di colpevolezza basato su elementi raccolti nella fase segreta delle indagini preliminari⁴⁸⁰.

Il principio di collegialità trova un precedente nel sistema francese, dove era già stato introdotto con la legge n. 2009-526 del 12 maggio 2009 *de simplification et clarification du droit et d’allègement des procédures*, mediante la previsione del *collège de l’instruction* (giudice istruttore collegiale). Secondo la nuova formulazione dell’art. 145 del *Code de procédure pénale*, è quest’ultimo organo a richiedere al *juge des libertés et de la détention* l’applicazione della misura cautelare⁴⁸¹. Tuttavia, tanto nell’esperienza italiana quanto in quella francese, il principio di collegialità, pur affermato a livello normativo, non ha ancora trovato piena attuazione. Le principali ragioni ostative risiedono nella carenza di risorse economiche e nelle difficoltà organizzative connesse alla necessaria ristrutturazione degli uffici giudiziari, evidenziando come la realizzazione effettiva delle garanzie procedurali sia strettamente connessa alla capacità del sistema di superare le proprie inefficienze strutturali⁴⁸².

⁴⁷⁷ Nello stesso senso, DE ROBBIO, *Collegialità del giudice della misura cautelare e separazione delle carriere: due tasselli di uno stesso mosaico*, in *Giust. insieme*, 19 maggio 2023.

⁴⁷⁸ Si esprimono in termini critici anche RUGGIERI, *Del potere dell’autorità giudiziaria: le recenti proposte di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 1548; SPANGHER, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare*, cit., par. 4;

⁴⁷⁹ Così si è espresso il Guardasigilli, in data 7 settembre 2023, in occasione dell’insediamento della Commissione per la riforma del processo penale, disponibile su: <https://www.gnewsonline.it/commissione-penale-nordio-attuare-i-principi-del-processo-accusatorio/>

⁴⁸⁰ GIALUZ, *Le novità della “manovra Nordio” in materia processuale: quando l’ideologia rischia di provocare un’eterogenesi dei fini*, cit.

⁴⁸¹ CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell’indagato sottoposto a custodia cautelare*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, p. 132 ss., disponibile su: archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

⁴⁸² MACCORA, *Il cantiere sempre aperto della giustizia penale. Primissime osservazioni al DDL Nordio ed all’impatto sulle sezioni gip-gup*, in *Quest. giust.*, 6 luglio 2023, par. 4.

3. I due sistemi di impugnazione.

L'articolo 5 § 4 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) riconosce a ogni individuo privato della libertà personale il diritto di adire un giudice affinché sia verificata, in tempi ragionevoli, la legittimità della misura detentiva⁴⁸³. Tale previsione costituisce una garanzia fondamentale volta a prevenire abusi da parte del potere esecutivo, nonché a rafforzare il principio dell'*'habeas corpus'*.⁴⁸⁴

In attuazione di tale principio sovranazionale, i sistemi processuali penali italiano e francese hanno previsto specifici strumenti impugnatori, seppur con soluzioni normative e sistemiche profondamente diverse, che riflettono approcci distinti al rapporto tra garanzie difensive, efficienza processuale e tutela della libertà individuale.

Nel sistema francese, il legislatore ha previsto un sistema di impugnazione incentrato sull'appello dinanzi alla *Chambre de l'instruction* della *Cour d'appel* territorialmente competente, ossia quella nella cui circoscrizione rientra il giudice che ha adottato il provvedimento impugnato, vale a dire il *juge des libertés et de la détention*⁴⁸⁵. In particolare, l'appello è ammesso avverso tutte le decisioni che dispongono, prorogano o rigettano una richiesta di *détention provisoire*, da proporsi entro termini tassativi e nel rispetto di precise formalità prescritte dalla legge. In particolare, ai sensi degli art. 186 e 502, comma 1 del *Code de procédure pénale*, l'appello deve essere presentato presso la cancelleria della giurisdizione che ha emesso la decisione – ossia, il *juge des libertés et de la détention* competente – entro 10 giorni dalla notifica del provvedimento, con atto firmato dal cancelliere e dalla parte impugnante, pena l'irricevibilità⁴⁸⁶. L'instaurazione del gravame comporta la celebrazione di un'udienza in contraddittorio, al termine della quale la *Chambre de l'instruction* si pronuncia sull'impugnazione, valutando sia la legittimità formale sia il merito della decisione gravata. Contro la decisione della *Chambre*, è inoltre ammesso il ricorso per cassazione (*pourvoi en cassation*) dinanzi alla *Cour de cassation*, limitatamente però a motivi di diritto.

Al contrario, il sistema italiano differenzia i mezzi di impugnazione in base alla natura del provvedimento cautelare: qualora si tratti di un'ordinanza applicativa di una misura coercitiva, l'imputato e il suo difensore possono proporre istanza di riesame⁴⁸⁷; in tutti gli altri casi è previsto il

⁴⁸³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, ricorso n. 16483/12, sentenza 15 dicembre 2016, § 128; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Idalov c. Russia*, ricorso n. 5826/03, sentenza 22 maggio 2012, § 161.; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Reinprecht c. Austria*, ricorso n. 67175/01, sentenza 15 novembre 2005, § 31.

⁴⁸⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Mooren c. Germania*, ricorso n. 11364/03, sentenza 9 luglio 2009, § 106; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rakevich c. Russia*, ricorso n. 58973/00, sentenza 28 ottobre 2003, § 43.

⁴⁸⁵ Cfr. Cap. 1, par. 3.3.

⁴⁸⁶ Cass. crim. 26 settembre 1986, nn° 86-93.821 e 86-93.822, Bull. crim. n° 261

⁴⁸⁷ Cfr. art. 309 c.p.p.

rimedio dell'appello cautelare. Resta comunque sempre esperibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 311 c.p.p.⁴⁸⁸.

Tali divergenze derivano principalmente dalle differenti modalità di organizzazione del contraddittorio — tendenzialmente postumo nel sistema italiano e anticipato in quello francese — nonché dalla diversa considerazione attribuita agli effetti dello scorrere del tempo sulle misure cautelari⁴⁸⁹. Infatti, da un lato nel sistema francese un primo incontro tra giudice e imputato si instaura in un momento anteriore all'esecuzione della misura, circostanza in cui il giudice, almeno formalmente, ha già autonomamente avuto modo di valutare le istanze della difesa. Inoltre, al giudice francese è imposto l'obbligo di rivalutare periodicamente la sussistenza dei presupposti applicativi della *détention provisoire*, anche in assenza di una specifica istanza dell'indagato⁴⁹⁰. Ciò giustifica l'assoggettamento del regime impugnatorio a quello ordinario, il cui scopo è garantire l'intervento di un giudice diverso – e collegiale – rispetto a quello che ha disposto la misura, senza tuttavia introdurre elementi ulteriori rispetto alla disciplina già contraddittoria prevista ex artt. 144 e ss. *Code de procédure pénale*, in sede anteriore all'applicazione della misura stessa.

Nel sistema italiano, invece, la fase applicativa si svolge in assenza di contraddittorio, sicché il riesame assume un ruolo centrale nella tutela della difesa. Si tratta di un rimedio processuale connotato da una marcata peculiarità rispetto agli ordinari strumenti di impugnazione. In primo luogo, è interamente devolutivo, in quanto consente al tribunale adito – un collegio distinto dal giudice che ha emesso il provvedimento – di riesaminare ex novo la sussistenza dei presupposti della misura coercitiva, senza vincoli derivanti dalle valutazioni precedenti. In secondo luogo, è un mezzo a struttura unilaterale, poiché riservato esclusivamente all'imputato e al suo difensore, non essendo prevista una speculare facoltà per il pubblico ministero. A tale fine, la legge non richiede l'esplicitazione dei motivi nell'istanza, in netta deroga al principio generale dell'onere di allegazione che caratterizza gli ordinari gravami⁴⁹¹.

Un'ulteriore differenza tra i due ordinamenti risiede nel fatto che, con la legge n. 47 del 2015, il legislatore italiano ha riconosciuto all'imputato il diritto di partecipare personalmente all'udienza di riesame, modificando l'art. 309 c.p.p., il quale, al comma 6, dispone oggi espressamente che «con la richiesta di riesame» l'imputato «può chiedere di comparire personalmente»⁴⁹². In tal modo, è stato

⁴⁸⁸ Cfr. Cap. 2, par. 4 e 5

⁴⁸⁹ Vedi par. 4

⁴⁹⁰ Cfr. par. succ.

⁴⁹¹ Cfr. Cap. 2, par. 6.

⁴⁹² Dall'altro lato, il comma 8-bis secondo periodo del medesimo articolo dispone che l'imputato il quale «ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha diritto di comparire personalmente».

positivamente consacrato un principio che, fino a quel momento, aveva soltanto ricevuto un'incerta e ambigua riaffermazione da parte della giurisprudenza costituzionale⁴⁹³. Parallelamente, il *Code de procédure pénal* non prevede una disposizione che imponga espressamente la presenza personale dell'indagato dinanzi alla *Chambre de l'instruction* nella fase di revisione della misura, poiché il diritto di partecipazione viene già assicurato nella fase precedente l'adozione della stessa, come stabilito dall'art. 145 del codice, che impone la presenza dell'indagato e del suo difensore all'udienza⁴⁹⁴.

Emergono dunque due modelli distinti di garanzia partecipativa: da un lato, il sistema francese assicura il contraddittorio e la partecipazione difensiva nella fase anteriore all'applicazione della misura; dall'altro, l'ordinamento italiano – in cui il contraddittorio preventivo è storicamente assente, benché parzialmente reintrodotto con la recente Riforma Nordio – garantisce tale partecipazione nella fase successiva, attraverso strumenti correttivi destinati a riequilibrare le esigenze di celerità procedurale con il rispetto dei diritti della difesa.

In entrambi i sistemi, tuttavia, l'effettività del diritto al controllo giurisdizionale della privazione della libertà personale è salvaguardata dalla previsione di termini rigorosi per l'adozione della decisione sull'impugnazione, in attuazione del principio secondo cui la legittimità della detenzione deve essere verificata entro un «termine ragionevole»⁴⁹⁵.

4. La durata della restrizione della libertà nei due sistemi.

Come autorevolmente osservato in dottrina, il tempo, nell'ambito del processo penale, assume una dimensione di natura “coscienziale”⁴⁹⁶, poiché non viene percepito in modo uniforme da tutti i soggetti coinvolti. Ciascun attore giudiziario adotta una propria logica e sviluppa una percezione soggettiva del tempo: un periodo di custodia cautelare che, nella prospettiva del giudice, può apparire contenuto e giustificabile, può essere percepito in modo profondamente diverso da chi lo vive in stato detentivo, risultando particolarmente gravoso sotto il profilo personale ed emotivo⁴⁹⁷.

⁴⁹³ La Corte Costituzionale, nonostante la successiva positivizzazione normativa, ha continuato a suscitare incertezze applicative e oscillazioni ermeneutiche circa la sua effettiva estensione. Cfr. BARGIS, *Le impugnazioni cautelari nel recente “attivismo” delle Sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Rev. bras. dir. proc. pen.* (rivista online), 2021, disponibile su: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/629>, ultimo accesso 18 maggio 2025.

⁴⁹⁴ Cfr. Cap. 1 par. 8.3.

⁴⁹⁵ Cfr. art. 309 c.p.p. e art. 185 ss del *Code de procédure pénale*.

⁴⁹⁶ PICCOLO, *Le temps de l'oubli et le temps de l'action. Una prospettiva di diritto comparato tra Italia e Francia*, in *Cultura penale e spirito europeo*, 2022.

⁴⁹⁷ COULON-FRISON ROCHE, *Le temps dans la procédure*, Éditions LGDJ, 1996, p. 57

Per tali ragioni, nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo il fattore temporale assume una rilevanza primaria, sia sotto il profilo processuale che sostanziale. Con specifico riferimento alle misure cautelari, secondo consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il semplice trascorrere del tempo tende, di per sé, a ridurre la rilevanza degli elementi che avevano originariamente giustificato l'adozione della misura restrittiva⁴⁹⁸. Ne discende che la protrazione della stessa richiede il sopraggiungere di nuove circostanze idonee a confermarne la perdurante necessità⁴⁹⁹.

In contrasto con tale indirizzo giurisprudenziale, nell'ordinamento italiano il prolungamento nel tempo di una misura restrittiva della libertà personale, indipendentemente dalla causa, viene sovente percepito come un fenomeno del tutto “naturale”⁵⁰⁰. Tale approccio si fonda sull'implicita convinzione che il mero decorso del tempo non incida sulla solidità del quadro cautelare, il quale può essere rivalutato in senso favorevole all'imputato solo in presenza di nuovi elementi idonei a modificare la situazione fattuale inizialmente accertata⁵⁰¹. In tale prospettiva, qualora venga proposta un'istanza di revoca o sostituzione ai sensi dell'art. 299 c.p.p., grava sull'indagato l'onere di esporre in modo puntuale le ragioni a sostegno della richiesta di revoca o modifica della misura, nonché di indicare i nuovi fatti o motivi di diritto idonei a giustificare il richiesto mutamento⁵⁰².

Rimane, in ogni caso, fermo il principio secondo cui, sia nel sistema italiano che in quello francese, al giudice è riconosciuto il potere di procedere d'ufficio alla revoca o alla sostituzione della misura cautelare in senso favorevole alla persona sottoposta, qualora emergano elementi, antecedenti o successivi, idonei a incidere sulla prosecuzione della stessa⁵⁰³.

In una prospettiva comparata, entrambi gli ordinamenti giuridici esprimono il principio secondo cui, in ragione del carattere intrinsecamente provvisorio che connota le misure cautelari, queste ultime devono essere soggette a specifici limiti temporali fissati dal legislatore. La disciplina di dettaglio è modellata dalle esigenze strutturali e dalle tradizioni giuridiche proprie dei sistemi francese e italiano, ma presenta una costante comune: in entrambe le esperienze normative il legislatore ha attribuito

⁴⁹⁸ CAMON – CESARI – DANIELE – DI BITONTO – NEGRI – PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, op. cit., p. 984.

⁴⁹⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Debboub alias Husserini Ali c. Francia*, ricorso n. 37720/97, sentenza 9 novembre 1999; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ceylan c. Turchia*, ricorso n. 23556/94, sentenza 23 maggio 2006; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Nevmerzhitsky c. Ucraina*, ricorso n. 54825/00, sentenza 5 aprile 2005; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Wesolowsky c. Polonia*, ricorso n. 6904/02, sentenza 22 giugno 2004.

⁵⁰⁰ CHIAVARIO, voce *Libertà (libertà personale – dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, 1990, p. 13;

⁵⁰¹ CAMON – CESARI – DANIELE – DI BITONTO – NEGRI – PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, op. cit., p. 984

⁵⁰² Sez. I, 19 maggio 1994, n. 2378, in *C.E.D. Cass.*, n. 198893;

⁵⁰³ Cfr. in tal senso l'articolo 148 del *Code de procédure pénal*; Corte costituzionale, 1 aprile 1998, n. 89, § 4 ss.;

particolare rilevanza alla regolamentazione della misura più afflittiva, ossia la *détention provisoire* nel diritto francese e la custodia cautelare nel diritto italiano, ponendo l'accento sull'esigenza di contenere temporalmente la compressione del diritto inviolabile alla libertà personale. In entrambi i sistemi, la disciplina positiva si articola su due limiti fondamentali: uno di carattere generale ed uno di natura specifica e numerica.

Come osservato, nel sistema francese la *détention provisoire* è in primo luogo soggetta al limite generale della «*durée raisonnable*», che vieta la privazione della libertà personale oltre termini ragionevoli⁵⁰⁴. Il rispetto del principio di «durata ragionevole» deve essere verificato concretamente, tenendo conto di una pluralità di fattori, quali la condotta dell'indagato, l'attività delle autorità inquirenti e il livello di complessità del procedimento penale⁵⁰⁵. Accanto a tale limite generale, il *Code de procédure pénale* prevede specifiche durate massime numericamente determinate, differenziate a seconda che il reato oggetto del procedimento rientri nella categoria dei *délits* (reati di competenza delle giurisdizioni *correctionnelles*) o dei crimini puniti con la *réclusion criminelle* o la *détention criminelle* (reati di competenza delle giurisdizioni *criminelles*).

Nel sistema italiano, il limite generale trova espresso fondamento nell'articolo 13, comma 5, della Costituzione, il quale sancisce la necessità di prevedere «limiti massimi della carcerazione preventiva». Il legislatore ha dato attuazione a tale precezzo costituzionale stabilendo limiti massimi alla durata delle misure cautelari, differenziati sia in relazione alla tipologia della misura applicata (custodiale o non custodiale), sia con riferimento alla fase procedimentale in cui la misura opera⁵⁰⁶.

Peculiarità del sistema francese, che testimonia ulteriormente il rilievo centrale attribuito al principio del contraddittorio quale fondamento del procedimento cautelare, è rappresentata dalla disciplina del procedimento di proroga della misura custodiale. Quest'ultimo, pur costituendo un momento successivo rispetto all'originaria applicazione della misura, ne richiama, sotto il profilo strutturale e funzionale, le principali caratteristiche, prevedendo l'intervento congiunto del pubblico ministero, del giudice istruttore e del *juge des libertés et de la détention*⁵⁰⁷. Tale procedimento si articola necessariamente attraverso la celebrazione di un ulteriore dibattimento in forma contraddittoria. Ai sensi degli articoli 145-1 e 145-2 del *Code de procédure pénale*, una volta ricevuta la richiesta di proroga formulata dal giudice istruttore, il *juge des libertés et de la détention* è tenuto a convocare

⁵⁰⁴ Cfr. Cap. 1 par

⁵⁰⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Loisel c. Francia*, ricorso n. 46809/10, sentenza 30 luglio 2015.

⁵⁰⁶ Cfr. Cap. 2 par.

⁵⁰⁷ Cfr. Cap. 1 par. 9. A seguito della richiesta del pubblico ministero, il giudice istruttore si rivolge al *juge des libertés et de la détention*, che dovrà decidere mediante *ordonnance motivée* entro i termini previsti dal *Code de procédure pénal* agli articoli 145-1 ss.

formalmente le parti in udienza. La convocazione deve essere effettuata con un preavviso minimo di cinque giorni lavorativi rispetto alla data fissata per il dibattito, al fine di garantire un'adeguata preparazione della difesa tecnica. Il *débat contradictoire* si svolge secondo le medesime modalità procedurali previste per il *placement en détention provisoire*, ivi inclusa l'applicazione delle disposizioni in materia di pubblicità dell'udienza, la quale può essere limitata o esclusa in presenza di specifiche esigenze, quali il mantenimento dell'ordine pubblico, la tutela della dignità della persona o la salvaguardia della presunzione di innocenza, come previsto dall'articolo 145, comma 5 del *Code de procédure pénale*.

In senso opposto, l'ordinamento italiano contempla una disciplina della proroga della custodia cautelare personale meno rigorosa sotto il profilo del contraddittorio. Ai sensi dell'articolo 305 c.p.p. la proroga può essere richiesta dal pubblico ministero «*in ogni stato e grado del procedimento di merito*», quando è disposta perizia sullo stato di mente dell'imputato, oppure «*nel corso delle indagini preliminari*» quando i termini sono prossimi a scadere e, tuttavia, sussistono gravi esigenze cautelari e debbano essere svolti accertamenti particolarmente complessi o nuove indagini disposte ai sensi dell'articolo 145 bis c.p.p.⁵⁰⁸. In entrambi i casi, la disciplina codicistica non prevede la celebrazione di un'udienza in forma pubblica e contraddittoria, ma unicamente l'audizione del difensore da parte del giudice precedente («*sentito il difensore*»).

5. La garanzia del contraddittorio a confronto: la *détention provisoire* e l'interrogatorio preventivo italiano.

Come evidenziato nei capitoli precedenti, sebbene in termini prevalentemente astratti e teorici, la carcerazione preventiva viene sovente ricondotta al modello processuale di tipo inquisitorio. Tale assimilazione emerge anche dalla nostra Costituzione, che, pur non esplicitando le finalità della misura custodiale — il cosiddetto “vuoto di fini” colmato nel tempo attraverso l’elaborazione giurisprudenziale, sia costituzionale che ordinaria⁵⁰⁹ — ne ammette l'utilizzo entro limiti rigorosi, riconoscendone comunque una funzione sistemica⁵¹⁰.

Analogia impronta inquisitoria si riscontra nella disciplina francese della *détention provisoire*, la quale, in origine, era configurata non come misura eccezionale, ma come ordinaria conseguenza della sottoposizione all'indagine penale. L'evoluzione verso un modello a vocazione accusatoria ha tuttavia introdotto importanti elementi di garanzia: tra questi, la previsione di numerose misure

⁵⁰⁸ Cfr. CAMON – CESARI – DANIELE – DI BITONTO – NEGRI – PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 987.

⁵⁰⁹ Cfr. Cap. 2 par. 1.1, 2.2.

⁵¹⁰ SPANGHER, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, in www.giustiziainsieme.it, 2023.

alternative alla detenzione, il principio di gradualità e proporzionalità, nonché un più articolato apparato normativo volto a regolarne l'applicazione. Si tratta di un processo di trasformazione progressivo e complesso, tuttora segnato da lacune normative, e caratterizzato da interventi normativi e giurisprudenziali che hanno inciso profondamente sia sui presupposti applicativi che sul procedimento cautelare in senso stretto⁵¹¹.

In questa prospettiva evolutiva — e anche alla luce dei principi sovranazionali, in particolare di matrice europea — si impone la necessità di assetti normativi che garantiscano la massima tutela delle prerogative difensive, tanto sul piano statico quanto su quello dinamico. L'accertamento dei fatti penalmente rilevanti, pur costituendo un'esigenza imprescindibile del procedimento penale⁵¹² — incluso nell'ambito dell'adozione di misure cautelari, che presuppongono un'indagine fondata su elementi specifici — deve essere contemporaneo con la salvaguardia della libertà personale. In tal senso, si è progressivamente superata l'idea, oggi ritenuta temeraria e poco realistica, che la “ricerca della verità” rappresenti l'unico fine del processo penale⁵¹³.

In coerenza con questa impostazione, il principio del contraddittorio — quale corollario essenziale del diritto di difesa — esige che all'indagato sia assicurata la possibilità di interloquire con il giudice prima dell'adozione della misura restrittiva della libertà personale. Sia l'ordinamento francese che quello italiano, seppur attraverso percorsi evolutivi differenti, prevedono attualmente strumenti finalizzati a garantire un primo confronto tra giudice e indagato in una fase antecedente all'emissione del provvedimento cautelare. Tale anticipazione consente alla difesa di rappresentare elementi idonei a escludere i presupposti applicativi della misura, sollevando l'imputato dalla condizione di affidarsi esclusivamente all'iniziativa del pubblico ministero. Al contempo, un simile meccanismo favorisce l'imparzialità del giudice, sottraendolo al rischio di dover meramente “convalidare” decisioni già assunte in assenza del contraddittorio⁵¹⁴.

In generale, dunque, l'introduzione di un contraddittorio anticipato si configura non solo come un mezzo idoneo a rafforzare la neutralità del giudice per le indagini preliminari, ma anche come uno strumento efficace per innalzare il livello delle garanzie difensive in un settore — quello delle misure

⁵¹¹ Cfr. Cap. 1 par. 1.2.

⁵¹² Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255

⁵¹³ SPANGHER, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, op. cit.

⁵¹⁴ GIALUZ, *Le novità della “manovra Nordio” in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, in Sistema penale (rivista on-line), 22 luglio 2024.

cautelari — storicamente caratterizzato da un'elevata incidenza applicativa nel nostro ordinamento⁵¹⁵.

Sebbene i sistemi francese e italiano condividano, in linea generale, il principio secondo cui l'applicazione di una misura cautelare deve essere preceduta da un momento di contraddittorio, le rispettive discipline si differenziano sensibilmente sul piano sostanziale. Nel sistema francese, infatti, il *débat contradictoire* rappresenta la regola fondamentale: esso è previsto come passaggio obbligato prima dell'adozione della misura della *détention provisoire*, salvo limitate eccezioni. Al contrario, come si è avuto modo di evidenziare⁵¹⁶, l'interrogatorio preventivo nel sistema italiano presenta un ambito applicativo fortemente circoscritto, configurandosi quale eccezione rispetto alla regola generale dell'interrogatorio di garanzia. Prima di analizzare quest'ultimo aspetto, pare utile soffermarsi sulla disciplina francese in visione comparata, in modo da annotare i punti di forza e quelli di debolezza della novità italiana introdotta con la Riforma Nordio.

Nel modello francese, la proposta di applicazione della misura è formulata dal giudice istruttore, ma, in virtù della legge n. 2000-516 del 15 giugno 2000, la decisione definitiva spetta al *juge des libertés et de la détention* (JLD). La collaborazione tra le due figure giudiziarie consente un duplice scrutinio dei presupposti richiesti per l'adozione della misura, realizzando il cosiddetto *principe du double regard*, che accresce il grado di affidabilità della decisione finale⁵¹⁷.

Tale meccanismo determina un confronto tra l'indagato e l'autorità giudiziaria articolato in due momenti distinti. In primo luogo, il giudice istruttore, prima di investire formalmente il *juge des libertés et de la détention* della questione, è tenuto a verificare autonomamente la sussistenza dei presupposti legali per la restrizione della libertà personale. In particolare, la custodia cautelare può essere disposta esclusivamente nei confronti di soggetti formalmente *mis en examen*⁵¹⁸, secondo quanto disposto dall'articolo 143-1 del *Code de procédure pénal*.⁵¹⁹ Tale qualifica può essere attribuita solo a fronte di indizi gravi o concordanti, tali da rendere verosimile il coinvolgimento dell'indagato, in qualità di autore o complice, nei reati oggetto del procedimento istruttorio⁵²⁰. L'attribuzione dello status di *mis en examen* richiede, a sua volta, che l'indagato sia previamente

⁵¹⁵ BRONZO, *Brevi note sul “disegno di legge Nordio”*, in Sistema penale, 12 aprile 2024, p. 4.

⁵¹⁶ Cfr. Cap. 2 par. 9.

⁵¹⁷ GUÉRY, *Détention provisoire*, L'Encyclopédie Dalloz au format poche, 2019, p. 52.

⁵¹⁸ Cfr. Cap. 1 par.4, nota n.90. Per maggiorfr. CHIAVARIO, *Procedure penali d'Europa*, Cedam, II ed., 2001, p. 113.

⁵¹⁹ L'articolo dispone: «*Sous réserve des dispositions de l'article 137, la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que dans l'un des cas ci-après énumérés : 1° La personne mise en examen encourt une peine criminelle ; 2° La personne mise en examen encourt une peine correctionnelle d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement.*»

⁵²⁰ Cfr. art.80-1 *Code de procédure pénale*

sentito dal giudice istruttore, assistito dal proprio difensore. Tale audizione può avvenire secondo le modalità previste dall'articolo 116 del *Code de procédure pénal* (interrogatorio di prima comparizione) o, in alternativa, come testimone assistito, in conformità agli articoli da 113-1 a 113-8 del *Code de procédure pénal*. In tal modo, seppur indirettamente, le valutazioni del giudice istruttore si fondano su un primo confronto effettivo con la persona sottoposta a indagini.

Ma un vero e proprio contraddittorio si avrà solo nella fase successiva dinanzi al *juge des libertés et de la détention*, in cui le parti, in una apposita udienza fissata a tal fine, si confronteranno. A differenza del previo interrogatorio dinanzi al giudice istruttore, il *débat contradictoire* ha la specifica funzione di assicurare la piena partecipazione dell'indagato e del suo difensore nella fase maggiormente sensibile del procedimento cautelare.

L'art.145 del *Code de procédure pénal* disciplina le modalità tramite le quali deve avvenire tale contraddittorio. A tal riguardo, il *juge des libertés et de la détention* che intenda disporre la custodia cautelare della persona la informa che la sua decisione potrà intervenire solo al termine di un dibattito contraddittorio e che ha diritto di chiedere un termine per preparare la sua difesa. Se tale persona non è già assistita da un avvocato, il giudice la informa che sarà difesa durante il dibattito da un avvocato di sua scelta o, in mancanza, da un avvocato d'ufficio. L'avvocato scelto, o nel caso di nomina d'ufficio il presidente dell'Ordine degli Avvocati, è informato con ogni mezzo e senza ritardo⁵²¹.

La legge richiede la presenza obbligatoria della *personne mise en examen*, del suo difensore e del pubblico ministero. Durante l'udienza, il giudice ascolta dapprima le richieste del pubblico ministero, ai sensi dell'articolo 82, comma 3, successivamente le osservazioni dell'indagato e del suo legale. Qualora la persona sia maggiorenne, l'udienza si svolge in forma pubblica.

Infine, per bilanciare tale interesse difensivo con il più generale interesse processuale di buon andamento delle indagini, la libertà personale del soggetto può ulteriormente essere limitata tramite l'istituto *dell'incarcération provisoire*⁵²². Qualora a seguito dell'invito a presentarsi in udienza l'indagato richieda un termine (*délai*) per preparare la propria difesa, il *juge des libertés et de la détention* può disporre *l'incarcération provisoire* al fine di garantire la presenza fisica della persona *mise en examen* assicurando che l'indagato non si sottragga alla giustizia. Tale misura ha una funzione puramente strumentale e transitoria, della durata massima di quattro giorni lavorativi. L'ordinanza che ne dispone l'esecutività dev'essere specificatamente motivata e ricorribile secondo quanto previsto all'articolo 187-1. *L'incarcération* può ulteriormente essere disposta d'ufficio quando il

⁵²¹ Cfr. Cap. 1 par. 8.2

⁵²² Nel diritto italiano, non esiste un diretto corrispettivo normativo *dell'incarcération provisoire*.

giudice ritenga di non disporre di sufficienti elementi per adottare una decisione immediata e consideri necessari ulteriori accertamenti sulla situazione personale dell’indagato o sui fatti contestati. In entrambi i casi, l’*incarcération provisoire* sarà computata nella durata della custodia cautelare successivamente decisa.

Volgendo lo sguardo al sistema italiano, l’introduzione del contraddittorio preventivo nell’ambito delle misure cautelari rappresenta un tema oggetto di dibattito sin dall’entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988, e che ha ricevuto rinnovata attenzione da parte della dottrina nel corso degli anni⁵²³. Se ne discusse in modo significativo a metà degli anni Novanta⁵²⁴ e tale discussione condusse all’introduzione, nel 1997, del ricordato meccanismo dell’art. 289, comma 2, c.p.p. Più di recente, un primo, seppur timido, tentativo di superamento del modello tradizionale si è registrato con l’entrata in vigore della Riforma Nordio, che ha previsto l’istituto dell’interrogatorio preventivo agli articoli 291, comma 1-quater e seguenti c.p.p., avviando quella che da alcuni è stata definita una possibile “rivoluzione copernicana”⁵²⁵ del sistema cautelare.

Com’è noto, la garanzia di un confronto diretto tra giudice e imputato era – fino a quel momento – assicurata dalla disciplina dell’interrogatorio di garanzia ex art. 294⁵²⁶, introdotto per la prima volta con l’entrata in vigore del codice del 1988. Cordero definì tale istituto – ancora “fresco di stampa”⁵²⁷ – come un ‘istituto ignoto’ al codice previgente, sottolineando come la sua comparsa non fosse affatto casuale. Fin da subito, infatti, è emersa con chiarezza la matrice valoriale che lo ispira, riconducibile a una pluralità di principi di rango elevato⁵²⁸: in *primis* il diritto di difesa e la presunzione di innocenza, ma anche il diritto, sancito dall’art. 5, par. 3, della Convenzione europea dei diritti

⁵²³ Cfr. MARANDOLA, *Troppi i dubbi sulle garanzie dell’interrogatorio cautelare anticipato*, in Sistema penale e processo, 10 maggio 2024; VALENTINI, *Com’è difficile trovare l’alba dentro l’imbrunire: note sparse sul futuribile interrogatorio ante cautela*, in Arch. pen., 2023, p. 3 ss.; GIALUZ, *Le novità della “manovra Nordio” in materia processuale: quando l’ideologia rischia di provocare un’eterogenesi dei fini*, in questa rivista, 22 luglio 2024, in particolare p. 11 s.

⁵²⁴ Cfr. AA.VV., *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato? – Atti dell’incontro di studio – Firenze, 7 maggio 1996*, Napoli, 1997 GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Milano, 1996, p. 45 ss.; ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in Riv. dir. proc., 1994, p. 485 ss.; MARANDOLA, *L’interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all’anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006, p. 337 ss.

⁵²⁵ C. VALENTINI, *Com’è difficile trovare l’alba dentro l’imbrunire: note sparse sul futuribile interrogatorio ante cautela*, op. cit., p.4

⁵²⁶ Cfr. cap. 2 par. 7.

⁵²⁷ *Ibidem*.

⁵²⁸ AMATO, Art. 294, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio-Dominioni, Milano, 1990, vol. III, p. 140 ss.

dell'uomo, di ogni persona privata della libertà personale a essere condotta tempestivamente dinanzi a un giudice⁵²⁹.

Nonostante tali premesse, permane una persistente insoddisfazione dottrinale circa l'effettività delle garanzie offerte dall'interrogatorio di garanzia. Sin dalle sue origini, tale istituto è stato oggetto di critiche che ne mettono in luce una fragilità strutturale⁵³⁰. In particolare, l'interrogatorio di garanzia, quale momento processuale che si innesta su una base cognitiva costruita unicamente su atti dell'organo inquirente – il quale, per prassi consolidata, tende spesso a disattendere l'obbligo, sancito dall'art. 358 c.p.p., di ricercare anche elementi favorevoli all'indagato⁵³¹ – presenta molteplici criticità⁵³².

Tra queste si annoverano⁵³³: l'assenza di un obbligo in capo al giudice di adottare un provvedimento motivato all'esito dell'interrogatorio; la violazione dei termini stabiliti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo in materia di tempestivo accesso a un giudice⁵³⁴; al contempo, la rigidità del termine previsto per l'espletamento dell'atto, che non ammette differimenti su istanza della difesa. Tali elementi concorrono a svuotare di effettività il contraddittorio, che si svolge in un contesto fortemente asimmetrico: da un lato, il pubblico ministero, che fonda la richiesta di misura cautelare su un impianto probatorio spesso costruito nel corso di lunghi mesi d'indagine; dall'altro, il soggetto sottoposto a custodia cautelare, il quale, turbato dall'ingresso traumatico “nell'istituzione totale”⁵³⁵, si trova frequentemente in uno stato di prostrazione tale da compromettere la possibilità di una collaborazione effettiva tra difesa tecnica e difesa personale, componente imprescindibile del diritto di difesa nella sua accezione più piena⁵³⁶.

⁵²⁹ PISANI, *Art. 5. Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 115 ss.

⁵³⁰ Cfr. MUZZICCA, *Le prime sentenze della Cassazione in tema di interrogatorio preventivo*, in Sistema Penale, 2024.

⁵³¹ “Visione monoculare”, la definiva RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa possibile*, in Dir. pen. proc., 2006, 9, p. 1165 ss.; Cfr. anche CONFALONIERI, *Il controllo giurisdizionale sulla custodia cautelare: esperienze italiana e francese a confronto*, Cedam, 1996.

⁵³² Cfr. CRISTIANA VALENTINI, *Com'è difficile trovare l'alba dentro l'imbrunire*, op. cit., p.5 ss.

⁵³³ Per una ricostruzione degli sfondi, CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'imputato sottoposto a custodia cautelare*, in Dir. pen. cont., 2013, 1, p. 141 ss.

⁵³⁴ Cfr. MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea. Profili del processo penale nella Costituzione Europea*, in AA.VV., a cura di Coppetta, Giappichelli, Torino, 2005.

⁵³⁵ L'espressione è quella, notissima, di GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi, 2010 (ed. orig. 1961), passim.

⁵³⁶ Si può facilmente intuire quale sarebbe stato il punto di vista di Goffman nei confronti di un istituto come quello delineato dall'art. 294 c.p.p., il quale presuppone che una persona appena privata della libertà personale — e, in molti casi, catapultata per la prima volta all'interno di un contesto assimilabile a un ““istituzione totale” — sia immediatamente in grado di partecipare attivamente alla propria difesa. Cfr. anche MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Cedam, 2006, p. 357 ss.

Prendendo atto delle numerose criticità sollevate in merito all’istituto dell’interrogatorio di garanzia, la Riforma Nordio ha introdotto l’interrogatorio preventivo. L’introduzione di un momento anticipato di interlocuzione tra le parti mira a fornire al giudice un quadro istruttorio più completo, riducendo così il rischio dell’ingiusta detenzione, particolarmente elevato nei casi in cui il provvedimento venga adottato senza il previo contraddittorio⁵³⁷. Dispone la relazione illustrativa del disegno di legge: «tale riforma è introdotta al fine di evitare *l’effetto dirompente sulla vita delle persone di un intervento cautelare adottato senza possibilità di difesa preventiva*» e dall’altro di porre «*il giudice nelle condizioni di poter avere un’interlocuzione (e anche un contatto diretto) con l’indagato prima dell’adozione della misura*»⁵³⁸.

In astratto, dunque, le finalità sottese alla recente interpolazione normativa risultano certamente condivisibili: è indubbio che l’introduzione di un confronto preventivo tra le parti possa offrire alla difesa l’opportunità di sottoporre al giudice, prima dell’adozione di una misura cautelare, elementi idonei a sostenere l’innocenza dell’indagato o, comunque, a escludere la sussistenza dei presupposti giuridici richiesti per l’applicazione della misura stessa. Ciò avverrebbe in modo diretto ed effettivo, senza dover confidare né sull’iniziativa del pubblico ministero, ai sensi degli artt. 358 e 291 c.p.p., né sull’eventualità, assai remota, di un deposito preventivo a contenuto indeterminato ex art. 391-octies c.p.p.⁵³⁹.

Tuttavia, se si abbandona il piano delle enunciazioni di principio e si affronta la concreta configurazione di un simile istituto nell’ambito delle indagini preliminari, emergono notevoli complessità: risulta infatti arduo elaborare una disciplina capace di bilanciare, in modo equo e funzionale, le diverse istanze coinvolte⁵⁴⁰.

L’intento del legislatore di assicurare una maggiore garanzia difensiva a favore dell’imputato e una tutela del contraddittorio rafforzata sembra, nella pratica, svanire a causa dell’incompletezza della riforma, il suo carattere marcatamente prudente e l’assenza di previsioni che sarebbero risultate fondamentali per l’instaurazione di un vero e proprio contraddittorio.

⁵³⁷ MUZZICA, *Le prime sentenze della Cassazione in tema di interrogatorio preventivo*, in *Sistema penale* (rivista on-line), 2024.

⁵³⁸ Cfr. Relazione illustrativa al disegno di legge A.S. n. 808, presentato dal Ministro della giustizia Nordio, Atti parl. Sen., XVIII leg., 2023, disponibile su www.senato.it.

⁵³⁹ GIALUZ, *Le novità della “manovra Nordio” in materia processuale: quando l’ideologia rischia di provocare un’eterogenesi dei fini*, in *Sistema penale* (rivista on-line), 22 luglio 2024.

⁵⁴⁰ Tale consapevolezza era già emersa in sede di elaborazione del codice del 1988: non a caso, nel corso dei lavori preparatori, fu accantonata l’ipotesi di introdurre un contraddittorio anticipato sul modello francese. Si ritenne, infatti, che una simile scelta avrebbe richiesto, come presupposto, la comparizione dell’indagato in stato di fermo, con il conseguente rischio di ampliare in modo eccessivo e improprio i casi di temporanea privazione della libertà personale. Cfr. ILLUMINATI, *Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura*, cit., p. 891

A ben vedere, infatti, non si può propriamente parlare di “anticipazione del contraddittorio” nel senso tecnico e sostanziale che l’espressione assume nel sistema processuale: il contraddittorio presuppone tempi adeguati alla preparazione della difesa, un’effettiva parità tra le parti coinvolte nell’atto e, soprattutto, la riduzione dell’asimmetria informativa che caratterizza la fase delle indagini preliminari. Nessuno di questi elementi risulta pienamente garantito dalla disciplina introdotta.

In tale prospettiva, l’essenza della giurisdizione non risiede unicamente nella sua finalità specifica di «*ius dicere*», ma si manifesta anche nella sua struttura triadica e nella natura dialogica del suo svolgimento: *processus est actus trium personarum*⁵⁴¹. Del resto, si tratta di caratteristiche fondamentali della giurisdizione che la Costituzione sancisce con precisione, stabilendo che essa deve essere esercitata attraverso un «giusto processo regolato dalla legge». Essa è, dunque, inequivocabilmente ancorata a un modello dialettico. Lo conferma con chiarezza la formulazione contenuta nell’attuale secondo comma dell’art. 111, secondo cui «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale»⁵⁴². In discontinuità con questa architettura costituzionale, il nuovo art. 291, comma 1-quater, c.p.p., prevede lo svolgimento dell’interrogatorio secondo le modalità degli artt. 64 e 65 c.p.p., anticipando la partecipazione della difesa in una forma che, pur formalmente garantita, non realizza appieno l’*actus trium personarum*. Nel momento in cui l’indagato compare davanti al giudice per essere sottoposto a interrogatorio, infatti, la presenza del pubblico ministero non è necessariamente prevista, potendo questi decidere di non partecipare all’atto.

Un’ulteriore criticità della proposta normativa è l’assenza di una disposizione che imponga la presenza del difensore durante l’interrogatorio anticipato, diversamente da quanto previsto per l’interrogatorio di garanzia ex art. 294 c.p. p. La pressione psicologica cui è sottoposto l’interrogando, in entrambi i contesti, è del tutto assimilabile: nel primo caso, si tratta comunque di un soggetto cui viene prospettata – se non già la possibilità, quantomeno la probabilità – di un’imminente privazione della libertà personale⁵⁴³.

Il ruolo del difensore, pur formalmente riconosciuto, rimane di fatto marginale e privo di strumenti concreti per incidere sull’esito dell’atto. Come è stato autorevolmente osservato in dottrina «se davvero il legislatore avesse inteso introdurre un autentico contraddittorio anticipato nell’ambito del sistema cautelare codificato, avrebbe dovuto valorizzare in modo ben più incisivo il ruolo del

⁵⁴¹ MOSCARINI, *Riflessioni per una riforma del sistema cautelare penale*, in corso di pubblicazione su Proc. pen. e giust., 2025.

⁵⁴² *Ibidem*.

⁵⁴³ BRONZO, *Brevi note sul “disegno di legge Nordio”*, in www.sistemapenale.it, 12 aprile 2024, p. 6.

difensore, evitando di relegarlo a una funzione meramente formale, priva di effettiva incidenza sullo svolgimento dell'atto»⁵⁴⁴.

Si consideri, inoltre, che il disegno di legge non prevede un termine dilatorio minimo obbligatorio per lo svolgimento dell'interrogatorio. Pur essendo previsto, in via ordinaria, un termine di cinque giorni, viene comunque riconosciuto al giudice il potere di abbreviare tale lasso temporale in presenza di ragioni d'urgenza, a condizione che sia comunque garantito il tempo sufficiente per la comparizione (art. 291, comma 1-sexies)⁵⁴⁵. Tuttavia, tale previsione si rivela insoddisfacente sotto il profilo delle garanzie difensive: non solo manca una soglia temporale inderogabile che consenta alla difesa di prendere piena cognizione degli atti, ma anche l'eventuale rispetto del termine ordinario di cinque giorni rischia di non essere sufficiente per elaborare una strategia difensiva efficace, soprattutto in procedimenti complessi. È quindi facilmente prevedibile un aumento del ricorso, da parte dell'indagato, alla facoltà di non rispondere, proprio in ragione della potenziale utilizzabilità processuale delle sue dichiarazioni⁵⁴⁶. Il risultato, sul piano sistematico, è un indebolimento concreto delle garanzie poste a presidio della libertà personale⁵⁴⁷.

A ciò si aggiunge un ulteriore profilo delicato: anche a seguito della riforma, resta ampiamente discrezionale il potere del pubblico ministero di decidere quali atti depositare e quali no, attribuendo al p.m. un controllo sostanziale sull'accesso dell'indagato alle informazioni rilevanti. Di fatto, il diritto alla difesa continua ad essere subordinato alle scelte strategiche dell'accusa, con evidenti ricadute in termini di parità delle armi nel procedimento. Si deve ricordare, a tal proposito, che vi è «una condizione minima perché il dialogo a battute asincrone possa qualificarsi come contraddittorio, ed è che ognuno degli antagonisti conosca non soltanto l'oggetto della contesa, ma

⁵⁴⁴ VALENTINI, *Le novità della “legge Nordio” in materia cautelare: poche idee, ma confuse*, disponibile su www.cris.unibo.it, 2024.

⁵⁴⁵ ILLUMINATI, *Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura*, cit., p. 892.

⁵⁴⁶ In linea generale, l'art. 526 c.p.p. esprime una generale “*inutilizzabilità fisiologica*” degli atti acquisiti nelle fasi preliminari in dibattimento, determinata dal fatto che il loro contenuto non scaturisce dalla dialettica delle parti. Tuttavia, lo stesso codice prevede delle eccezioni. L'art. 513, comma 1, c.p.p. consente la lettura delle dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria nel corso delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare nei soli casi in cui l'imputato abbia esercitato il diritto di autodifesa nella duplice forma passiva dell'assenza dal processo (art. 402 bis) e abbia legittimamente rifiutato di sottoporsi all'esame sollecitato da qualcuno delle altre parti. L'art. 503, comma 5 e 6, c.p.p. disciplina, invece, le contestazioni all'imputato in dibattimento: se nel corso dell'esame l'imputato rende dichiarazioni in contrasto con quelle precedentemente rese, queste ultime possono essere contestate e lette, a patto che tali dichiarazioni siano state rese in un contesto garantito dal diritto all'assistenza del difensore dell'imputato, e che siano dichiarazioni rese dinanzi al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria su delega dello stesso magistrato inquirente. Un diverso canale di acquisizione è rappresentato dall'incidente probatorio (artt. 392 ss. c.p.p.), che consente l'assunzione anticipata della prova in contraddittorio, la quale entra direttamente nel fascicolo del dibattimento e può essere pienamente utilizzata dal giudice.

⁵⁴⁷ GIALUZ, *Le novità della “manovra Nordio” in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, in *Sistema penale* (rivista online), 22 luglio 2024.

anche la posizione e gli argomenti dell’altro, per poter ‘contraddirsi’»⁵⁴⁸.

Un vero contraddittorio anticipato richiederebbe un confronto effettivo tra accusa e difesa, svolto in un’udienza partecipata, con piena conoscenza degli atti rilevanti e condizioni tali da porre le parti su un piano di sostanziale equilibrio. È quanto accade, ad esempio, nel modello francese, dove il *juge des libertés et de la détention* svolge un ruolo attivo di garanzia in un’udienza appositamente predisposta, e che, inoltre, ha accesso all’intero fascicolo delle indagini, e non meramente agli atti depositati dal p.m.⁵⁴⁹. In assenza di tali presupposti, il meccanismo delineato dalla legge n. 114/2024 resta una forma incompleta di contraddittorio, che non incide realmente sull’asimmetria cognitiva né garantisce un’effettiva tutela dell’indagato nella fase di applicazione delle misure cautelari⁵⁵⁰.

Alle già evidenziate criticità connesse all’incapacità della riforma di garantire un effettivo contraddittorio anticipato, si aggiunge un’ulteriore osservazione: anche nei limitati casi in cui il legislatore sembra aver manifestato una, seppur timida, apertura verso un riconoscimento positivo del preventivo confronto tra giudice e imputato, tale evoluzione risulta fortemente circoscritta nell’ambito di operatività. Essa è, infatti, prevista esclusivamente in relazione a specifiche categorie di reati e subordinata alla ricorrenza di determinate esigenze cautelari. Tale aspetto, unitamente ad altre criticità inerenti alla riforma, sarà oggetto di più approfondita trattazione nel paragrafo 7.2.

6. Situazione attuale in Francia. Statistiche ed efficienza del sistema.

Ad oggi, due sono le principali criticità che intaccano il funzionamento del sistema giuridico francese: in primo luogo, il problema del sovraffollamento carcerario⁵⁵¹, aggravato dalla circostanza che una parte consistente della popolazione carceraria non è ancora stata raggiunta da una sentenza definitiva

⁵⁴⁸ GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p.1

⁵⁴⁹ Da questo punto di vista, risulta particolarmente significativo che la riforma Nordio non abbia inciso sull’assetto normativo previgente che limita l’accesso del giudice per le indagini preliminari ai soli atti depositati dal pubblico ministero. Ciò conferma, indirettamente, il potere di quest’ultimo di orientare l’intero perimetro valutativo non solo della difesa, ma anche del giudice stesso, con ricadute potenzialmente rilevanti sul piano delle garanzie del procedimento.

⁵⁵⁰ Per un approfondimento del tema, cfr. par. 7.3.

⁵⁵¹ FERRAN, *Combattre la surpopulation carcérale et l’indignité des conditions de détention. Dans les coulisses d’une «guérilla contentieuse»*, in *Revue des droits de l’homme*, n. 18, 2020, p.2 ss., disponibile in <https://journals.openedition.org/revdh/11230>; PONSEILLE, *Aménagement de peine et surpopulation carcérale*, in AJ pénal, 2014, p. 494 ss

di condanna⁵⁵²; in secondo luogo, la carenza di risorse, tanto umane quanto economiche, a disposizione, che compromette il funzionamento della macchina giudiziaria⁵⁵³.

In particolare, le misure di custodia cautelare, per frequenza e durata, contribuiscono in misura rilevante alla congestione degli istituti penitenziari, una situazione che sta assumendo proporzioni sempre più allarmanti⁵⁵⁴. Le *maisons d'arrêt*, strutture prevalentemente destinate ai detenuti in attesa di giudizio, risultano afflitte da un sovraffollamento cronico. Al 1° ottobre 2024, il tasso complessivo di densità carceraria in Francia si attestava al 127,9%, raggiungendo il 155% nelle *maisons d'arrêt*, con picchi superiori al 200% in taluni istituti⁵⁵⁵. Paradossalmente, migliaia di individui ancora formalmente presunti innocenti⁵⁵⁶ si trovano sottoposti alle condizioni detentive tra le più afflittive previste dal sistema penitenziario⁵⁵⁷, in aperto contrasto, anzitutto, con il principio della presunzione di innocenza.

Numerose sono le motivazioni di ordine pratico che concorrono a determinare questa situazione. Tra esse, si segnala in particolare la tendenza a tollerare con maggiore facilità condizioni di degrado e sofferenza nei confronti della popolazione detenuta in custodia cautelare, spesso caratterizzata da una breve permanenza negli istituti penitenziari, rispetto a coloro che affrontano una detenzione prolungata in seguito a una condanna definitiva⁵⁵⁸. Ne consegue che, a causa della maggiore

⁵⁵² Cfr. BAMBA, *La détention préventive et provisoire face aux exigences du respect des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2016, p. 8 ss.; SCHMITZ, *La surpopulation carcérale et la guerre des offices : le juge judiciaire comme nouveau gardien des conditions d'exécution de la détention provisoire*, in *Revue des droits de l'homme*, n. 18, 2020, disponibile in <https://journals.openedition.org/revdh/11230>

⁵⁵³ VAUCHEZ, *Le chiffre dans le « gouvernement » de la justice*, in *Revue française d'administration publique*, n. 125, 2008, p. 111-120, disponibile in <https://doi.org/10.3917/rfap.125.0111>

⁵⁵⁴ Cfr. EDU, 30 gennaio 2020, *J.M.B. et autres c. France*, Req. n° 9671/15 et 31 autres, in cui la Corte ha accertato la violazione degli artt. 3 e 13 CEDU in relazione alle condizioni inumane e degradanti di detenzione in sei istituti penitenziari francesi (spazio personale inferiore a 3 m², carenze igienico-sanitarie, mancanza di privacy e attività), nonché l'inefficacia dei rimedi preventivi offerti dall'ordinamento francese.

⁵⁵⁵ *La construction de nouvelles prisons ne peut constituer une solution unique*, in *Le Monde*, 21 novembre 2024, disponibile in https://www.lemonde.fr/idees/article/2024/11/21/la-construction-de-nouvelles-prisons-ne-peut-constituer-une-solution-unique_6406563_3232.html

⁵⁵⁶ Nel corso del 2021 sono state presentate 606 istanze di riparazione per ingiusta detenzione conseguenti a misure di custodia cautelare non seguite da sentenza di condanna (cfr. *Ministère de la Justice, Chiffres clés de la justice*). Tale dato, tuttavia, non restituisce in modo esaustivo la reale portata del fenomeno, dal momento che una parte dei soggetti illegittimamente privati della libertà personale rinuncia all'attivazione del relativo procedimento risarcitorio, per ragioni che possono includere ostacoli procedurali, carenze informative o sfiducia nell'effettività della tutela giurisdizionale. Cfr. *Ministère de la justice, SDSE, Statistiques trimestrielles de milieu fermé au 31 décembre 2021*, tableau 17.

⁵⁵⁷ In effetti, le condizioni di detenzione previste nelle *maisons d'arrêt* sono più dure rispetto al regime penitenziario riservato per i soggetti che sono trasferiti in un istituto penitenziario a seguito di una condanna definitiva. Cfr. KENSEY – MOUHANNA, *La détention provisoire en France: un provisoire qui dure, dans l'indifférence*, in *Nouvelle Revue de Criminologie et de Politique Pénale*, 2020, p. 25 ss

⁵⁵⁸ «Les conditions de détention et la durée font que la population pénale y est beaucoup plus difficile et qu'elle change moins. Il faut y préserver des conditions de détention correctes alors que, dans les maisons d'arrêt, le turn-over permet de supporter des conditions de détention beaucoup plus difficiles sans explosion (...). C'est une réalité pénitentiaire, car si l'on dépasse les normes dans les maisons centrales en mettant deux ou trois détenus par cellule, malgré un escadron de CRS, on ne tiendra pas longtemps l'établissement». Sénat, *Rapport de la commission d'enquête sur les conditions de*

frequenza di ingressi e uscite nelle *maisons d'arrêt* e della minore preoccupazione per eventuali disordini, le persone in attesa di giudizio finiscono per costituire la variabile di compensazione del sistema penitenziario francese⁵⁵⁹.

Per quanto concerne, invece, il problema dell'inefficienza del sistema giudiziario, l'ultimo *Rapporto di valutazione sui sistemi giudiziari europei* pubblicato il 16 ottobre 2024 dalla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ)⁵⁶⁰ evidenzia una crescita progressiva ma ancora insufficiente delle risorse e della capacità operativa del settore⁵⁶¹. Nel triennio 2020–2022, pur registrandosi un aumento del 7% delle risorse destinate alla giustizia, l'incidenza della spesa pubblica per il settore sul prodotto interno lordo nazionale si è attestata appena allo 0,20%, un valore inferiore rispetto alla mediana europea (0,28%) e a quello di Paesi comparabili quali Italia (0,31%), Paesi Bassi (0,26%) e Germania (0,30%)⁵⁶².

A tale sottofinanziamento si accompagna una persistente carenza di personale, particolarmente acuta all'interno della magistratura requirente. Con una media di appena 3,2 procuratori ogni 100.000 abitanti nel 2022, la Francia risulta notevolmente al di sotto della media europea, pari a 11,2 unità per la medesima soglia demografica⁵⁶³. Tali lacune strutturali appaiono ancor più critiche in un contesto caratterizzato da una crescente domanda di giustizia e da una simultanea riduzione delle risorse pubbliche disponibili⁵⁶⁴.

Alla luce di questi elementi, il rapporto della Commissione Europea per l'Efficacia della Giustizia (CEPEJ) sollecita un incremento sostanziale delle risorse assegnate all'apparato giudiziario, con l'obiettivo di migliorarne al contempo l'efficienza e la capacità di risposta⁵⁶⁵. Il dibattito parlamentare

détenzione dans les établissements pénitentiaires en France, n. 449 (1999–2000), *Prisons: une humiliation pour la République*, Paris, 29 juin 2000, disponibile in www.senat.fr/rap/199-449/199-4491.pdf

⁵⁵⁹ Sénat, *Rapport de commission d'enquête* n. 449, cit., p. 116.

⁵⁶⁰ CEPEJ – Commission européenne pour l'efficacité de la justice, *2024 Evaluation cycle (2022 data)*, disponibile in [\t _new">https://www.coe.int/en/web/cepej/special-file"\t _new](https://www.coe.int/en/web/cepej/special-file)

⁵⁶¹ Giova ricordare che la CEPEJ è stata istituita dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 2002 e dal 2004 si occupa di svolgere, con cadenza biennale, una valutazione sullo stato della giustizia degli Stati membri del Consiglio d'Europa e di alcuni Paesi osservatori. Il rapporto in commento giunge, pertanto, a distanza di due anni dal precedente e si basa sui dati del 2022. L'analisi verte in particolare sul funzionamento dei sistemi giudiziari di 44 Paesi membri del Consiglio d'Europa, inclusa l'Italia, e di due Stati osservatori (Israele e Marocco).

I risultati della disamina sono suddivisi in tre parti complementari: 1) *General analyses*; 2) *Country profiles / Individual country profiles*; 3) *CEPEJ-STAT database* (si tratta di una sezione che contiene tutti i dati raccolti dalla CEPEJ dal 2010, suddivisi secondo criteri rilevanti).

⁵⁶² CEPEJ – *Commission européenne pour l'efficacité de la justice*, cit., Part. 2, Country profile, p. 66 ss.

⁵⁶³ Ibidem.

⁵⁶⁴ *Publication du rapport 2024 de la Commission européenne pour l'évaluation des systèmes judiciaires européens (CEPEJ)*, communiqué du Ministère de la Justice (France), 16 ottobre 2024

⁵⁶⁵ Le evidenze statistiche tracciano con chiarezza le principali direttive di intervento già al centro della riflessione istituzionale: il potenziamento operativo delle procure della Repubblica, la creazione di équipe multidisciplinari a

relativo alla legge di bilancio per l'esercizio finanziario 2025 ha costituito, in tal senso, un'occasione cruciale per riconsiderare in modo strutturato le priorità politiche e strategiche in materia di giustizia⁵⁶⁶.

Le riforme più significative adottate nel corso degli ultimi decenni, finalizzate a porre rimedio alle disfunzioni strutturali del sistema giudiziario francese, hanno trovato impulso nel cosiddetto *affaire Outreau*, una vicenda giudiziaria di forte risonanza mediatica che ha profondamente colpito l'opinione pubblica e messo in discussione l'affidabilità complessiva dell'apparato giudiziario nazionale.

L'analisi delle dinamiche processuali sottese a tale caso emblematico consente di cogliere come, pur emergendo con chiarezza una crisi sistematica nell'utilizzo della detenzione preventiva, il legislatore non abbia optato per un arretramento rispetto ai principi fondamentali del contraddittorio anticipato e dell'indipendenza funzionale del *juge des libertés et de la détention*. Al contrario, l'*affaire Outreau* ha rappresentato un momento di catalizzazione istituzionale, innescando un processo di ripensamento strutturale volto a rafforzare le garanzie procedurali e ad affrontare le vulnerabilità del sistema, senza tuttavia mettere in discussione i suoi capisaldi normativi e ordinamentali⁵⁶⁷.

6.1. L'*affaire d'Outreau*.

Una parte rilevante delle inefficienze del sistema giudiziario francese viene ricondotta alle criticità insite nell'attuale disciplina della *détention provisoire*, come prevista dagli articoli 145 e seguenti del *Code de procédure pénale*, così come modificati dalla legge n. 2000-516 del 15 giugno 2000, recante il rafforzamento della tutela del principio di presunzione di innocenza e dei diritti delle vittime⁵⁶⁸. In particolare, oggetto di rilievi è stato il ruolo attribuito al *juge des libertés et de la détention* (JLD) e

supporto dell'attività giurisdizionale, nonché l'esigenza di accelerare la digitalizzazione mediante investimenti mirati e strategie efficaci di implementazione tecnologica.

⁵⁶⁶ *Publication du rapport 2024 de la Commission européenne, communiqué du Ministère de la Justice* (France), op. cit.

⁵⁶⁷ CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 novembre 2012, disponibile in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/1862-il-rafforzamento-delle-garanzie-dell-indagato-sottoposto-a-custodia-cautelare>

⁵⁶⁸ Cfr. Cap. 1 par. 8.2. Può essere utile riportarne i tratti salienti: Il procedimento prevede che il pubblico ministero, ricorrendone i presupposti, possa richiedere al giudice istruttore l'applicazione della detenzione provvisoria; se la richiesta è ritenuta fondata, questa viene trasmessa, con ordinanza motivata, al *juge des libertés et de la détention* (JLD). Quest'ultimo, valutati gli atti, può disporre la misura cautelare al termine di un *débat contradictoire*. In caso di richiesta di termine a difesa, il *juge des libertés et de la détention* può ordinare una detenzione temporanea fino a quattro giorni feriali prima dell'udienza.

la necessità dell'intervento del giudice istruttore nell'ambito del procedimento applicativo della *détention provisoire*.⁵⁶⁹

Sin dalla sua introduzione, quest'ultima riforma ha suscitato numerose riserve da parte della dottrina, che ha messo in evidenza il rischio che essa si rivelasse un intervento meramente simbolico⁵⁷⁰, privo di un'effettiva capacità di incidere sulla prassi, largamente diffusa, del ricorso alla custodia cautelare in carcere e di rafforzare in maniera sostanziale la presunzione di innocenza⁵⁷¹.

Ulteriori criticità sono state sollevate con riferimento all'effetto potenzialmente deresponsabilizzante dell'istituto del *double regard*, che potrebbe indurre il giudice istruttore a percepire una diminuzione del proprio ruolo decisionale, in quanto consapevole della necessaria approvazione del *juge des libertés et de la détention*. In tale configurazione, si determina un possibile effetto di frammentazione della responsabilità decisionale, con una conseguente opacità nell'individuazione del soggetto effettivamente titolare della decisione restrittiva della libertà personale⁵⁷².

Alcune di queste preoccupazioni hanno trovato concreta conferma nel *Rapporto Outreau*, redatto dalla Commissione d'inchiesta istituita su iniziativa parlamentare a seguito del noto caso giudiziario che ha fatto emergere gravi disfunzioni nell'ambito del sistema istruttorio e nel ricorso alla custodia cautelare, sollevando un ampio dibattito circa l'effettiva tenuta delle garanzie processuali nell'ordinamento francese⁵⁷³.

L'*affaire Outreau* prende il nome dalla località in cui si sono svolti i fatti oggetto dell'indagine, culminata con l'incriminazione e la sottoposizione a *détention provisoire* di diciotto persone accusate di gravi reati di pedofilia. La maggior parte di essi è stata successivamente integralmente prosciolta nel corso del procedimento giudiziario. Dei diciassette imputati sottoposti a giudizio – i quali si sono sempre dichiarati estranei ai fatti – sette furono assolti in primo grado e sei in grado d'appello, dopo aver trascorso lunghi periodi in regime di detenzione cautelare⁵⁷⁴. Tale vicenda, unanimemente

⁵⁶⁹ Cfr. Cap. 1 par. 3.2; LE MONNIER DE GOUVILLE, *Réflexions sur le contrôle des actes d'investigation par le juge des libertés et de la détention*, pubblicato su Lexbase, 5 agosto 2022, disponibile online: <https://www.lexbase.fr/article-juridique/87159154-lepointsurreflexionssurlecontroledesactesdinvestigationparlejudgeteslibertesetdela>.

⁵⁷⁰ PRADEL, *Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Évolution ou révolution?*, in Recueil Dalloz, 2001, p. 1045 ss.

⁵⁷¹ GUÉRY, *Détention provisoire*, Dalloz, 2001, p. 69 ss.

⁵⁷² PRADEL, *Les personnes suspectes*, cit., p. 1046.

⁵⁷³ Cfr., tra l'altro, CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 novembre 2012, disponibile in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/1862-il-rafforzamento-delle-garanzie-dell-indagato-sottoposto-a-custodia-cautelare>

⁵⁷⁴ Per maggiori approfondimenti si rinvia a Assemblée Nationale, *Rapport n. 3125, XIIe Législatu re, Rapport fait au nom de la Commission d'Enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, in www.assemblee-nationale.fr.

qualificata come un *échec judiciaire* di proporzioni eccezionali, ha profondamente scosso la fiducia nel sistema giudiziario francese.

A seguito delle prime sentenze di assoluzione della Corte d'assise e in ragione della forte pressione esercitata dall'opinione pubblica e dai media, fu istituita una Commissione parlamentare d'inchiesta volta ad approfondire le dinamiche del caso *Outreau*, con particolare attenzione all'operato del giudice istruttore⁵⁷⁵.

Il contesto istituzionale risultava fortemente segnato da tensioni tra i poteri legislativo e giudiziario, con un Parlamento intenzionato, attraverso la gestione politica del caso, a perseguire una duplice finalità: da un lato, evidenziare le inadeguatezze del modello processuale di stampo inquisitorio – ritenuto responsabile di frequenti errori giudiziari – al fine di giustificare una progressiva transizione verso un impianto accusatorio; dall'altro, porre l'accento sull'insufficienza, in termini di esperienza e competenza professionale, di una parte della magistratura, con specifico riferimento ai giudici istruttori⁵⁷⁶.

Il *Rapporto Outreau* ha rappresentato un momento di profonda messa in discussione dell'assetto procedurale vigente, con particolare riferimento al ruolo svolto dai due attori principali della fase istruttoria: il giudice istruttore e il *juge des libertés et de la détention* (JLD). Quest'ultimo, in particolare, venne criticamente definito come una “garanzia apparente”, il cui intervento si tradurrebbe, nella prassi, in un contraddittorio incompleto o meramente formale, finalizzato prevalentemente alla ratifica delle richieste avanzate dal pubblico ministero e dallo stesso giudice istruttore.

Tale prassi decisionale è stata attribuita alla difficoltà per il *juge des libertés et de la détention* di acquisire una conoscenza autonoma, completa e approfondita del fascicolo processuale, ostacolata – all'epoca dei fatti – anche dall'impossibilità di disporre autonomamente l'assunzione di ulteriori elementi istruttori⁵⁷⁷. A ciò si aggiungeva la ristrettezza dei tempi a disposizione per l'analisi del

⁵⁷⁵ Cfr. Assemblée Nationale, Rapport n. 3125, XIIe Législature, op. cit., che definisce il ruolo della commissione quale funzione di «*rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*».

⁵⁷⁶ MAURO, *Magistrati in Europa. Indipendenza, professionalità e responsabilità: problemi francesi*, in *Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, vol. 59, n. 2, 2013, pp. 343–359, disponibile online

⁵⁷⁷ Si ritiene che «*Il en a connaissance, naturellement, mais on ne peut pas en débattre avec la personne mise en examen ni avec son avocat. Il est évident qu'au moment du débat, ces faits vont être rapidement rappelés et abordés, mais toujours au soutien des arguments qui seront présentés par le parquet pour solliciter la mise en détention*». Anche secondo il Procureur de la République M. Gérald Lesigne «*le débat dans le cabinet du juge des libertés et de la détention est extrêmement artificiel. Du point de vue du parquet, le fond ne peut pas être abordé. On est privé de l'essentiel du débat, qui devrait porter sur le contenu du dossier. On fait simplement le constat des conditions de la détention. C'est dramatique. Ce serait une faute que d'aborder le fond: la loi nous l'interdit*».

caso, fattore che contribuiva a svuotare di effettività il controllo giurisdizionale, rendendolo inadeguato rispetto alla sua funzione di garanzia dei diritti fondamentali della persona sottoposta a procedimento penale⁵⁷⁸.

Il medesimo rapporto ha inoltre riaccesso il dibattito – già emerso in passato – sull’opportunità di mantenere in vita la figura del giudice istruttore. Tale discussione ha riportato in auge le proposte avanzate, in particolare, dalla Commissione presieduta dalla Professoressa Mireille Delmas-Marty⁵⁷⁹, la quale auspicava una riforma strutturale fondata sull’eliminazione del *juge d’instruction*⁵⁸⁰, con l’obiettivo di avvicinare il modello francese a quelli già adottati da ordinamenti di matrice accusatoria – come quello italiano – in contrapposizione alla logica inquisitoria, simbolicamente incarnata proprio dalla figura del giudice istruttore.

Tuttavia, la maggior parte della dottrina, così come una parte significativa della classe politica, ha ostacolato tale intervento normativo, sostenendo che il giudice istruttore rappresentasse un elemento identitario del processo penale francese, la cui soppressione non sarebbe stata idonea, di per sé, a risolvere i *dysfonctionnements de la justice*,⁵⁸¹ ritenuti frutto di criticità sistemiche più complesse e bisognose di interventi strutturati e mirati.

⁵⁷⁸ A sollevare non poche perplessità è, tra l’altro, il fatto che il *juge des libertés et de la détention* entri in contatto diretto con il detenuto esclusivamente nel corso dell’udienza destinata a decidere sull’applicazione o sulla proroga della misura della custodia cautelare. In ogni altro momento, egli resta privo di quel patrimonio percettivo e relazionale che scaturisce dal confronto personale con l’interessato, elemento che invece risulta centrale, ad esempio, nell’interrogatorio condotto dal giudice istruttore. Il *juge des libertés* non può assistere a tale atto e ne conosce il contenuto unicamente attraverso la lettura del dossier, con l’effetto di trovarsi, come osservato dalla Commissione parlamentare sul caso *Outreau*, «privo di sensazioni, troppo solo di fronte al proprio “fascicolo cartaceo”»; *Assemblée Nationale, Rapport n. 3125*, cit., p. 270.

⁵⁷⁹ In questo contesto, merita richiamo il lavoro della Commission Justice pénale et Droits de l’homme, istituita il 19 ottobre 1988 per iniziativa del Ministro della giustizia Pierre Arpaillange e affidata alla direzione della professoressa Mireille Delmas-Marty. La commissione fu incaricata di elaborare una riflessione complessiva sul funzionamento del processo penale francese, con un’attenzione specifica rivolta alla fase istruttoria. I lavori si conclusero nel giugno 1990 con la presentazione di un rapporto finale. Cfr. *Commission Justice pénale et Droits de l’homme, Rapports. La mise en état des affaires pénales*, disponibile in www.ladocumentationfrançaise.fr; v. anche CHIAVARIO, *La soppressione del juge d’instruction nel progetto Delmas-Marty*, in *Ind. pen.*, 1993, p. 320 ss.

⁵⁸⁰ I punti salienti della proposta erano: affidare l’indagine preliminare al solo PM, assistito dalla polizia giudiziaria, ma nel quadro di un rafforzamento delle garanzie di indipendenza; introdurre il principio di parità delle armi attraverso l’ampliamento delle prerogative difensive; istituire un *juge de l’instruction* responsabile unicamente delle decisioni giurisdizionali che incidono sui diritti fondamentali (come la custodia cautelare, le perquisizioni o le intercettazioni). L’obiettivo, insomma, non era l’abolizione della figura del giudice istruttore, bensì una redistribuzione delle sue competenze. Un’ipotesi simile è stata riproposta nel cosiddetto Rapport Léger, trasmesso il 1° settembre 2009 al Presidente della Repubblica e al Primo Ministro francesi. In tale documento (*Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, disponibile in www.ladocumentationfrançaise.fr), si suggeriva la soppressione del giudice istruttore e l’attribuzione stabile della competenza in materia di custodia cautelare al *juge des libertés et de la détention*, con la previsione, su richiesta dell’interessato, di una decisione assunta da un organo collegiale da convocare entro 48 ore.

⁵⁸¹ Si è osservato, infatti, che un’eventuale riforma avrebbe potuto introdurre non tanto una “verità giudiziaria”, quanto il rischio di generare “due mezze verità”. Del resto, è stato rilevato come anche i sistemi di matrice anglosassone non siano immuni dal rischio di errori giudiziari. Di conseguenza, pur riconoscendo i limiti del modello esistente, ha finito per prevalere l’orientamento favorevole al suo mantenimento, accompagnato però da opportuni correttivi (sul punto, in particolare, cfr. *Assemblée Nationale, Rapport n. 3125*, cit., pp. 337 ss.).

In tale contesto, il legislatore ha infine optato per una soluzione di compromesso, espressamente formalizzata nella legge n. 2007-291 del 5 marzo 2007, la quale ha dato concreta attuazione a una parte delle raccomandazioni emerse a seguito *dell'affaire Outreau*⁵⁸². Tale intervento normativo si è articolato lungo due direttive principali: da un lato, il rafforzamento delle competenze e delle prerogative del *juge des libertés et de la détention* (JLD); dall'altro, la proposta di trasformazione dell'ufficio del giudice istruttore in un organo collegiale, al fine di accrescere le garanzie del procedimento e ridurre il rischio di errori giudiziari o abusi di potere⁵⁸³.

Per quanto riguarda il primo aspetto, tale riforma ha rafforzato l'obbligo per il *juge des libertés et de la détention* di formulare motivazioni autonome, esplicitando il divieto di adesione acritica alle richieste del pubblico ministero o del giudice istruttore, al fine di scongiurare il fenomeno delle *motivations serviles* e garantire un controllo giurisdizionale autentico. Inoltre, è stato precisato che il tale giudice non debba limitarsi a un esame formale dei presupposti legali, ma ha l'obbligo di procedere a una valutazione sostanziale della proporzionalità e dell'attualità della misura coercitiva, con riferimento alla posizione personale dell'indagato e alla concreta sussistenza delle esigenze cautelari⁵⁸⁴. È stato inoltre escluso ogni automatismo tra il rinvio a giudizio e il mantenimento della custodia cautelare, richiedendosi che anche nelle fasi successive alla conclusione dell'istruzione formale il *juge des libertés et de la détention* proceda a una rivalutazione autonoma e puntuale della sussistenza dei presupposti legittimanti la *détention provisoire*, in conformità ai principi di proporzionalità, necessità e attualità della misura.

Quanto al secondo profilo, la riforma ha altresì proposto, quale misura strutturale, la collegializzazione dell'ufficio del giudice istruttore, attraverso la creazione di un *pôle de l'instruction*, con l'obiettivo di superare la concentrazione del potere istruttorio in capo a un singolo magistrato e di rafforzare il contraddittorio interno alla funzione inquirente. Tale soluzione è stata concepita come strumento volto a migliorare l'equilibrio del procedimento e a prevenire derive autoritarie, mediante una distribuzione collegiale delle responsabilità e delle valutazioni nella fase istruttoria⁵⁸⁵.

Contestualmente, è stata rilanciata la riflessione – già avviata negli anni Novanta con i lavori della Commissione *Truche* – sulla responsabilità e sull'indipendenza della magistratura, aprendo così la

⁵⁸² Cfr. L. n. 2007-291 del 5 marzo 2007, *Journal Officiel*, n. 55, 6 marzo 2007, disponibile online: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000271253/>.

⁵⁸³ Come osservato al Cap. 1, par. 3.1 e 2, tale innovazione non è mai entrata in vigore. Pertanto, allo stato attuale, l'istruzione formale resta affidata a un giudice monocratico.

⁵⁸⁴ Cfr. Cap. 1, par. 8 ss.

⁵⁸⁵ Cfr. nota 171.

strada a una possibile revisione dell'assetto normativo in materia, nell'ottica di un più equilibrato rapporto tra garanzie individuali e funzionalità del sistema giudiziario⁵⁸⁶.

Ciò che preme sottolineare, come già anticipato nei paragrafi precedenti⁵⁸⁷, è che, nel corso del dibattito riformatore suscitato dall'*affaire Outreau*, non è mai stata posta in discussione la necessità di garantire il contraddittorio tra le parti dinanzi al giudice competente a pronunciarsi sull'applicazione della misura cautelare. Al contrario, l'attenzione si è concentrata sull'individuazione di strumenti volti a rendere tale contraddittorio meno formale e maggiormente effettivo, attraverso interventi mirati sia all'accessibilità concreta del fascicolo da parte della difesa, sia – e soprattutto – al rafforzamento del controllo giurisdizionale.

In tale prospettiva, si è inteso consolidare il ruolo del giudice quale garante dell'equilibrio tra le esigenze dell'azione penale e la tutela dei diritti fondamentali della persona, affinché il vaglio sulla legalità, la necessità e la proporzionalità della misura cautelare assuma caratteri di effettività e incisività, ponendosi come presidio sostanziale e non meramente formale dell'ordinamento processuale⁵⁸⁸.

6.2. Ultime novità. La riforma della giustizia penale in Francia e le linee tracciate dal ministro Dupond-Moretti.

Avviati dal Presidente Emmanuel Macron a Poitiers il 18 ottobre 2021, gli *États généraux de la justice* hanno rappresentato un'iniziativa istituzionale di rilevanza strategica, volta a ristabilire un rapporto di fiducia tra la cittadinanza e l'autorità giudiziaria. Attraverso un ampio processo partecipativo – comprendente consultazioni con esperti, incontri pubblici tra operatori del diritto e rappresentanti della società civile, analisi statistiche, raccolta di testimonianze da imputati, vittime e persone detenute, nonché confronti mediatici basati su un linguaggio accessibile – si è giunti alla redazione di un rapporto finale dal contenuto inequivocabile⁵⁸⁹. Il documento si apre infatti con la seguente constatazione: «*L'institution judiciaire se porte mal. Tous les professionnels qui concourent à son fonctionnement quotidien font part de leur profond malaise. De leur côté, les justiciables ne lui*

⁵⁸⁶ Cfr. Commission de réflexion sur la justice, *Rapport au Président de la République*, présidée par Pierre Truche, La Documentation française, 1997, disponibile in https://documentation.insp.gouv.fr/insp/doc/SYRACUSE/140413/rapport-de-la-commission-de-reflexion-sur-la-justice-rapport-au-president-de-la-republique-annexes-c?_lg=fr-FR

⁵⁸⁷ Cfr. par. 6.

⁵⁸⁸ Cfr. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, op. cit., p. 13.

⁵⁸⁹ LUPÀRIA, *La riforma della giustizia penale in Francia dopo gli États généraux: le linee tracciate dal Ministro Dupond-Moretti*, in *Sistema Penale*, 1/2023, disponibile su: www.sistemapenale.it.

accordent qu'un crédit limité. L'institution paraît grippée. Pour beaucoup, elle serait en lambeaux»⁵⁹⁰.

Sulla base delle conclusioni emerse dai lavori – sintetizzate nella relazione redatta da Jean-Marc Sauvé e trasmessa al Presidente della Repubblica nel luglio 2022⁵⁹¹ – il Ministro della Giustizia, Éric Dupond-Moretti, ha delineato le principali direttive della riforma del sistema giudiziario⁵⁹².

Il primo asse d'intervento, a carattere prevalentemente economico-organizzativo, è finalizzato a un significativo incremento delle risorse destinate al settore giustizia. Il piano prevede uno stanziamento complessivo pari a circa sette miliardi di euro⁵⁹³. Tali risorse, previste nell'ambito della programmazione quinquennale 2023–2027, sono destinate principalmente al rafforzamento degli organici, mediante l'assunzione progressiva di magistrati, cancellieri e personale amministrativo; all'ammodernamento delle infrastrutture giudiziarie; alla digitalizzazione dei procedimenti; nonché all'espansione della capacità detentiva attraverso la costruzione di nuovi istituti penitenziari⁵⁹⁴.

Il secondo ambito d'intervento, di natura culturale e formativa, mira a promuovere una più diffusa consapevolezza giuridica, in particolare tra le giovani generazioni. L'intento dichiarato è quello di introdurre, fin dai primi gradi del percorso scolastico, nozioni basilari di diritto penale sostanziale e processuale, con l'obiettivo di favorire la comprensione dei principi e dei valori che informano il funzionamento del sistema giudiziario⁵⁹⁵.

Il terzo asse, di carattere tecnico-normativo, concerne una riforma strutturale del *Code de procédure pénale*, la cui disciplina è attualmente ritenuta eccessivamente complessa, frammentata e poco accessibile. L'obiettivo è quello di procedere, mediante lo strumento dell'*ordonnance*, a una riscrittura organica del testo normativo, orientata alla semplificazione, alla razionalizzazione delle disposizioni e al miglior coordinamento interno, nel rispetto dei principi fondamentali del processo penale francese⁵⁹⁶.

⁵⁹⁰ COMITÉ DES ÉTATS GÉNÉRAUX DE LA JUSTICE, *Rapport du Comité des États généraux de la justice (octobre 2021 – avril 2022)*, Ministère de la Justice, 2022, p. 9, disponibile su: https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/2024-09/rapport_EGJ.pdf.

⁵⁹¹ Ministère de la Justice. *Synthèse du rapport des États généraux de la Justice*. Paris: Ministère de la Justice, 2023. Consulté le 17 mai 2025. https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/2024-09/synthese_rapport_EGJ.pdf.

⁵⁹² Cfr. *Ministère de la Justice. Plan d'action issu des États généraux de la Justice. Dernière modification le 5 janvier 2024.* <https://www.justice.gouv.fr/actualites/actualite/plan-daction-issu-etats-generaux-justice>.

⁵⁹³ Una cifra nettamente superiore rispetto ai due miliardi assegnati durante i mandati presidenziali di Nicolas Sarkozy e François Hollande.

⁵⁹⁴ Cfr. *Ministère de la Justice. “Plan d'action issu des États généraux de la Justice.*, op. cit., p. 10 ss.

⁵⁹⁵ Ibidem, p. 20 ss.

⁵⁹⁶ Ibidem, p. 54 ss.

Il quarto e ultimo ambito riguarda il settore penitenziario, e si articola in una serie di misure strutturali. Tra le direttive principali si annoverano: il potenziamento della formazione permanente del personale penitenziario; la progressiva riduzione della popolazione detenuta; la costruzione, nell'ambito di un piano straordinario di edilizia penitenziaria, di nuovi istituti in grado di incrementare la capienza complessiva di 15.000 posti, con una differenziazione dei regimi detentivi applicabili. Ulteriori misure di rilievo includono lo sviluppo delle *Structures d'accompagnement vers la sortie* (SAS), la promozione del lavoro intramurario – con l'obiettivo di superare l'attuale soglia del 31% di detenuti impiegati – e il rafforzamento delle pene alternative alla detenzione, con particolare riferimento al *travail d'intérêt général*⁵⁹⁷.

7. Riforma Nordio: tra intenti normativi e riscontri applicativi.

A quasi un anno dalla sua entrata in vigore, si rende opportuna una riflessione critica sui principali snodi interpretativi e operativi inerenti alla legge 9 agosto 2024, n. 114⁵⁹⁸, anche in una prospettiva comparatistica con l'ordinamento francese, al fine di cogliere convergenze e discontinuità di sistema. In tale contesto, non può essere trascurato il rilievo dell'introduzione, per la prima volta nel nostro ordinamento, dell'interrogatorio preventivo, così come l'affermazione del principio di collegialità del giudice nella fase cautelare. Entrambe le previsioni appaiono idonee a incidere in modo significativo sull'assetto degli equilibri tra la funzione inquirente e le garanzie difensive, delineando una nuova architettura del processo penale sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali.

Tuttavia, l'esame delle prime applicazioni giurisprudenziali⁵⁹⁹, unitamente all'analisi critica emersa in sede dottrinale, ha fatto emergere taluni profili problematici, in particolare con riferimento all'ambiguità di alcune formulazioni legislative e alla parziale incompletezza del quadro regolatorio. Tali criticità hanno alimentato un ampio dibattito volto a sollecitare un intervento chiarificatore da parte del legislatore, nella prospettiva di un'evoluzione normativa capace di superare i limiti strutturali attualmente riscontrabili. In tale ottica, la riforma si configura, ad oggi, come un primo – seppur significativo – passo verso un più ampio ripensamento dell'impianto processuale.

Dunque, sebbene la riforma persegua l'intento di rafforzare le tutele processuali, la distanza tra obiettivi dichiarati e ricadute applicative rende necessaria un'analisi sistematica degli effetti concreti prodotti. Si impone, pertanto, una valutazione organica dei benefici, delle criticità e delle principali

⁵⁹⁷ Ibidem, p. 68 ss.

⁵⁹⁸ La legge è entrata in vigore il 25 agosto 2024.

⁵⁹⁹ Cfr. Sez. II, 9 gennaio 2025, n. 5548, in questa rivista, 2025; Sez. II, 9 gennaio 2025, n. 9113, ivi, 2025, p.

sfide operative emerse, al fine di delineare in maniera consapevole l'impatto effettivo della nuova disciplina sull'attuale configurazione del processo penale italiano.

7.1. Vantaggi processuali.

Come risulta evidente, la *ratio* sottesa alla recente riforma si presenta ampiamente condivisibile. La previsione di un obbligo di tempestiva informazione all'indagato circa la sussistenza di gravi indizi di reato a suo carico, nonché della valutazione della sua potenziale pericolosità in caso di mancata restrizione della libertà personale, accompagnata dall'invito a esercitare il diritto di difesa, segna una cesura profonda rispetto all'impostazione tradizionale, sotto molteplici profili. In particolare, viene superata, sul piano culturale prima ancora che giuridico, l'immagine dell'indagato costretto a esercitare il diritto alla difesa in una condizione di marcata soggezione psicologica, tipica del contesto detentivo immediatamente successivo all'arresto. Si cerca di abbandonare il paradigma, di derivazione inquisitoria, per cui è “*custodiendus*” ogni soggetto coinvolto in affari giuridici seri⁶⁰⁰. Al contrario, si afferma oggi un modello in cui la persona è posta nella condizione di articolare la propria difesa in stato di libertà⁶⁰¹.

Inoltre, l'assenza di un contraddittorio preventivo rispetto all'adozione di misure cautelari limitative della libertà personale affonda le sue radici in un retaggio culturale di impronta inquisitoria, trasmesso dal codice di procedura penale ormai abrogato e dai suoi predecessori⁶⁰². L'intento normativo rappresenta in tal senso una svolta garantista di rilievo, volto a rafforzare l'effettività del principio del contraddittorio anche nella delicata fase cautelare del procedimento penale.

Si apprezza in tal senso la decisione del legislatore di intervenire sul procedimento applicativo delle misure cautelari. Sotto il profilo dei presupposti e delle norme esplicitamente previste, l'attuale disciplina appare sufficientemente articolata e solidamente strutturata. Tuttavia, se il controllo giurisdizionale oggi previsto non si è dimostrato efficace nel prevenire e contenere un uso distorto delle misure cautelari, ciò dipende verosimilmente dal fatto che «il vero *punctum dolens* del sistema cautelare è il procedimento»⁶⁰³.

In tale prospettiva, un profilo di rilievo positivo della riforma in esame è ravvisabile nella previsione secondo cui «*l'invito a presentarsi per rendere l'interrogatorio è comunicato al pubblico ministero e*

⁶⁰⁰ CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 469

⁶⁰¹ VALENTINI, *Com'è difficile trovare l'alba dentro l'imbrunire: note sparse sul futuribile interrogatorio ante cautela*, in Arch. pen., 2023, p. 4 ss.

⁶⁰² DI BITONTO, *A favore del contraddittorio*, marzo-aprile 2024, inedito.

⁶⁰³ Ibidem.

notificato alla persona sottoposta alle indagini preliminari e al suo difensore almeno cinque giorni prima della data fissata per la comparizione, salvo che, per ragioni d'urgenza, il giudice ritenga di abbreviare tale termine, purché sia comunque assicurato un tempo congruo per la comparizione». Ancor più significativo appare il successivo inciso normativo, in forza del quale l'invito deve altresì contenere l'avviso dell'avvenuto deposito, presso la cancelleria del giudice, della richiesta di applicazione della misura cautelare, unitamente agli atti di cui all'art. 291, comma 1, c.p.p. In un settore, quale quello processuale penale, nel quale la garanzia effettiva dei diritti fondamentali spesso si misura nei dettagli tecnici della disciplina, appare senz'altro apprezzabile la chiarezza e la precisione della formulazione normativa⁶⁰⁴. Essa conferisce piena attuazione al diritto dell'indagato e del suo difensore all'accesso integrale al compendio documentale a sostegno della richiesta cautelare, includendovi – e ciò non è affatto scontato – tanto la facoltà di estrarne copia quanto quella di ottenere la trasposizione delle intercettazioni su supporto idoneo alla riproduzione, rendendo così effettivo l'esercizio del diritto di difesa sin dalla fase genetica del procedimento cautelare⁶⁰⁵.

Inoltre, tra gli ulteriori ambiti oggetto di intervento riformatore, merita di essere richiamato anche l'art. 328 c.p.p., modificato con l'introduzione del nuovo comma 1-quinquies, il quale prevede che «*Il giudice per le indagini preliminari decide in composizione collegiale l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere*»⁶⁰⁶. Una previsione analoga è stata estesa anche alle misure di sicurezza detentive⁶⁰⁷. Tali interventi normativi rispondono all'esigenza di riaffermare il carattere di *extrema ratio* della custodia cautelare, nell'ambito del sistema delle misure cautelari delineato dal codice di rito, e dunque di assicurare un più elevato livello di garanzia nella fase applicativa⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ VALENTINI, *Com'è difficile trovare l'alba dentro l'imbrunire: note sparse sul futuribile interrogatorio ante cautela*, op. cit, p. 5 ss.

⁶⁰⁵ Più critica appare invece la formulazione ex art. 291 comma 1-septies lett. c), che richiede di allegare all'invito a presentarsi destinato alla difesa una mera «descrizione sommaria del fatto». Tale disposizione, correlata alla mancata previsione, da parte del legislatore, di una disciplina normativa chiara e puntuale circa i contenuti minimi della domanda cautelare proposta dal pubblico ministero, rischia di compromettere le garanzie difensive a tutela dell'imputato. Il tema è approfondito al par. 7.3.

⁶⁰⁶ Anche nei casi in cui emergano nuove e più gravi esigenze cautelari, tali da rendere necessaria l'applicazione della custodia cautelare in carcere, trova applicazione la previsione della decisione collegiale del giudice. In questa ipotesi, il giudice per le indagini preliminari trasmette gli atti al collegio previsto dall'art. 328, comma 1-quinquies, c.p.p., affinché sia quest'ultimo a pronunciarsi sulla misura.

⁶⁰⁷ L'articolo 2, lettera i) del disegno di legge introduce una modifica all'art. 313, comma 1, aggiungendo, dopo il secondo periodo, una nuova disposizione secondo cui il giudice per le indagini preliminari è tenuto a decidere in composizione collegiale, come previsto dall'art. 328, comma 1-quinquies, c.p.p., nei casi in cui debba essere disposta una misura di sicurezza detentiva.

⁶⁰⁸ Si veda la Relazione al disegno di legge, nella quale si precisa che la collegialità sarà limitata esclusivamente all'applicazione della misura cautelare più grave — la custodia in carcere — e non si estenderà, ad esempio, agli arresti domiciliari. Tale scelta è motivata dalla volontà di evidenziare e rafforzare il carattere di *extrema ratio* della detenzione preventiva.

In questa prospettiva, la composizione collegiale del giudice per le indagini preliminari rappresenta – o, quanto meno, dovrebbe rappresentare – un presidio di garanzia per la persona sottoposta a indagini, in quanto consente una più ampia e ponderata valutazione della richiesta cautelare, rispetto a quanto sarebbe possibile nel contesto decisionale monocratico. Quest’ultimo, infatti, risulta per definizione meno permeabile a sollecitazioni e confronti critici interni fino al momento dell’adozione del provvedimento. Solo successivamente, attraverso i rimedi impugnatori del riesame o dell’appello, è garantito un vaglio collegiale, seppure con limiti cognitivi diversi a seconda dello strumento utilizzato⁶⁰⁹.

D’altronde, l’esperienza francese evidenzia in maniera emblematica le criticità insite nell’affidamento a un singolo giudice – nella specie, il giudice istruttore – del potere di adottare misure incidenti sulla libertà personale⁶¹⁰. In tal senso, come analizzato, il caso *d’Outreau* costituisce un paradigma esemplare degli effetti distorsivi riconducibili alla cosiddetta “solitudine del giudice istruttore”, condizione che lo espone a un’elevata vulnerabilità rispetto a disfunzioni interne o a pressioni esterne, anche di matrice mediatica, con conseguente rischio di compromissione dell’imparzialità e dell’equilibrio decisionale.

7.2. Critiche: Limitatezza del campo applicativo e lacune normative.

La riforma oggetto di analisi non è stata esente da significative critiche in sede dottrinale. Come evidenziato⁶¹¹, uno dei principali profili di problematicità risiede nella difficoltà del nuovo assetto normativo di garantire un autentico contraddittorio tra le parti nella fase applicativa delle misure cautelari. Sebbene l’intento dichiarato fosse quello di segnare una svolta significativa sul piano delle garanzie difensive, l’effettiva portata applicativa della riforma non sembra aver soddisfatto appieno tali aspettative.

A tale rilievo, già oggetto di analisi nei paragrafi che precedono, si affiancano ulteriori profili problematici messi in luce dalla dottrina, concernenti sia la disciplina dell’interrogatorio preventivo, sia l’introduzione della collegialità del giudice per le indagini preliminari quale organo competente all’adozione della custodia cautelare in carcere. Tali aspetti sollevano interrogativi non solo sul piano

⁶⁰⁹ Cfr. PORCU, *Le modifiche al codice di rito nel D.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2023

⁶¹⁰ Cfr. par. 6 ss.

⁶¹¹ Cfr., in particolare, il par. 5.

sistematico, ma anche sotto il profilo dell’effettività della tutela delle prerogative difensive nella fase iniziale del procedimento penale.

Una delle principali censure concerne la limitatezza dell’ambito applicativo del nuovo istituto dell’interrogatorio preventivo. Tra i profili di maggiore rilevanza, infatti, si annovera da sempre l’esigenza di scongiurare il rischio che la preventiva comunicazione all’indagato dell’intenzione di adottare una misura restrittiva possa compromettere le finalità stesse della misura, consentendogli di sottrarsi alla sua esecuzione⁶¹². Ne risulta che l’istituto troverà applicazione nella sola ipotesi in cui la misura cautelare – coercitiva, essendo le misure interdittive escluse dall’ambito di applicazione – sia giustificata dal pericolo di reiterazione del reato, con l’importante precisazione che tale pericolo non deve riguardare reati di particolare gravità⁶¹³. Sembra, dunque, che il legislatore «annunci l’anticipazione del contraddittorio come regola, mentre ha natura di eccezione molto limitata»⁶¹⁴. La definizione del campo applicativo, peraltro, non sembra rispondere a criteri di complessiva ragionevolezza. L’istituto non opera per i reati meno gravi, per i quali vengono generalmente disposte misure interdittive, fatta eccezione per quanto previsto dall’art. 289 c.p.p.; è invece previsto per reati di gravità intermedia; risulta, infine, escluso nei confronti dei reati più gravi, ossia quelli contemplati dall’art. 407, comma 2, lett. a), dall’art. 362, comma 1-ter, nonché per i delitti caratterizzati dall’impiego di armi o da altre forme di violenza personale – una formulazione, quest’ultima, dal contenuto non privo di margini di incertezza interpretativa⁶¹⁵.

Inoltre, risulta evidente la *ratio* delle eccezioni previste dall’art. 274, comma 1, lett. a) e b): la comunicazione dell’interrogatorio — e, con essa, la presa di coscienza da parte dell’indagato dell’esistenza di una richiesta cautelare a suo carico — potrebbe indurlo a sottrarsi all’esecuzione del provvedimento ovvero a compiere azioni idonee ad alterare o compromettere gli elementi probatori già acquisiti⁶¹⁶. Sebbene si tratti di ipotesi senz’altro verosimili, occorre rilevare, in coerenza con le

⁶¹² BRONZO, *Brevi note sul “disegno di legge Nordio”*, in www.sistemapenale.it, 12 aprile 2024, p.4

⁶¹³ Cfr. MUZZICA, *Le prime sentenze della Cassazione in tema di interrogatorio preventivo*, in www.sistemapenale.it, 2024.

⁶¹⁴ GIALUZ, *Le novità della “manovra Nordio” in materia processuale: quando l’ideologia rischia di provocare un’eterogenesi dei fini*, op. cit.

⁶¹⁵ BRONZO, *Brevi note sul “disegno di legge Nordio”*, cit., p. 5. Secondo COLAIACOVO – DELLA MONICA, *L’anticipazione dell’interrogatorio di garanzia*, in *Riv. pen. dir. e proc.*, 12 aprile 2024 “appare decisamente opinabile la scelta di rinviare a cataloghi di reati — quelli, cioè, contenuti negli artt. 407 e 362 c.p.p. — che il legislatore ha elaborato in funzione della disciplina di meccanismi processuali eterogenei rispetto alla materia cautelare (termini delle indagini e immediata audizione della persona offesa con sommarie informazioni), mentre sarebbe stato più coerente fare riferimento ai reati, elencati nell’art. 275 c.p.p., per i quali opera la presunzione di sussistenza dei *pericula libertatis*.”

⁶¹⁶ Tali rischi sono stati opportunamente evidenziati nei primi commenti al disegno di legge: SPANGHER, *Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio di prospettiva*, in *Riv. pen. dir. e proc.*, 27 giugno 2023, p. 4.; cfr., altresì, PORCU, *Le modifiche al codice di rito nel d.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, in *Riv. pen. dir. e proc.*, 2 agosto 2023, p. 5., secondo il quale, «ricorrendo un pericolo di inquinamento probatorio o un pericolo di fuga, l’avviso

premesse argomentative, che simili considerazioni dovrebbero trovare applicazione anche in presenza del pericolo di reiterazione del reato, ai sensi dell'art. 274, comma 1, lett. c), c.p.p.: l'indagato, una volta venuto a conoscenza dell'imminente adozione di una misura restrittiva, potrebbe infatti essere incentivato a commettere nuovi reati, anche al fine di occultare o dissipare i proventi illeciti già conseguiti.

Alla luce delle considerazioni svolte, sarebbe stato auspicabile che il legislatore fondasse la deroga all'obbligo di preventiva interlocuzione con l'indagato non già sulla mera tipologia dell'esigenza cautelare astrattamente configurabile, bensì sulla concreta attualità e gravità del pericolo da fronteggiare. L'urgenza di intervenire in via cautelare senza contraddirittorio dovrebbe, dunque, emergere da elementi precisi e puntualmente allegati dal pubblico ministero, al fine di legittimare l'adozione della misura in forma *inaudita altera parte* nel rispetto dei principi di proporzionalità e di effettività delle garanzie difensive⁶¹⁷.

Non solo, com'è stato autorevolmente rilevato, tale impostazione normativa rischia di devolvere al pubblico ministero un potere eccessivo nella gestione delle regole processuali, con il pericolo che il titolare dell'azione penale, nel tentativo di non compromettere un effetto sorpresa ritenuto comunque vantaggioso, possa essere indotto a rappresentare – in via prudenziale – situazioni di pericolo cautelare quali il rischio di fuga, di inquinamento probatorio o, ancora, a formulare imputazioni sovradimensionate al fine di far rientrare il caso nell'ambito di esclusione del contraddirittorio preventivo⁶¹⁸.

A fronte di tali criticità, si impone un rigoroso sindacato giudiziale sulle valutazioni formulate dal pubblico ministero. Spetta, infatti, al giudice l'onere di verificare l'effettiva sussistenza delle esigenze cautelari dedotte, potendo escludere, ad esempio, il pericolo di fuga oppure procedere a una

all'indagato della fissazione dell'interrogatorio di garanzia (propedeutico all'eventuale applicazione di una misura cautelare e non posticipato rispetto ad essa) sarebbe certamente percepito come un segnale di "allarme" che, anziché preservare le esigenze cautelari emergenti nel caso concreto, imprimerebbe un'accelerazione alla relativa compromissione. In altri termini, ove fosse effettivamente sussistente (dunque non solo ipotizzato) un concreto e attuale pericolo per l'acquisizione e la genuinità della prova, la consapevolezza della possibilità (recte: della probabilità) di un'imminente limitazione delle proprie libertà potrebbe spingere il soggetto interessato a concretizzare proprio il suddetto pericolo (id est: ad attivarsi, personalmente o per interposta persona, al fine di eliminare e/o modificare quegli elementi di prova eventualmente a suo carico). Analogamente, ove fosse realmente sussistente un pericolo di fuga, questa si concretizzerebbe ben prima dell'interrogatorio e (anche) in ragione dell'avviso dello stesso, che escluderebbe qualsiasi dubbio circa la sussistenza di indagini a proprio carico».

⁶¹⁷ Un possibile modello alternativo potrebbe consistere nel ricollegare l'anticipazione dell'interrogatorio non al tipo di esigenza cautelare, bensì alla natura della misura richiesta, prevedendo l'obbligo di audizione preventiva soltanto nei casi in cui si intenda applicare misure di minore afflittività, per le quali le esigenze di cautela si presentano fisiologicamente più contenute. BRONZO, *Profili critici delle misure cautelari "a tutela dell'offeso"*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3479.

⁶¹⁸ BRONZO, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, in *Sistema penale*, 2024

riqualificazione dei fatti prospettati al fine di ricondurre la richiesta entro i limiti dell'applicabilità dell'istituto. In tale prospettiva, l'eventuale «anomalia» segnalata dal Consiglio Superiore della Magistratura – relativa alla possibilità che una garanzia processuale venga disattivata a seguito di una valutazione officiosa del giudice, difforme rispetto alla prospettazione del pubblico ministero – appare in realtà marginale rispetto all'esigenza, ben più rilevante, di assicurare l'effettività del controllo giurisdizionale e il rispetto del principio di legalità processuale. In tal senso, potrebbe ritenersi auspicabile un'espressa previsione normativa che chiarisca la sussistenza di tale prerogativa in capo al giudice, al fine di evitare ambiguità interpretative e garantire coerenza sistemica all'impianto della riforma⁶¹⁹.

Inoltre, permangono notevoli perplessità in merito alla tecnica normativa adottata dal legislatore. In particolare, appare discutibile il ricorso a categorie giuridiche concepite per finalità eterogenee rispetto a quelle proprie dell'istituto in esame. Già nel corso dei lavori preparatori, era stata segnalata la scarsa precisione di simili richiami, in particolare per quanto attiene all'inserimento dei «*gravi delitti commessi con uso di armi o con altri mezzi di violenza personale*», mantenuto inalterato nella formulazione definitiva: una scelta che rischia di determinare disuguaglianze difensive difficilmente controllabili, oltre che interpretazioni potenzialmente lesive di altri interessi rilevanti nel bilanciamento processuale⁶²⁰.

Ulteriori ambiguità emergono dall'attuale formulazione normativa che, nel disciplinare l'ipotesi ostativa del pericolo di reiterazione del reato, fa riferimento ad una generica «*relazione*» tra tale esigenza cautelare e uno dei reati indicati come esclusi dal perimetro dell'interrogatorio preventivo⁶²¹. Tale formulazione si presta ad almeno due letture interpretative⁶²².

⁶¹⁹ Cfr. COLAIACOVO – DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia*, in corso di pubblicazione in Riv. it. dir. e proc. pen.

⁶²⁰ Cfr. MUZZICA, *Le prime sentenze della Cassazione in tema di interrogatorio preventivo*, in Sistema penale, 2024. Ad esempio, in ambito di violenza domestica e di genere, è opportuno adottare un'interpretazione estensiva del concetto di “mezzi di violenza personale”, soprattutto nei casi non espressamente inclusi nel rinvio operato dall'art. 362, comma 1-ter, c.p.p. — come, ad esempio, le ipotesi di violazione dell'art. 387-bis c.p., minacce aggravate, violenza privata, sequestro di persona o induzione al matrimonio forzato, che si verificano frequentemente nella prassi. Tale lettura ampia trova fondamento anche nell'orientamento delle Sezioni Unite, ispirato ai principi del diritto europeo e internazionale, che hanno delineato una nozione estesa di violenza personale, non circoscritta alla sola componente fisica. Si veda, in tal senso, Cass., SS.UU., sent. 29 gennaio 2016 (dep. 16 marzo 2016), n. 10959. Cfr. anche BRESSANELLI, *La "violenza di genere" fa il suo ingresso nella giurisprudenza di legittimità: le Sezioni Unite chiariscono l'ambito di applicazione dell'art. 408 co. 3 bis c.p.p.*, in Dir. pen. cont., 21 giugno 2016

⁶²¹ Cfr. Art.291 c.1-quater che recita: «il giudice procede all'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini preliminari (...), salvo che sussista taluna delle esigenze cautelari di cui all'articolo 274, comma 1, lettere a) e b), oppure l'esigenza cautelare di cui all'articolo 274, comma 1, lettera c), in relazione ad uno dei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a), o all'articolo 362, comma 1-ter, ovvero a gravi delitti commessi con uso di armi o con altri mezzi di violenza personale».

⁶²² MUZZICA, *Le prime sentenze della Cassazione in tema di interrogatorio preventivo*, op. cit.

Secondo un primo orientamento, il nesso relazionale potrebbe intercorrere tra il reato ipotizzato provvisoriamente dal pubblico ministero nella richiesta cautelare e uno dei reati «ostativi», con la conseguenza che l'applicabilità dell'interrogatorio preventivo dipenderebbe dal titolo provvisorio di reato contestato.

Una diversa – e probabilmente preferibile – lettura, suggerisce invece di intendere tale «*relazione*» come un collegamento di tipo prognostico rispetto a futuri reati che l'indagato, pur non essendo formalmente imputato per uno dei reati «ostativi», possa verosimilmente essere ritenuto incline a commettere. In questa prospettiva, la valutazione giudiziale dovrebbe estendersi oltre il solo titolo cautelare, tenendo conto di elementi aggiuntivi come la pericolosità sociale dell'indagato, i suoi precedenti penali, le dinamiche relazionali tra le parti e le dichiarazioni rese dalla persona offesa⁶²³.

Va altresì considerato che la disciplina introdotta dalla riforma sembra trovare concreta applicazione unicamente con riferimento alle richieste avanzate nel corso delle indagini preliminari, escludendo implicitamente l'estensione della sua operatività fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, come invece previsto dall'art. 294, comma 1, c.p.p.⁶²⁴ Tale conclusione si fonda, anzitutto, sull'individuazione del destinatario dell'atto nella «*persona sottoposta alle indagini*», circostanza che vincola l'operatività dell'istituto alla fase anteriore all'esercizio dell'azione penale⁶²⁵.

A ciò si aggiunga che l'art. 291, comma 1-quinquies c.p.p. attribuisce in modo inequivoco la competenza a svolgere tale interrogatorio, nei casi di cui all'art. 328, co. 1- quinquies c.p.p., al presidente del giudice per le indagini preliminari in composizione collegiale, oppure a un componente da lui delegato.

Tuttavia, nonostante l'assenza di un richiamo esplicito alla fase delle indagini – a differenza di quanto invece chiaramente indicato all'art. 289, comma 2, c.p.p. – potrebbe ricavarsi un'estensione del campo applicativo dell'istituto anche oltre la fase preliminare, soprattutto per evitare disparità di trattamento⁶²⁶.

⁶²³ In ogni caso, è evidente che la natura e la gravità del reato oggetto della misura cautelare giocano un ruolo centrale nella valutazione della condizione ostativa. Tuttavia, nell'esperienza applicativa non si può escludere che il giudice possa considerare sufficiente, per giustificare l'omissione dell'interrogatorio preventivo, anche la sola presenza di un rischio concreto di commissione di reati rientranti tra quelli esclusi, pur se differenti da quelli oggetto della misura richiesta, basandosi su un insieme articolato e variegato di elementi fattuali.

⁶²⁴ SURACI, *Sistema cautelare ed interrogatorio preventivo. Qualche riflessione*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2024

⁶²⁵ Cfr. Art. 291 c.1-quater. Inoltre, la previsione normativa è collegata a quella dell'art. 289, co. 2, secondo periodo c.p.p., la quale compendia un obbligo di interrogare preventivamente l'indagato esclusivamente nel corso delle indagini preliminari.

⁶²⁶ SURACI, *Sistema cautelare ed interrogatorio preventivo. Qualche riflessione*, op. cit.

Inoltre, è necessario chiarire il significato da attribuire all'espressione normativa «*prima di disporre la misura*», la quale costituisce un elemento qualificante della fattispecie prevista nel nuovo art. 291 c.1-quater⁶²⁷. Ferma restando l'evidenza che l'interrogatorio debba essere svolto ad opera del giudice, resta da comprendere se tale locuzione individui esclusivamente il momento procedimentale entro il quale collocare l'interrogatorio all'interno della fase investigativa, oppure se essa implichi un presupposto più articolato, che comprenda non solo una dimensione temporale, ma anche un profilo soggettivo, consistente nella formazione di un convincimento in ordine alla sussistenza dei presupposti applicativi della misura cautelare. In altri termini, si tratta di stabilire se l'obbligo di procedere all'interrogatorio sorga automaticamente con la presentazione della richiesta cautelare, oppure se tale obbligo venga meno nel caso in cui il giudice, non ravvisando i presupposti per l'accoglimento dell'istanza, intenda rigettarla senza dar corso all'interrogatorio⁶²⁸.

La seconda interpretazione sembra preferibile⁶²⁹, in quanto maggiormente coerente con l'economia del procedimento e in grado di evitare effetti pregiudizievoli sulle indagini in corso. In particolare, tale lettura consente di scongiurare le possibili ricadute negative derivanti dalla perdita del segreto investigativo – ai sensi dell'art. 329 c.p.p. – sugli atti su cui si fonda la richiesta del pubblico ministero, qualora l'interrogatorio venga comunque effettuato anche in assenza dei presupposti sostanziali per disporre la misura. Va altresì osservato che l'adozione della soluzione interpretativa contraria rischierebbe di compromettere la natura stessa dell'interrogatorio preventivo, così come il ruolo istituzionale del giudice nell'ambito del procedimento cautelare. In tal modo, si determinerebbe uno slittamento funzionale dell'atto: da strumento primariamente orientato alla tutela difensiva – come si evince dalle modalità previste all'art. 65 c.p.p., che prevedono la contestazione del fatto, l'indicazione degli elementi a carico e delle relative fonti, seguite dall'invito a fornire dichiarazioni utili alla propria difesa – esso potrebbe finire per assumere una funzione prevalentemente investigativa, posta al servizio del giudice per rafforzare o consolidare un convincimento già formato e contrario alla richiesta del pubblico ministero. In tal caso, l'interrogatorio verrebbe svuotato del proprio contenuto garantistico e utilizzato in modo strumentale, in distonia con la finalità propria dell'istituto.

⁶²⁷ SPANGHER, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, in www.giustiziainsieme.it, 2023.

⁶²⁸ Evidenziava la scarsa chiarezza legislativa sul punto, già subito dopo l'approvazione del disegno di legge da parte del Consiglio dei Ministri, SPANGHER, *Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio di prospettiva*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2023, 2, p. 191 ss.

⁶²⁹ SURACI, *Sistema cautelare ed interrogatorio preventivo. Qualche riflessione*, op. cit.

Tra i profili di criticità si annovera anche quello secondo cui, come rilevato da autorevole dottrina⁶³⁰, mancano precisi riferimenti procedurali conseguenti alle attività successive allo svolgimento dell’interrogatorio.

In primo luogo, occorre interrogarsi sul coordinamento tra tale istituto e le recenti modifiche apportate agli articoli 292 e 309 c.p.p. Da un lato, l’art. 292, come riformulato, impone al giudice di dare conto, nell’ordinanza applicativa della misura cautelare, degli elementi emersi nel corso dell’interrogatorio; dall’altro, l’art. 309 c.p.p., nel testo novellato, prevede che il verbale dell’interrogatorio anticipato sia trasmesso al tribunale del riesame “*in ogni caso*”.

Tale disposizione solleva il dubbio se, in presenza di un interrogatorio già svolto anteriormente all’emissione della misura, il giudizio del riesame mantenga intatta la propria natura originaria oppure se, al contrario, l’inserimento di valutazioni a favore della difesa già cristallizzate nell’ordinanza non comporti una trasformazione dell’istituto in un giudizio di impugnazione di natura parzialmente devolutiva. In quest’ultima ipotesi, si porrebbe l’esigenza per la difesa di articolare specifici motivi di impugnazione, con ricadute significative sul piano della struttura e della funzione del riesame stesso⁶³¹. Tuttavia, come vedremo in seguito, tale dubbio appare in parte risolto dalla recente giurisprudenza⁶³².

Sorgono interrogativi anche circa l’oggetto specifico di tale trasmissione, nonché in merito alle conseguenze giuridiche derivanti dall’eventuale omissione di tale adempimento. È da escludere che l’obbligo di trasmissione ricorra anche nell’ipotesi in cui l’indagato abbia esercitato la facoltà di non rispondere: in tal caso, infatti, mancherebbe il contenuto sostanziale dell’obbligo stesso, identificabile nelle “*dichiarazioni rese*” nel corso dell’interrogatorio⁶³³.

Resta tuttavia irrisolta la questione circa l’eventuale obbligo di procedere alla *trascrizione integrale* della registrazione fonografica o audiovisiva dell’interrogatorio. In proposito, l’art. 141-bis c.p.p. – espressamente richiamato dall’art. 291, comma 1-novies, c.p.p. – contempla la trascrizione integrale soltanto a seguito di istanza di parte⁶³⁴, non prevedendo un obbligo generalizzato di trascrizione della riproduzione fonografica o audiovisiva. Il richiamo alle “modalità” di documentazione previsto dalla

⁶³⁰ SPANGHER, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, op. cit.

⁶³¹ Ibidem.

⁶³² Cfr. par. 7.3

⁶³³ SURACI, *Sistema cautelare ed interrogatorio preventivo. Qualche riflessione*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2024,

⁶³⁴ La formula “la trascrizione della riproduzione è disposta solo se *richiesta dalle parti*” deve intendersi nel senso che la richiesta può provenire da *ciascuna parte*, quindi anche da una soltanto.

disposizione non sembra poter essere inteso nel senso di imporre, di per sé, la trascrizione automatica della registrazione già effettuata⁶³⁵.

Sotto il profilo delle conseguenze giuridiche, la disposizione non chiarisce se l'omessa trasmissione delle dichiarazioni rese in sede di interrogatorio preventivo incida sulla validità della misura cautelare adottata. In particolare, resta dubbio se tale omissione comporti l'inefficacia della misura ovvero se, nonostante l'esplicito obbligo di trasmissione previsto “in ogni caso”, essa sia priva di effetti invalidanti⁶³⁶.

Venendo ora ad analizzare l'ulteriore novità apportata dalla riforma, ossia l'introduzione del giudice per le indagini preliminari quale organo collegiale competente a disporre la misura custodiale in carcere, si segnalano alcuni aspetti critici inerenti ad alcune incoerenze sistematiche e l'insufficienza strutturale del sistema giudiziario incapace ad oggi, come abbiamo visto⁶³⁷, di assicurare l'immediata entrata in vigore di tale modifica.

Riguardo al primo aspetto, autorevole dottrina⁶³⁸ fa notare come, al fine di assicurare una piena attuazione delle finalità garantistiche sottese alla riforma, sarebbe stato preferibile estendere l'obbligo di collegialità – previsto nei casi in cui venga richiesta l'applicazione della misura cautelare della custodia in carcere – anche al giudice incaricato di procedere all'interrogatorio preventivo. Tale atto, secondo quanto emerge dalla proposta normativa già analizzata, dovrebbe precedere l'adozione di qualsiasi misura cautelare personale. Tuttavia, il nuovo art. 291, comma 1-quinquies, c.p.p., nella formulazione delineata nel disegno di legge, prevede che, nel caso contemplato dall'art. 328, comma 1-quinquies c.p.p. (ossia qualora venga domandata la misura più gravosa), l'interrogatorio venga svolto dal presidente del collegio o da un componente delegato. Una simile impostazione rischia di svuotare di contenuto la garanzia della collegialità, in quanto gli altri membri del collegio sarebbero resi «debitori (sotto il profilo cognitivo) del volume di informazioni, valutazioni e percezioni raccolte dal giudice che ha condotto l'interrogatorio»⁶³⁹.

Analoghe criticità emergono anche con riferimento all'interrogatorio di garanzia ex art.294, successivo all'applicazione della misura cautelare. Anche in questo caso, sebbene la decisione sull'adozione della custodia in carcere sia demandata a un organo collegiale, tale collegialità non si

⁶³⁵ SURACI, *Sistema cautelare ed interrogatorio preventivo. Qualche riflessione*, op. cit.

⁶³⁶ Ibidem.

⁶³⁷ Cfr. Cap.2, par.9.2.

⁶³⁸ PORCU, *Le modifiche al codice di rito nel D.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2023

⁶³⁹ Ibidem.

estende alla fase dell’interrogatorio successivo. Ai sensi del nuovo art. 294, comma 4-bis, c.p.p., infatti, quest’ultimo è affidato al presidente del collegio che ha emesso l’ordinanza, o a un componente da questi delegato, analogamente a quanto già avviene nei procedimenti davanti alla Corte d’assise o al tribunale. Anche in questo caso, si profila una potenziale asimmetria tra l’organo decidente e quello deputato alla raccolta diretta delle dichiarazioni dell’indagato, con possibili riflessi negativi sulla pienezza del contraddittorio e sulla trasparenza della valutazione cautelare.

Inoltre, alla luce di quanto emerge, sia pure indirettamente, dalla disciplina relativa all’aggravamento delle esigenze cautelari ex art. 299 c.p.p., si dovrebbe ritenere che, una volta adottata collegialmente la misura della custodia in carcere, la competenza a valutare l’eventuale sostituzione con misure meno afflittive, su istanza della difesa, spetti al medesimo organo collegiale. La valutazione sulla concedibilità delle misure attenuate, ancor più quando si inserisce in un contesto caratterizzato dalla presenza o meno di contraddittorio anticipato – a seconda della situazione procedurale concreta – sembra richiedere la continuità decisionale del collegio originario, al fine di preservare coerenza e completezza nella progressione del giudizio cautelare⁶⁴⁰.

Infine, è stato rilevato come l’introduzione del giudice per le indagini preliminari quale organo collegiale comporti, inevitabilmente, un “appesantimento” degli oneri organizzativi per gli uffici giudiziari, nonché una serie di difficoltà operative derivanti dalla combinazione di molteplici fattori strutturali e funzionali.⁶⁴¹ È significativo rilevare come gli stessi riformatori del testo normativo sembrino aver preso atto, almeno parzialmente, delle possibili criticità applicative, come dimostra la decisione di differire l’entrata in vigore del giudice per le indagini preliminari in composizione collegiale, subordinandola al concreto rafforzamento degli organici della magistratura.

7.3. Prime pronunce giurisprudenziali. Sfide e prospettive di riforma.

Tali profili di complessità ed incompletezza della riforma sono stati individuati non solo dalla dottrina, ma anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte, che negli ultimi mesi ha cominciato a segnalare alcuni profili critici della normativa, cercando di chiarire alcuni aspetti dubbi. Appare utile segnalare due recenti pronunce della Corte – Cass., Sez. II, 9 gennaio 2025 (dep. 11 febbraio 2025), n. 5548, Pres. Verga, Est. Leopizzi; Cass., Sez. II, 9 gennaio 2025 (dep. 4 marzo 2025), n. 9113, Pres. Verga, Est. Saraco – che rappresentano il primo, e sinora più articolato,

⁶⁴⁰ SPANGHER, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, in www.giustiziainsieme.it, 2023.

⁶⁴¹ Cfr. VALENTINI E., *Le novità della “legge Nordio” in materia cautelare: poche idee, ma confuse*, cit.

intervento della Suprema Corte volto a definire i contorni applicativi e sistematici del nuovo istituto introdotto dalla riforma⁶⁴².

La Seconda Sezione della Corte di cassazione, in particolare, è stata chiamata a pronunciarsi relativamente all'estensione dei poteri del giudice del riesame in merito alla verifica della sussistenza delle condizioni che escludono l'obbligo di procedere all'interrogatorio preventivo.

In entrambi i procedimenti, era pacifico che il GIP avesse motivato adeguatamente, e senza ricorrere a formule generiche, l'esistenza del pericolo di fuga per gli indagati.

Secondo la prospettazione del Pubblico Ministero ricorrente, tale motivazione, essendo logicamente articolata e formalmente corretta, doveva ritenersi sufficiente a integrare i presupposti normativi richiesti⁶⁴³. In tale prospettiva, la Procura osservava che, in applicazione del principio di tassatività delle nullità processuali, il Tribunale del Riesame non avrebbe potuto dichiarare la nullità dell'atto sulla base di una valutazione difforme circa l'esistenza dei presupposti che giustificano l'omissione dell'interrogatorio preventivo.

La dogianza del Pubblico Ministero si focalizzava sull'asserito sconfinamento da parte del Tribunale del Riesame rispetto ai limiti della propria competenza, avendo quest'ultimo operato – secondo il ricorrente – una estensione analogica di una causa di nullità che l'ordinamento collega unicamente all'omessa valutazione, da parte del GIP, della possibilità di procedere all'interrogatorio anteriormente all'adozione della misura.

La Corte di cassazione ha rigettato i ricorsi presentati in entrambi i casi, ritenendo infondati i motivi dedotti⁶⁴⁴.

In entrambe le pronunce, la Corte ha qualificato l'interrogatorio preventivo come una “fattispecie processuale complessa”, nella quale il confronto anticipato con il soggetto potenzialmente destinatario della misura cautelare rappresenta un “elemento fondante”, in quanto concorre in modo determinante alla formazione del giudizio provvisorio del giudice, che, in assenza di contraddittorio, si fonda unicamente sulla rappresentazione unilaterale dei fatti offerta dalla parte pubblica⁶⁴⁵.

In relazione all'estensione del controllo spettante al giudice del riesame, la Corte di cassazione ribadisce il principio, ormai consolidato nella propria giurisprudenza⁶⁴⁶, secondo cui l'impugnazione

⁶⁴² MUZZICA, *Le prime sentenze della Cassazione in tema di interrogatorio preventivo*, in Sistema penale, 2024,

⁶⁴³ Cfr. paragrafo 4, sentenza n. 5548/2025

⁶⁴⁴ Tali motivi sono stati ritenuti “ai limiti dell'inammissibilità” secondo la sentenza n. 5548/2025

⁶⁴⁵ Cfr. punto 5.3 della sentenza, Sez. II, 9 gennaio 2025, n. 5548, in questa rivista, 2025,

⁶⁴⁶ Cfr. Sez. un., 5 luglio 1995, n. 26, Galletto, in C.E.D. Cass., n. 202015-01; Sez. II, 16 dicembre 2023, n. 7327, Cannalire, inedita; Sez. IV, 5 febbraio 2016, n. 12995, Uda, in C.E.D. Cass., n. 266294-01; Sez. V, 24 novembre 1999, n. 5664, dep. 2000, Frroku, in C.E.D. Cass., n. 216240-01.

delle misure cautelari personali attraverso il riesame configura un mezzo di impugnazione con effetto interamente devolutivo. Tale strumento è finalizzato alla verifica complessiva della legittimità dell'ordinanza impugnata, consentendo al tribunale di riformarla o annullarla anche per ragioni diverse da quelle prospettate nel ricorso, così come di confermarla per motivazioni differenti rispetto a quelle adottate dal giudice di primo grado⁶⁴⁷.

Alla luce di tale impostazione, la Corte afferma che anche la valutazione delle condizioni che legittimano – o eventualmente escludono – l'interrogatorio preventivo rientra tra i profili oggetto di pieno scrutinio da parte del giudice dell'impugnazione cautelare, il quale è tenuto a svolgere un vaglio completo, non meramente estrinseco, ma intrinseco e sostanziale.

Inoltre, in tali pronunce la Corte di cassazione chiarisce aspetti relativi al rapporto tra il Giudice per le indagini preliminari e il pubblico ministero nella valutazione delle condizioni che escludono l'interrogatorio preventivo. Se la verifica dell'esistenza o meno di esigenze cautelari ostative rappresenta un presupposto di legittimità del provvedimento applicativo della misura, ne discende logicamente che tale accertamento rientri nella sfera di competenza del giudice, il quale è tenuto a compierlo anche in assenza di specifiche indicazioni da parte dell'organo requirente. In effetti, il principio della domanda, che governa l'azione cautelare, limita il potere del giudice nel senso di impedirgli di modificare i fatti oggetto dell'imputazione cautelare o di applicare una misura più grave rispetto a quella richiesta, ma non gli impedisce – nemmeno nella fase del riesame – di attribuire al fatto una diversa qualificazione giuridica, né di fondare il provvedimento su ragioni di cautela o su elementi indiziari differenti o ulteriori rispetto a quelli prospettati dal pubblico ministero⁶⁴⁸.

Pur riconoscendo l'indubbio rilievo dei principi affermati dalla Corte di cassazione, l'attuazione concreta del nuovo istituto continua a sollevare significative questioni interpretative e applicative, che si riflettono con particolare intensità nella prassi quotidiana degli operatori giuridici in materia cautelare. In tale prospettiva, si ritiene opportuno evidenziare alcuni profili che, sebbene non espressamente considerati dal legislatore, avrebbero potuto formare oggetto di specifica regolamentazione e che potrebbero costituire, anche alla luce delle critiche emerse in sede dottrinale, spunto per futuri interventi di riassetto normativo.

⁶⁴⁷ Sez. V, 12 luglio 2019, n. 40061, Valorosi, in C.E.D. Cass., n. 278314-03; Sez. VI, 15 marzo 2018, n. 18853, Puro, in C.E.D. Cass., n. 273384-01.

⁶⁴⁸ Sez. I, 30 giugno 2023, n. 36255, Adalil, inedita; Sez. I, 8 settembre 2020, n. 28525, Signore, in C.E.D. Cass., n. 279643-01; Sez. III, 8 settembre 2016, n. 43731, Borovikov, in C.E.D. Cass., n. 267935-01; Sez. III, 1 aprile 2014, n. 29966, C, in C.E.D. Cass., n. 260253-01.

Una delle criticità più evidenti, sulla quale anche la giurisprudenza di legittimità non ha ancora fornito risposte risolutive, concerne le modalità di svolgimento dell’interrogatorio preventivo nei casi in cui la richiesta cautelare presenti elementi di particolare complessità, sia in termini oggettivi che soggettivi. La disciplina vigente, infatti, si limita a delineare un modello procedurale semplificato, fondato sull’ipotesi di applicazione di una singola misura nei confronti di un unico indagato, senza offrire coordinate operative nei procedimenti cumulativi o connotati da una pluralità di reati di diversa natura e gravità.

In tali ipotesi, non è infrequente che nei confronti di alcuni indagati si ravvisino impedimenti all’espletamento dell’interrogatorio, mentre per altri resti fermo l’obbligo di instaurare un contraddittorio anticipato. Questa asimmetria solleva interrogativi di rilievo sistematico⁶⁴⁹: la gestione processuale di più posizioni in un unico procedimento rende estremamente complessa una selezione mirata degli atti da depositare, con il rischio concreto che informazioni rilevanti possano essere conosciute anche da soggetti non legittimati a partecipare alla fase dell’interrogatorio preventivo. In tal modo, risulterebbe compromessa la funzione strategica dell’elemento sorpresa nei confronti dei soggetti non destinatari della garanzia dell’interrogatorio preventivo, con conseguente indebolimento delle finalità cautelari sottese alla misura.

Alla problematica appena segnalata non pare possa rimediarsi mediante un eventuale sfalsamento temporale dell’applicazione delle misure, tramite un primo intervento limitato ai soggetti per i quali non è previsto l’interrogatorio e un successivo provvedimento nei confronti degli altri. Una simile soluzione condurrebbe inevitabilmente il giudice a pronunciarsi sulla base di un compendio indiziario parziale, suscettibile di modifiche a seguito dell’interrogatorio non ancora eseguito, con effetti pregiudizievoli per la coerenza e l’unitarietà della decisione cautelare complessiva.

Difficoltà analoghe si riscontrano nei casi in cui le imputazioni provvisorie riguardino reati eterogenei, taluni rientranti nella categoria dei reati comuni, altri riconducibili all’elenco di cui all’art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p., ovvero nelle ipotesi in cui coesistano esigenze cautelari di diversa natura⁶⁵⁰: si pensi, ad esempio, alla simultanea sussistenza di un rischio di reiterazione per fatti di minore gravità e di un pericolo di inquinamento probatorio per delitti più gravi. In tali contesti, il principio di connessione ex art. 12 c.p.p. — originariamente elaborato per finalità differenti — potrebbe essere utilmente impiegato quale parametro per valutare l’opportunità di una trattazione

⁶⁴⁹ Cfr. VALENTINI E., *Le novità della “legge Nordio” in materia cautelare: poche idee, ma confuse*, in *La legislazione penale*, 2024; MUZZICA, *Le prime sentenze della Cassazione in tema di interrogatorio preventivo*, in *Sistema penale*, 2024; BRONZO, *Brevi note sul “disegno di legge Nordio”*, in *Sistema penale*, 2024

⁶⁵⁰ VALENTINI E., *Le novità della “legge Nordio” in materia cautelare: poche idee, ma confuse*, op. cit.

unitaria delle richieste cautelari ovvero di una loro separazione. In presenza di una connessione “qualificata” o strutturale tra le imputazioni, risulterebbe giustificato sia il rinvio dell’interrogatorio preventivo, sia l’adozione di una decisione unitaria sulla misura. In mancanza di tale legame, al contrario, dovrebbe prevalere un’impostazione disaggregata, in grado di evitare un’estensione indebita della garanzia a situazioni non meritevoli di tutela rafforzata, senza tuttavia compromettere la sua effettività laddove essa sia invece necessaria.

Un’ulteriore lacuna normativa segnalata in dottrina⁶⁵¹ concerne la mancata regolamentazione della posizione dell’indagato all’esito dell’interrogatorio anticipato, laddove il giudice ritenga fondata la richiesta cautelare avanzata dal pubblico ministero e intenda quindi disporre l’applicazione della relativa misura coercitiva. La disciplina in esame, infatti, non affronta il tema delle modalità con cui assicurare la presenza dell’indagato – che si trovi in stato di libertà – al momento dell’adozione dell’ordinanza, né prevede strumenti idonei a tal fine, né tali strumenti possono agevolmente desumersi da disposizioni normative già vigenti. Del resto, il giudice non può avere l’ordinanza già predisposta prima dell’interrogatorio, dovendo quest’ultimo contribuire alla formazione del suo convincimento. Qualora si rendesse necessario adottare una misura precautelare interinale nelle more dell’emissione del provvedimento, tale iniziativa dovrebbe spettare al pubblico ministero, nel rispetto della consueta ripartizione delle competenze in materia di libertà personale; ciò richiederebbe tuttavia un’esplicita previsione normativa. Una soluzione alternativa — seppur meno agevole — consisterebbe nello scindere l’emissione del dispositivo dalla successiva redazione della motivazione, scelta che tuttavia rischierebbe di produrre effetti disfunzionali, specie con riguardo al decorso dei termini per impugnare il provvedimento, che si collocherebbe temporalmente in modo penalizzante per la tutela della libertà personale⁶⁵².

È stato altresì oggetto di rilievo dottrinale un ulteriore aspetto problematico della riforma Nordio, concernente la mancata valorizzazione dell’occasione legislativa quale momento propizio per intervenire sulla disciplina della domanda cautelare, da sempre affetta da ambiguità interpretative e da lacune strutturali⁶⁵³. Al contrario, si è osservato come la riforma, anziché colmare tali criticità, abbia finito per irrigidire ulteriormente il sistema delle garanzie difensive in questa fase processuale,

⁶⁵¹ BRONZO, *Brevi note sul “disegno di legge Nordio”*, in www.sistemapenale.it, 12 aprile 2024, p. 4 ss.

⁶⁵² Ibidem.

⁶⁵³ Cfr. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, BUP, 2012, p. 117 ss. In tema, v. anche ALBIANI, *L’ultrapetizione cautelare: una questione forse prematuramente considerata risolta*, in ALBIANI – MARINELLI, *Misure cautelari in materia di libertà personale e sequestro penale. Casi, questioni, orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, 2007, p. 565 ss.

contribuendo a consolidare una visione minimalista dell’istanza del pubblico ministero ex art. 291 c.p.p.⁶⁵⁴.

In tale prospettiva, appare singolare che il legislatore, pur avendo introdotto una dettagliata regolamentazione circa il contenuto dell’invito a rendere interrogatorio preventivo — imponendo, tra l’altro, l’indicazione della data, del luogo e di «una sommaria descrizione del fatto»⁶⁵⁵ — non abbia colto l’opportunità di disciplinare in modo analogo i contenuti minimi dell’istanza cautelare. Tale omissione risulta ancor più significativa se si considera che la richiesta formulata dal pubblico ministero rappresenta, per la difesa chiamata a interloquire in sede di interrogatorio, il principale strumento per comprendere in maniera coerente e sistematica le ragioni cautelari poste a fondamento della misura restrittiva invocata.

Già prima della riforma, l’art. 291 c.p.p. mostrava evidenti carenze sul piano contenutistico, limitandosi a prevedere la proposizione della domanda da parte del pubblico ministero, senza tuttavia definirne le componenti strutturali. Una lettura sistematica della norma dovrebbe condurre a ritenere che la domanda cautelare debba necessariamente contenere alcuni requisiti minimi essenziali, quali: la precisa indicazione della misura richiesta (*petitum*), l’esplicitazione dell’esigenza cautelare che si intende soddisfare (*causa petendi*) e una prima, seppur sintetica, enunciazione dell’addebito su cui si fonda la gravità indiziaria⁶⁵⁶.

Tale lacuna risultava aggravata dall’orientamento giurisprudenziale che ritiene non vincolante la corrispondenza tra il contenuto dell’istanza del pubblico ministero e il provvedimento cautelare emesso dal giudice, con la conseguenza di favorire prassi applicative opache e potenzialmente pregiudizievoli per i diritti della difesa⁶⁵⁷. Inoltre, si è evidenziato come il pubblico ministero possa essere indotto a formulare richieste generiche e non adeguatamente circostanziate, precludendo alla difesa la possibilità di predisporre una strategia effettiva e consapevole. A ciò si aggiunge la prassi di integrare successivamente il contenuto dell’istanza tramite memorie depositate ex art. 121 c.p.p.,

⁶⁵⁴ VALENTINI E., *Le novità della “legge Nordio” in materia cautelare: poche idee, ma confuse*, op. cit., p. 20 ss.

⁶⁵⁵ Cfr. Par. 7.1.

⁶⁵⁶ VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, op. cit., p. 117 ss.

⁶⁵⁷ V. Cass. 6.11.2024 n. 42438, in CEDCass. n. 287260, Cass. 21.11.2006 n. 6325, ivi n. 235826, Cass. 19.5.1997 n. 3490, ivi n. 207852, Cass. 14.10.1992 n. 4033, ivi n. 192485, Cass. 9.7.1990 n. 2397, in CP 1991, II, 507; nello stesso senso, pur con la precisazione che non si possa esorbitare dai «fatti rappresentati» dal pubblico ministero, Cass., 21.10.1993 n. 3283, in CEDCass. n. 195550. Tutte risalenti, viceversa, le pronunce con cui la S.C. ha ritenuto la domanda cautelare vincolante in ordine al periculum libertatis prospettato dal pubblico ministero: v. Cass. 20.10.1995 n. 3577, ivi n. 203113, Cass. 12.12.1996 n. 4285, ivi, n. 206939, Cass. 8.3.1995, 1453, in FI, 1997, II, c. 56, con nota critica di A. Scaglione.

senza che vi sia un autentico confronto dialettico con la parte difensiva⁶⁵⁸. Tale asimmetria procedimentale determina, in definitiva, un evidente scarto tra le garanzie approntate nell’interrogatorio posteriore all’applicazione della misura e quelle — assai più deboli — assicurate nel contesto del nuovo modello di interlocuzione anticipata, con effetti distorsivi rispetto ai principi di equità e di parità delle armi nel processo penale.

In questo contesto, la previsione di un contenuto minimale per l’invito a comparire — che richiede una mera «*descrizione sommaria del fatto*» — unita al perdurante silenzio normativo sui contenuti dell’istanza cautelare, rischia di avallare l’idea che l’azione cautelare possa legittimamente limitarsi all’indicazione della misura richiesta, senza necessità di motivare in modo puntuale né il *periculum libertatis*, né l’addebito provvisorio. Una simile impostazione, oltre a depotenziare la funzione dialettica della difesa nella fase antecedente alla decisione cautelare, rischia di incentivare prassi opportunistiche da parte dell’organo requirente, il quale potrebbe deliberatamente formulare istanze vaghe o generiche, riservandosi di articolare le proprie argomentazioni in un secondo momento, tramite memorie depositate ai sensi dell’art. 121 c.p.p., in assenza dunque di un reale contraddittorio con la parte difensiva. Tale scenario finisce per compromettere l’equilibrio tra accusa e difesa, disattendendo gli obiettivi garantistici che la riforma avrebbe dovuto perseguire⁶⁵⁹.

Merita infine segnalazione un’imprecisione tecnico-redazionale riconducibile alla riforma in oggetto, la quale non ha provveduto ad adeguare l’art. 503 comma 6 c.p.p. alla modifica introdotta con l’inserimento dell’art. 291 comma 1-quater c.p.p. La norma in questione, infatti, continua a contemplare esclusivamente la possibilità di utilizzare nel dibattimento le dichiarazioni rese in sede di interrogatorio davanti al giudice per le indagini preliminari o al giudice dell’udienza preliminare, in conformità con quanto previsto dagli artt. 294, 299, comma 3-ter, 391 e 422 c.p.p., omettendo qualsiasi riferimento alle dichiarazioni eventualmente rilasciate nell’ambito dell’interrogatorio preventivo⁶⁶⁰.

Tale omissione sembrerebbe imputabile non a una scelta consapevole del legislatore, bensì a una svista redazionale, analoga a quella già riscontrata con riguardo all’interrogatorio ex art. 289 c.p.p., anch’esso assente dal novero degli atti contemplati dall’art. 503, comma 6, c.p.p. In effetti, l’analisi

⁶⁵⁸ In tal modo, ne potrebbe uscire sconfessata la tesi sposata da Cass. 2.4.2008 n. 16750, in CEDCass. n. 236715, o da Cass. 11.12.2003 n. 20160, ivi n. 228566, come pure da Cass. 2.3.2021 n. 15959, ivi n. 281662, che ha ritenuto non rispettato il principio della domanda relativamente alle imputazioni non indicate nella richiesta cautelare ed indicate dal pubblico ministero solo in un secondo momento, mediante una nota integrativa inviata al giudice per le indagini preliminari contenente l’indicazione di ulteriori fatti di reato.

⁶⁵⁹ Cfr. VALENTINI E., *Le novità della “legge Nordio” in materia cautelare: poche idee, ma confuse*, cit., p. 22.

⁶⁶⁰ Cfr. VALENTINI E., *Le novità della “legge Nordio” in materia cautelare: poche idee, ma confuse*, cit.

dei lavori parlamentari non restituisce alcun elemento che possa far ritenere volontaria tale esclusione, né essa appare giustificabile sul piano sistematico. Pertanto, l'assenza di un coordinamento tra le norme citate rappresenta un punto critico della riforma, suscettibile di riflessi interpretativi e applicativi rilevanti, in particolare con riferimento all'utilizzabilità delle dichiarazioni rese in sede di interrogatorio preventivo in fase dibattimentale⁶⁶¹.

⁶⁶¹ Ibidem.

CONCLUSIONI

Il presente elaborato ha inteso offrire una riflessione sistematica e comparata sul tema delle misure restrittive della libertà personale in sede cautelare, con particolare riferimento ai sistemi penali italiano e francese, e con un *focus* critico sulle novità introdotte dalla legge n. 114 del 2024, nota come “Riforma Nordio”. Il confronto tra i due ordinamenti ha permesso di evidenziare, sotto il profilo dogmatico e operativo, rilevanti convergenze e significative divergenze, nonché di valutare la tenuta delle garanzie processuali alla luce delle più recenti trasformazioni normative.

Con riguardo al sistema italiano, l’intervento riformatore appare segnato da numerose fragilità, sia sotto il profilo della coerenza interna, sia in relazione alla sua compatibilità con i principi del sistema processuale previgente. Secondo autorevole dottrina⁶⁶², la riforma avrebbe potuto orientarsi verso priorità differenti, come ad esempio una revisione più incisiva dei *pericula libertatis*, con particolare riferimento all’esigenza cautelare di cui all’art. 274, lett. c) c.p.p. Tale previsione è stata oggetto, in passato, di tentativi di modifica mai giunti a compimento⁶⁶³, nonché di un’iniziativa referendaria di carattere abrogativo, fallita per mancato raggiungimento del *quorum*⁶⁶⁴.

Il legislatore, evidentemente insoddisfatto dei risultati garantistici ottenuti mediante il contraddittorio successivo — pur oggetto, nel tempo, di significativi affinamenti grazie al concorso tra attività legislativa, giurisprudenza costituzionale e interventi della Corte di cassazione⁶⁶⁵ — ha ritenuto di

⁶⁶² Ibidem.

⁶⁶³ Il riferimento è, in particolare, alla proposta contenuta nella versione originaria del disegno di legge poi confluito nella legge n. 47/2015, che mirava a modificare l’art. 274, lettera c), c.p.p., escludendo la possibilità di desumere il pericolo di reiterazione del reato dalle sole modalità del fatto oggetto del procedimento e impedendo che la personalità dell’imputato fosse valutata esclusivamente sulla base delle circostanze del reato contestato. Tale proposta, tuttavia, incontrò una ferma opposizione da parte dell’Associazione Nazionale Magistrati (ANM) e fu infine abbandonata, lasciando spazio a un criterio diverso, imperniato sulla gravità del reato per cui si procede — parametro che oggi figura espressamente sia nella lettera c) sia nella lettera b) dell’art. 274 c.p.p.

⁶⁶⁴ È noto che il quesito referendario mirava all’abrogazione della parte dell’art. 274, comma 1, lettera c), c.p.p., relativa al pericolo di commissione di delitti della stessa specie, comprensiva delle specificazioni contenute nella parte finale della disposizione. Nonostante l’esito negativo dell’iniziativa, l’intento di intervenire su tale norma non è stato accantonato. Ne è prova l’ordine del giorno presentato alla Camera dei deputati il 7 agosto 2024 dall’on. Enrico Costa, con il quale si invita il Governo a valutare un intervento normativo — in continuità con quanto già previsto dal disegno di legge Nordio — volto a rimodulare la disciplina della custodia cautelare, in particolare con riguardo alle esigenze indicate all’art. 274, comma 1, lettera c), al fine di garantire un equilibrato bilanciamento tra la presunzione di innocenza e le esigenze di tutela della sicurezza.

⁶⁶⁵ Sempre VALENTINI fa notare in *Le novità della “Legge Nordio” in materia cautelare: poche idee, ma confuse*: «L’irrobustimento del diritto di difesa (e di autodifesa) nel procedimento cautelare personale si è realizzato attraverso numerosi interventi, posti in essere dal legislatore (in particolare con le leggi 8.8.1995, n. 332, 1.3.2001, n. 63, e 18.4.2015, n. 47), dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni unite, che hanno fra l’altro progressivamente potenziato i diritti conoscitivi della difesa in seno all’incidente di libertate. Ciò è avvenuto innanzitutto grazie alla rideterminazione del contenuto necessario del fascicolo cautelare (che, dopo la novella del 1995, deve includere anche tutti gli elementi favorevoli alla persona sottoposta alle indagini, nonché le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate), di cui va assicurato l’accesso alla difesa subito dopo l’esecuzione dell’ordinanza cautelare (secondo quanto prescritto dall’art.

dover introdurre un modello anticipato di confronto con la difesa, finalizzato a rafforzare in termini sostanziali il principio del contraddittorio già nella fase delle indagini preliminari.

Tuttavia, è proprio questo elemento a costituire il nodo critico della riforma. Parlare di un effettivo rafforzamento del diritto di difesa risulta problematico: l'interrogatorio preventivo, pur presentato come primo momento di confronto con il giudice, non realizza un vero contraddittorio tra le parti. Manca, infatti, quel quadro di garanzie minime — in termini di conoscenza degli atti, tempi adeguati di preparazione e parità tra le parti — che ne costituisce il presupposto essenziale. Più che un reale avanzamento sul piano delle tutele, si è di fronte a una soluzione formale, che rischia di indebolire la posizione difensiva anziché rafforzarla.

Un ulteriore *punctum pruriens* della riforma si rinviene nelle rigorose condizioni escludenti che il legislatore ha stabilito per consentire l'anticipazione dell'interrogatorio⁶⁶⁶. Tale scelta normativa consente al giudice di omettere l'interrogatorio anticipato nei casi specificatamente previsti dall'art. 291, comma 1-quater, c.p.p. Ciò comporta che quel che viene presentata come «regola» - ossia la previsione di un primo contatto tra giudice e imputato anteriormente all'applicazione della misura - finisce con l'essere una mera «eccezione».

Similmente, la collegialità del giudice per le indagini preliminari quale organo competente a disporre la misura custodiale in carcere, pur formalmente ispirata a un rafforzamento delle garanzie, rischia di risultare svuotata se non accompagnata da una effettiva riorganizzazione funzionale e logistica degli uffici giudiziari. D'altro canto, il principio di collegialità del giudice rappresenta una garanzia strutturale di particolare rilievo, funzionale al rafforzamento della tutela difensiva, e non può essere

293 Cpp, parimenti innovato nel 1995), con annesso diritto alla copia (v. sentenza costituzionale n. 192 del 1997). Gli ulteriori, successivi sviluppi a tale proposito si devono alla giurisprudenza di legittimità, e in particolare alla sentenza Cass. S.U. 28.6.2005 n. 26798 (in CP 2005, 3260, con nota di L. Giuliani, Nullità dell'interrogatorio “di garanzia” per omesso deposito degli atti ex art. 293 co. 3 Cpp: le Sezioni unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare), che ha riconosciuto la nullità dell'interrogatorio di garanzia ove non preceduto dal deposito del dossier cautelare. L'approdo di tale pronuncia, che ha valorizzato i rapporti tra le singole tappe del procedimento “ordinario” di applicazione delle misure cautelari, è stato poi esteso anche a quello che si interseca con la procedura di convalida dell'arresto o del fermo (v. Cass. S.U. 30.9.2010 n. 36212, in CP 2011, 890 ss., con nota di M. Lo Giudice, Sull'ostensione al difensore del dossier cautelare in sede di convalida: *l'overruling* delle Sezioni unite ripristina il contraddittorio effettivo). A seguire, e grazie alla declaratoria di illegittimità costituzionale parziale dell'art. 268 Cpp (sent. cost. n. 336 del 2008, di cui si può leggere il commento di G. Illuminati, Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia, in GCos 2008, 3761), è stato riconosciuto il diritto del difensore di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate; pronuncia che ha posto le premesse per ulteriori sviluppi, tanto giurisprudenziali (scaturite dall'importante sentenza Cass. S.U. 22.4.2010, Lasala, in CP 2010, 461 ss.), quanto legislative (v. in particolare la modifica al co. 3 dell'art. 293 Cpp apportata dal d.l. 30.12.2019, n. 161, conv. con mod. dalla l. 28.2.2020, n. 7)».

⁶⁶⁶ MOSCARINI, *Riflessioni per una riforma del sistema cautelare penale*, in corso di pubblicazione su *Proc. pen. e giust.*, 2025

trascurato.

L'esperienza francese ne offre un esempio significativo: il caso *d'Outreau* ha evidenziato in modo emblematico i limiti della c.d. «*solitude décisionnelle*» del giudice istruttore, mostrando come l'accentramento delle decisioni in capo a un solo magistrato possa determinare gravi distorsioni nel processo e, nei casi più estremi, veri e propri *échecs judiciaires*.

Tanto in Italia quanto in Francia, tuttavia, il principio di collegialità incontra ostacoli strutturali significativi, dovuti principalmente alla cronica carenza di risorse e alla complessità organizzativa degli apparati giudiziari. Ciò evidenzia come la realizzazione effettiva delle garanzie processuali non possa prescindere da una contestuale e incisiva riforma amministrativa e logistica, capace di assicurare la sostenibilità delle innovazioni normative.

Alla luce delle considerazioni svolte, pare più appropriato qualificare l'intervento riformatore non come un approdo definitivo, bensì come una tappa intermedia — seppur rilevante — all'interno di un più ampio processo di revisione del sistema cautelare penale, auspicabilmente orientato a un progressivo riassetto, secondo criteri di maggiore ragionevolezza, del bilanciamento tra le esigenze di efficienza investigativa e la tutela delle garanzie difensive. In questa prospettiva, un elemento chiave della Riforma, in grado di indirizzare futuri e più audaci interventi normativi, deve essere rinvenuto nel superamento della concezione alla stregua della quale l'efficacia della misura cautelare personale postula che essa sia eseguita “a sorpresa”. Una concezione tradizionalmente legata al modello inquisitorio, secondo cui al giudice non sarebbe consentito ascoltare ragioni diverse da quelle dell'accusa prima di pronunciarsi sull'applicazione della misura⁶⁶⁷. Il superamento di tale visione, benché ancora solo parzialmente compiuto, schiude la strada a possibili sviluppi normativi di maggiore impatto, in linea con l'orizzonte tracciato dal progetto riformatore promosso dal ministro Nordio.

⁶⁶⁷ MOSCARINI, *Riflessioni per una riforma del sistema cautelare penale*, in corso di pubblicazione su *Proc. pen. e giust.*, 2025

BIBLIOGRAFIA

AIMONETTO, *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Giappichelli, 2002.

AMATO, *Art. 13*, in *Commentario della Costituzione*, in Commentario della Costituzione, a cura di G. BRANCA, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1977.

AMATO, *Art. 294*, in AMODIO, DOMINIONI (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. III, parte seconda, Milano, Giuffrè, 1990.

AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967.

AMBROISE-CASTÉROT, BONFILS, *Procédure pénale*, coll. *Thémis Droit*, 5^a ed., Presses Universitaires de France, 2024.

AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in Enciclopedia del diritto, vol. XXVII, Milano, Giuffrè, 1977.

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

APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, Giuffrè, 2003.

ASSOCIATION DES DOCTORANTS EN HISTOIRE DU DROIT DE LA SORBONNE (ADH Sorbonne), *Le juge d'instruction, véritable gardien des droits fondamentaux?*, 2021, disponibile

online:<https://adhsorbonne.com/2021/02/08/le-juge-dinstruction-veritable-gardien-des-droits-fondamentaux>.

BALZAC, *Splendeurs et misères des courtisanes*, Paris, Werdet, 1838–1847.

BAMBA, *La détention préventive et provisoire face aux exigences du respect des droits de l'homme*, Editions L'Harmattan, 2016.

BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di VENTURI, Torino, 1965.

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

BENILLOUCHE, *Leçon de procédure pénale*, 3^a ed., Éditions Ellipses, 2017.

BRESCIANI, *Libertà personale dell'imputato*, in Enc. Giur. Dir., 1993.

BRESCIANI, *Fermo*, in Digesto delle discipline penalistiche, vol. V, Utet, 1991.

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

BRONZO, *Brevi note sul “disegno di legge Nordio”*, in *Sistema penale*, 12 aprile 2024.

BRONZO, *Le modifiche alle misure cautelari interdittive*, in GIULIANI (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, Giappichelli, 2015.

CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in CAPPELLETTI (a cura di) *Opere giuridiche*, I, 1965.

CALLARI, *Il periculum libertatis costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi?*, in Diritto Penale Contemporaneo, 12 novembre 2012, disponibile su: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/1851>.

CALLARI, *Il periculum libertatis costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi?*, in Diritto Penale Contemporaneo, 12 novembre 2012, disponibile su: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/1851>.

CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano 2020.

CANZIO, *Il progetto “Riccio” di legge delega per il nuovo codice di procedura penale*, in *Criminalità*, 2007.

CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^a ed., Presses Universitaires de France, 2014.

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

CARRARA, *Programma di diritto criminale*, Parte generale, § 897, Pisa, Tip. Nistri, 1881.

CASSIN, *La pensée et l'action*, Éditions du Seuil, 1951.

CAVALLARI, voce *Contraddittorio* (dir. proc. pen.), in Enciclopedia del Diritto vol. IX, Giuffrè, 1961.

CHAMBON, *La loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relative à la détention provisoire: analyse et réflexions*, in *JCP*, 1989, I, 3417.

CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, 1989.

CHIAVARIO, *Il diritto al contraddittorio nell'articolo 111 Cost. e nell'attuazione legislativa*, in *Il contraddittorio tra costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, 2002.

CHIAVARIO, *La soppressione del juge d'instruction nel progetto Delmas-Marty*, in *Indice penale*, 1993.

CHIAVARIO, *Procedure penali d'Europa, Belgio – Francia – Germania – Inghilterra – Italia*, 2^a ed., CEDAM, 2001.

CHIAVARIO, *Processo e garanzia della persona*, Giuffrè, 1984.

CHIAVARIO, voce *Libertà (libertà personale – dir. proc. pen.)*, in Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XIX, 1990.

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

COLAIACOVO, G. DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia*, in Rivista di diritto e procedura penale, n.1, 2024

CONFALONIERI, *Il controllo giurisdizionale sulla custodia cautelare: esperienze italiana e francese a confronto*, Cedam, 1996.

COULON, FRISON ROCHE, *Le temps dans la procédure*, Éditions LGDJ, 1996.

CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Giuffrè, 2012.

DANIELE, *Habeas corpus. Manipolazioni di una garanzia*, Torino, Giappichelli, 2017, coll. Procedura penale. Studi, diretta da BARGIS, GIOSTRA, ILLUMINATI, KOSTORIS, ORLANDI.

DANIELE, *Il diritto alla libertà personale e le manipolazioni dell'habeas corpus*, in *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo*, a cura di NEGRI e ZILLETTI, Padova, 2020.

DE ANGELIS, *L'effet de convergence du droit communautaire sur la procédure pénale des États membres*, in *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, sous la direction de DELMAS-MARTY, Paris, PUF, coll. *Les voies du droit* », 1992.

DE ROBBIO, *Collegialità del giudice della misura cautelare e separazione delle carriere: due tasselli di uno stesso mosaico*, in Giustizia insieme, 19 maggio 2023.

DI MARINO, *La réforme de la détention provisoire (loi n° 2000-516 du 15 juin 2000)*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal. Bulletin de la Société générale des prisons et de législation criminelle*, 124e année, 2000, n° 3, p. 321-337.

DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Diritto processuale penale*, 2001, n. 11.

DE NOTARISTEFANI, *Commento al Codice di procedura penale*, vol. III: *Del giudizio*, a cura di MORTARA, STOPPATO, LONGHI, Torino, UTET, 1915.

DI BITONTO, *A favore del contraddittorio*, marzo-aprile 2024, inedito.

DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e giusto processo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007.

DREYER, MOUYSSET, *Procédure pénale*, 3^a ed., LGDJ, 2023.

ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964.

ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969.

FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella storia del diritto*, in AA.VV., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di VITALE, Laterza, 2001.

FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante» del giudice delle indagini preliminari*, 3° ed., Padova 2006.

FERRAN, *Combattre la surpopulation carcérale et l'indignité des conditions de détention. Dans les coulisses d'une « guérilla contentieuse »*, in *Revue des droits de l'homme*, n. 18, 2020, disponibile su: <https://journals.openedition.org/revdh/11230>.

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

FERRUA, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Giuffrè, 1991.

FOIS, *Il modello costituzionale del «giusto processo»*, in *Rassegna Parlamentare*, 2000.

FURGIUELE, *Concetto e limiti dell'acquiescenza nel processo penale*, Jovene, 1998.

GALANTINI, *Diritti cautelari e restrizione della libertà personale nella logica della proporzionalità*, in *Sistema Penale*, 2022, testo rielaborato della lezione tenuta nell'ambito del Corso di perfezionamento in diritto penale “Giorgio Marinucci”, Università degli Studi di Milano.

GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Giappichelli, 2021.

GIALUZ, *Commento all'art. 5 CEDU, par. I*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKI (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, 2011.

GIALUZ, *Le novità della “manovra Nordio” in materia processuale: quando l’ideologia rischia di provocare un’eterogenesi dei fini*, in *Sistema penale*, 22 luglio 2024.

GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1994.

GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del) – II) Dir. proc. pen.*, in Enciclopedia giuridica Treccani, vol. VIII, Agg., Roma, 2001.

GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Cedam, Padova, 2012.

GIULIANI, *Editoriale del Dossier “Libertà personale dell’imputato e misure cautelari restrittive della libertà individuale nel processo penale”*, in Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Sep-Dec 2021, disponibile su: <https://www.scielo.br/j/rbdpp/a/38Kd7FMpvR76qWTGxqbym6D>.

GIULIANI, *Interrogatorio di garanzia*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 2010.

GIULIANI, *Nullità dell’interrogatorio “di garanzia” per omesso deposito degli atti ex art. 293 comma 3 c.p.p.: le Sezioni unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare*, in *Cassazione penale*, Milano, 2005.

GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari (1989)*, in *Scritti sul processo penale e sull’ordinamento penitenziario*, vol. II, tomo I, CEDAM, 2011.

GREVI, *Libertà personale dell’imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976.

GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, 1974.

GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.

GUÉRY, *Le nouveau juge des libertés et de la détention : premiers problèmes pratiques*, in *Gazette du Palais*, 8–9 settembre 2000, n. 253.

GUÉRY, *Détention provisoire et culpabilité*, in *D.*, 2006.

GUÉRY, *Détention provisoire*, Dalloz, 2023.

GUÉRY, *Une détention provisoire exceptionnelle mais souhaitable*, in *AJ pén.*, 2004.

GUINCHARD, *Procédure pénale*, 17^a ed., LexisNexis, 2024.

HAROUNE, *Le juge des libertés et de la détention : un magistrat qui sort de l'ombre*, in *Les Cahiers de la Justice*, n. 1, 2019, disponibile online: <https://droit.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2019-1-page-169?lang=fr>.

HÉLIE, *Traité d'instruction criminelle*, t. IV, 1866.

ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. Giur. Treccani*.

ILLUMINATI, Art. 3, in *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Cedam, 1995.

ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008.

ILLUMINATI, *Intervento*, in *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, a cura di DE MAGLIE, Giuffrè, 1995.

ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli, 1979.

ILLUMINATI, *Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2023, 3

ILLUMINATI, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 4, n. 2, 2018.

ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale. I cinquant'anni della Corte costituzionale*, a cura di CONSO, Napoli, 2007.

ILLUMINATI, *Relazione*, in *GIP e libertà personale: verso un contraddittorio anticipato?*, a cura di AA.VV., Jovene, 1997.

ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991.

ISORNI, *Histoire de la procédure pénale en France*, Presses Universitaires de France, 1952.

KENSEY, C. MOUHANNA, *La détention provisoire en France: un provisoire qui dure, dans l'indifférence*, in *Nouvelle Revue de Criminologie et de Politique Pénale*, 2020.

LARGUIER, P. CONTE, S. DETRAZ, *Procédure pénale*, 26^a ed., Dalloz, 2023.

LARGUIER, *La procédure pénale: Principes et enjeux*, Presses Universitaires de France, 2003.

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

LATTANZI, SEVERINO, *Responsabilità da reato degli enti. Diritto processuale*, vol. II, Giappichelli, 2020.

LAVIELLE, LEBUR, *Le juge des libertés et de la détention : bénit-oui-oui ou terminator ?*, in *Gazette du Palais*, 27–28 luglio 2001, II, Doctr.

LE GUNEHEC, *Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, in *La Semaine Juridique – Édition Générale*, 2000, n. 28.

LEMONDE, *Le juge des libertés et de la détention: une réelle avancée ?*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, janvier-mars 2001.

LE MONNIER DE GOUVILLE, *Réflexions sur le contrôle des actes d'investigation par le juge des libertés et de la détention*, Lexbase, 2022, disponibile online: <https://www.lexbase.fr/article-juridique/87159154>.

LEBLOIS-HAPPE, *Le placement en détention provisoire*, in *AJ pén.*, n° 1, janvier 2003.

LONATI, *Processo penale e rimedi alle violazioni delle garanzie europee*, CEDAM, 2022.

LOZZI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *I riti differenziati nel nuovo processo penale*, Giuffrè, 1990.

LUCCHINI, *Il carcere preventivo ed il meccanismo istruttorio che vi si riferisce nel processo penale. Studio di legislazioni comparate antiche e moderne seguito da uno schema-progetto di legge*, Venezia, Stabilimento Tipografico di P. Naratovich, 1872.

LUPÀRIA, *La riforma della giustizia penale in Francia dopo gli États généraux: le linee tracciate dal Ministro Dupond-Moretti*, in *Sistema Penale*, 1/2023.

MACCORA, *Il cantiere sempre aperto della giustizia penale. Primissime osservazioni al DDL Nordio ed all'impatto sulle sezioni gip-gup*, in *Questione giustizia*, 6 luglio 2023.

MALERBA, *Osservazioni sul contraddittorio anticipato in ambito cautelare. Note a margine del d.d.l. S. n. 808 (cd. d.d.l. Nordio)*, in *Sistema Penale*, 20 giugno 2023, disponibile su: <https://sistemapenale.it>,

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

MARANDOLA, *Troppi i dubbi sulle garanzie dell'interrogatorio cautelare anticipato*, in *Sistema penale e processo*, 10 maggio 2023.

MARIOTTE, *Le principe inquisitoire : ses origines, sa nature, son évolution dans le droit français (essai d'introduction aux projets de réforme du Code d'instruction criminelle)*, thèse de doctorat en droit, Paris, Société française d'imprimerie et de librairie, 1902.

MARZADURI, Commento all'art. 2 l. 16 luglio 1997, n. 234, in *Legislazione Penale*, 1997.

MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, in Il giusto processo, a cura di KOSTORIS, Giappichelli, 2002.

MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Cost., tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Legislazione Penale*, 2000.

MAURO, *Magistrati in Europa. Indipendenza, professionalità e responsabilità: problemi francesi*, in *Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, vol. 59, n. 2, 2013.

MAYER, *Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ?*, Recueil Dalloz, 2001.

MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea. Profili del processo penale nella Costituzione Europea*, in AA.VV., a cura di Coppetta, Giappichelli, Torino, 2005.

MICELI, *Principi di diritto costituzionale*, 2^a edizione, Milano, Società Editrice Libraria, 1913.

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

MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, vol. II, trad. di BOFFITO SERRA, Milano, Rizzoli, 1968.

MORTARA, ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, Utet, 1917.

MOSCARINI - DI BITONTO, *Introduzione*, Giappichelli, Torino 2018.

MOSCARINI, *Le cautele interdittive nel procedimento penale «de societate»*, Aracne, 2010.

MOSCARINI, *Riflessioni per una riforma del sistema cautelare penale*, in corso di pubblicazione su Processo Penale e Giustizia, 2025.

MUZZICA, *Le prime sentenze della Cassazione in tema di interrogatorio preventivo*, in Sistema penale, 2024.

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

NASCIMBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European Forum – European Papers*, 2020, disponibile su: <https://www.europeanpapers.eu/europeanforum/carta-diritti-fondamentali-applicabilita-e-rapporti-fra-giudici>.

NEGRI, *Agli albori di un paradigma dell'Italia repubblicana: il processo penale come “diritto costituzionale applicato”*, in *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana*, a cura di Negri e Pifferi, Milano, 2011.

NEGRI, *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.

NEGRI, *La nullità dell'ordinanza cautelare*, in *Cass. Pen.*, 4, 1999.

NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, “èthos” delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017.

NOBILI, *La nuova procedura penale: lezioni agli studenti*, Bologna, CLUEB, 1989.

NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998.

NOBILI, *Spunti per un dibattito sull'articolo 27 comma 2° della Costituzione*, in *Il Tommaso Natale. Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, vol. II, 1978.

ORLANDI, *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in *Criminalia*, 2006.

PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIV, Giuffrè, 1974.

PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, II ed., Torino, Giappichelli, 2009.

PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Giuffrè, 2009.

PERONI, *Sulle dichiarazioni dell'indiziato in udienza di convalida come equipollente dell'interrogatorio ex art. 294 c.p.p.*, in Giustizia Penale, 1990.

PICCOLO, *Le temps de l'oubli et le temps de l'action. Una prospettiva di diritto comparato tra Italia e Francia*, in Archivio Penale, n. 3, 2023, pp. 1–26.

PISANI, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in L'Indice penale, 1970.

PISANI, *Art. 5. Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, a cura di BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, Padova, CEDAM, 2001

PISAPIA, *Orientamenti per la riforma della custodia preventiva nel processo penale*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, 1965.

PONSEILLE, *Aménagement de peine et surpopulation carcérale*, in *AJ pénal*, 2014.

PORCU, *Le modifiche al codice di rito nel d.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, in *Penale diritto e procedura*, 2 agosto 2023.

PRADEL, *Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 : évolution ou révolution?*, in *Recueil Dalloz*, 2001.

PRADEL, *Procédure pénale*, 21^a ed., Parigi, Cujas, 2022.

PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Jovene, 2003.

RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa possibile*, in *Diritto penale e processo*, n. 9, 2006.

RIBOULET, *Les juges de la liberté*, in *Droit pénal*, , dossier, studio 5, n. 10, 2023.

SERVICE-PUBLIC.FR, *Quelles sont les différences entre une contravention, un délit et un crime?*, disponibile online: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1157>

ROBERT, *Un «mal nécessaire»? La détention provisoire en France*, in *Déviance et é*, vol. 10, n. 1, 1986.

RUGGIERI, *Del potere dell'autorità giudiziaria: le recenti proposte di riforma*, in *Diritto penale e processo*, n.12, 2023.

SALVI, *Commento all'art. 375 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di CHIAVARIO, vol. IV, Utet, 1990.

SCHMITZ, *La surpopulation carcérale et la guerre des offices : le juge judiciaire comme nouveau gardien des conditions d'exécution de la détention provisoire*, in *Revue des droits de l'homme*, n. 18, 2020, disponibile su: <https://journals.openedition.org/revdh/11230>.

SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, Giuffrè, 1989.

SOULEZ LARIVIÈRE, *La justice ou le chaos*, Stock, Paris, 2006.

SPANGHER, P. GIARDA (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, VI ed., Wolters Kluwer – IPSOA, 2023.

SPANGHER, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, in www.giustiziainsieme.it, 2023.

SPANGHER, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, in NEGRI – ORLANDI (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, Giappichelli, 2017.

SPANGHER, *Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio di prospettiva*, in *Sistema penale*, 27 giugno 2023.

SPANGHER, *Relazione su La libertà personale*, relazione al Convegno “Dal Progetto Dalia al Progetto Riccio: quale futuro per il processo penale?”, Catania, 20–21 giugno.

SURACI, *Sistema cautelare ed interrogatorio preventivo. Qualche riflessione*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2, 2024.

TONINI - Carlotta CONTI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2022.

TULKES, *La procédure pénale : grandes lignes de comparaison entre systèmes nationaux*, in Procès pénal et droits de l’homme. Vers une conscience européenne, a cura di M. DELMAS-MARTY, collana «*Les voies du droit*», Paris, PUF, 1992.

C. VALENTINI, *Com'è difficile trovare l'alba dentro l'imbrunire: note sparse sul futuribile interrogatorio ante cautela*, in *Arch. pen.*, 2023.

C. VALENTINI, *La nuova disciplina dell'interrogatorio preventivo tra vecchi e nuovi problemi*, in *Leg. pen.*, 2025, disponibile online.

C. VALENTINI, *Le novità della "legge Nordio" in materia cautelare: poche idee, ma confuse*, disponibile su: www.cris.unibo.it, 2024.

E. VALENTINI, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, BUP, 2012.

VARINARD, *Le détenu provisoire*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2003.

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

VASSALLI, *Potestà punitiva*, Torino, Utet, 1942.

VAUCHEZ, *Le chiffre dans le « gouvernement » de la justice*, in *Revue française d'administration publique*, n. 125, 2008, disponibile su: <https://doi.org/10.3917/rfap.125.0111>.

VIGONI, *La fisionomia tridimensionale della presunzione d'innocenza: profili di sviluppo della disciplina codicistica*, in *Processo penale e giustizia.*, n. 1, 2023.

VIRGILIO, *Il riesame delle misure cautelari personali*, Jovene, 2005.

VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008, XV-354 pp. (Collana: *Recta Ratio. Testi e studi di filosofia del diritto*, Serie V).

VOUIN, *L'application du code de procédure pénale et le malheur des temps*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1962.

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

ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di COSTA e ZOLO, Milano, Feltrinelli, 2006.

