Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto processuale penale

LE ESIGENZE CAUTELARI NELLE DINAMICHE APPLICATIVE DELLE MISURE RESTRITTIVE DELLA LIBERTÀ PERSONALE DELL'IMPUTATO

Prof.ssa Maria Lucia Di Bitonto
RELATORE

Prof. Filippo Dinacci
CORRELATORE

Alessia Amatruda
CANDIDATO

ANNO ACCADEMICO 2024/2025

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE.....1

CAPITOLO I
I PRINCIPI COSTITUZIONALI A TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE E DISCIPLINA DELLE ESIGENZE CAUTELARI.....3

1. La tutela cautelare in materia penale e i principi costituzionali di garanzia: dalla presunzione di non colpevolezza quale regola di trattamento al c.d. "vuoto dei fini" dell'art.13 cost. 3

1.1 Dall'autoritarismo inquisitorio alle garanzie costituzionali: l'evoluzione storica della custodia cautelare nei modelli processuali 5

1.2 Evoluzione del concetto di libertà personale: dalle origini al costituzionalismo moderno 8

1.3 Le garanzie costituzionali poste a presidio del procedimento cautelare..13

1.4 Il c.d. "vuoto dei fini" dell'art.13 Cost.: evoluzione del dibattito sulla finalità della "custodia preventiva".....18

Segue. L'art. 27, comma 2, Cost.: parametro teleologico e guida interpretativa per i fini della custodia cautelare 22

Segue. Il superamento del vuoto dei fini: il raccordo funzionale tra l'art.13 e l'art.27 comma 2 Cost.....26

2. La tutela della libertà personale nel diritto sovranazionale 35

3. Principio di legalità cautelare 45

4. Presupposti applicativi. I gravi indizi di colpevolezza. 53

4.1 Gravità indiziaria 61

4.2 Regole probatorie nella valutazione degli indizi 66

5. Le esigenze cautelari. Cenni 74

6. Criteri di scelta delle misure 80

6.1 Adeguatezza 83

6.2 Proporzionalità.....86

7. Deroghe al principio di adeguatezza.....90

7.1 L'ampliamento dei casi di presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere e la relativa giurisprudenza della Corte costituzionale ..93

7.2 Gli assetti attuali della disciplina in materia di presunzioni di adeguatezza 98

7.3 Le situazioni incompatibili con la custodia cautelare in carcere 103

CAPITOLO II
TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE E PROCEDIMENTO CAUTELARE...107

1. Il procedimento applicativo delle misure cautelari.....107

2. Il principio della domanda e la separazione delle funzioni 112
3. L'interrogatorio di garanzia 131
4. Il contraddittorio 'posticipato' nella procedura di riesame 141
5. Il cosiddetto contraddittorio 'anticipato' in materia cautelare 150
6. L'introduzione del contraddittorio anticipato ad opera del d. lgs. n. 231 del 2001 nel procedimento applicativo delle cautele interdittive a carico dell'ente 158
7. La fine dell'era della "misura a sorpresa" ad opera della l. 9 agosto 2024 n. 114.....163

CAPITOLO III
ESIGENZE CAUTELARI E PROCEDIMENTO APPLICATIVO DELLE MISURE CAUTELARI.....169
1. La funzione delle esigenze cautelari.....169
2. I *pericula* cautelari.....172
2.1 Pericolo di inquinamento probatorio 172
2.2 Pericolo di fuga.....177
2.3 Pericolo di reiterazione del reato. Cenni.....181
3. I presupposti dei pericula cautelari: concretezza e attualità. 182
3.1 La concretezza 183
3.2 L'attualità 185
3.2.1. La Legge 16 aprile 2015, n.47 187
4. Esigenze cautelari nella prassi applicativa.....193
4.1 Evidenza della prassi applicativa in un caso specifico: Delitto di Perugia, 2007 (caso Amanda Knox e Raffaele Sollecito).....194
5. Il pericolo di reiterazione del reato: un pericolo controverso dal codice di procedura penale del 1930 al vigente art. 274 c.p.p. 199
6. Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di pericolo di reiterazione del reato 208
7. Profilassi criminale, indeterminatezza e crisi del concetto di pericolosità sociale 212
8. La centralità del pericolo di reiterazione del reato nel nuovo procedimento cautelare introdotto dalla l. 114/2024 215

CONCLUSIONE.....220

BIBLIOGRAFIA.....221

INTRODUZIONE

Il sistema delle misure cautelari personali rappresenta, nel quadro del processo penale, un banco di prova privilegiato della capacità dell'ordinamento di coniugare le istanze, spesso confliggenti, della tutela della collettività e della salvaguardia della libertà individuale, quest'ultima consacrata dalla Costituzione quale diritto inviolabile dell'individuo e presidio irrinunciabile dello Stato di diritto. La possibilità di comprimere anticipatamente la libertà della persona, prima che intervenga una pronuncia irrevocabile di condanna, costituisce infatti una deroga di eccezionale delicatezza, la cui legittimità non può che dipendere da un costante confronto con i principi supremi di legalità, di riserva di giurisdizione e, soprattutto, di presunzione di innocenza, che segnano la linea di confine tra un processo penale rispettoso delle garanzie e un sistema che rischia di scivolare verso logiche di prevenzione sociale o, peggio, di anticipazione della pena.

Il primo capitolo si sofferma sulla cornice costituzionale di riferimento, individuando negli artt. 13 e 27 Cost. i parametri assiologici che hanno consentito di superare il c.d. "vuoto dei fini" e di assegnare alla custodia cautelare una funzione strettamente processuale. In tale prospettiva la libertà personale emerge come valore cardine, suscettibile di restrizione soltanto entro limiti rigorosi, sorretti da un bilanciamento che, nella logica costituzionale, deve essere sempre improntato a criteri di necessità, proporzione ed *extrema ratio*.

Il secondo capitolo è invece dedicato al procedimento cautelare e, in particolare, al ruolo del contraddittorio, storicamente confinato a una fase successiva all'applicazione della misura. L'analisi prende in considerazione l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale sul punto, sino a giungere alla svolta impressa dalla legge 9 agosto 2024, n. 114 (c.d. decreto Nordio), che ha introdotto – seppur in ipotesi circoscritte e non prive di difficoltà applicative – forme di contraddittorio anticipato. Si tratta di un intervento che, pur lasciando irrisolte talune tensioni sistematiche, segna un momento emblematico nella parabola delle riforme processuali, poiché infrange l'antico paradigma della "misura a sorpresa" e restituisce al soggetto sottoposto a procedimento cautelare una partecipazione più effettiva alla formazione della decisione che incide sulla sua libertà.

Il terzo capitolo affronta il cuore sostanziale del sistema, ossia le esigenze cautelari, che costituiscono il fondamento stesso della legittimità delle misure e che, nella loro tipizzazione legislativa, esprimono il punto di equilibrio tra l'interesse pubblico al buon esito del processo e la tutela della sfera individuale. Particolare attenzione è riservata al pericolo di reiterazione del reato, figura che più di altre ha alimentato dibattiti dottrinali e oscillazioni giurisprudenziali, nonché all'analisi di un caso pratico, il delitto di Perugia, il quale offre un esempio paradigmatico delle difficoltà applicative e delle profonde implicazioni che le cautele possono produrre sulla vita dell'imputato e sulla percezione della giustizia da parte della collettività.

In conclusione, l'elaborato si propone di verificare se, alla luce dei più recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali, il sistema cautelare italiano sia ancora in grado di preservare l'equilibrio fisiologico che lo caratterizza, mantenendo ferma la distinzione tra funzione processuale e funzione punitiva, ed evitando che le cautele si trasformino in surrettizie anticipazioni della pena. La materia cautelare si rivela così non soltanto come un segmento tecnico del processo penale, ma come il luogo in cui si manifesta, in tutta la sua drammaticità, la tensione tra autorità e libertà: tensione che, lungi dall'essere un difetto, costituisce il nucleo vitale dello Stato costituzionale di diritto e il banco di prova della sua fedeltà ai principi che ne fondano l'esistenza.

CAPITOLO I
I PRINCIPI COSTITUZIONALI A TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE E DISCIPLINA DELLE ESIGENZE CAUTELARI

SOMMARIO: 1. La tutela cautelare in materia penale e i principi costituzionali di garanzia: dalla presunzione di non colpevolezza quale regola di trattamento al c.d. "vuoto dei fini" dell'art.13 Cost – 1.1 Dall'autoritarismo inquisitorio alle garanzie costituzionali: l'evoluzione storica della custodia cautelare e del concetto di libertà personale nei modelli processuali – 1.2 Evoluzione del concetto di libertà personale: dalle origini al costituzionalismo moderno – 1.3 Le garanzie costituzionali poste a presidio del procedimento cautelare - 1.4 Il c.d. "vuoto dei fini" dell'art.13 Cost.: evoluzione del dibattito sulla finalità della "custodia preventiva" – *Segue*. L'art. 27, comma 2, Cost.: parametro teleologico e guida interpretativa per i fini della custodia cautelare – *Segue*. Il superamento del vuoto dei fini: il raccordo funzionale tra l'art.13 e l'art.27 comma 2 Cost. – 2. La tutela della libertà personale nel diritto sovranazionale – 3. Principio di legalità cautelare – 4. I presupposti applicativi. I "gravi indizi di colpevolezza" - 4.1 Gravità indiziaria – 4.2 Regole probatorie nella valutazione degli indizi – 5. Le esigenze cautelari. Cenni – 6. Criteri di scelta delle misure – 6.1 adeguatezza – 6.2 proporzionalità – 7. Deroghe al principio di adeguatezza - 7.1 L'ampliamento dei casi di presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere e la relativa giurisprudenza della Corte costituzionale – 7.2 Gli assetti attuali della disciplina in materia di presunzioni di adeguatezza

1. La tutela cautelare in materia penale e i principi costituzionali di garanzia: dalla presunzione di non colpevolezza quale regola di trattamento al c.d. "vuoto dei fini" dell'art.13 cost.

Tra le più rilevanti conquiste giuridiche del secolo scorso si annovera senza dubbio la maturata consapevolezza del valore intrinseco della persona umana, accompagnata dalla necessità di strutturare l'ordinamento giuridico attorno all'individuazione e alla tutela dei suoi diritti fondamentali. Tra questi, il diritto alla libertà personale occupa una posizione primaria, ricevendo un esplicito riconoscimento tanto nella Costituzione italiana quanto nelle Carte sovranazionali. Essa costituisce il primo dei diritti espressamente caratterizzati da inviolabilità dalla Costituzione: l'art.13 comma 1 si apre con l'affermazione solenne secondo cui "la libertà personale è inviolabile", sancendo un principio fondamentale, considerato intrinseco alla Costituzione stessa e, di conseguenza, alla struttura dello Stato democratico[1]. La disciplina recepita oggi nell'ordinamento costituzionale italiano,

[1] V. GREVI, voce *Libertà personale*, in *Enc. dir*., vol. XXIV, Milano, 1974, p. 315; G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1958, 355 ss.

attraverso tale disposizione, esprime in modo significativo ed emblematico l'evoluzione delle garanzie poste a presidio della libertà personale in sede processuale tanto nel superamento delle formulazioni ottocentesche – come l'art. 26 dello Statuto albertino – quanto nel confronto con i modelli delineati dalle moderne costituzioni democratiche[2]. Libertà e processo costituiscono infatti i due pilastri fondamentali su cui si sviluppa l'esperienza giuridica, culturale e politica della nostra epoca. "Libertà personale" è una locuzione giuridica che esprime, dunque, la situazione essenziale del soggetto all'interno della società organizzata e che racchiude tutte le indefinite facoltà esercitabili in quanto "persona". Trattasi di un diritto che, atteso il «*carattere peculiare e primordiale dell'interesse che vi è garantito, si configura nel sistema come presupposto di tutti gli altri diritti di libertà, in quanto logicamente li precede e li condiziona a livello operativo, rendendone possibile la piena esplicazione*[3]».

Dunque, la limitazione della libertà personale nel corso del procedimento penale – antecedentemente all'emanazione di una sentenza irrevocabile di condanna – costituisce indubbiamente un'anomalia rispetto non solo al principio di libertà personale, ma altresì in relazione al principio di non colpevolezza sancito dall'art.27 comma 2 Cost., che garantisce il diritto ad essere considerati innocenti sino alla pronuncia di condanna. I diritti di libertà, infatti, sono senza dubbio quelli che rischiano maggiormente di essere sottoposti a gravose restrizioni nell'ambito del procedimento penale, relativamente alla figura dell'imputato. In un sistema governato dal riconoscimento assoluto del bene della libertà personale ed ispirato alla presunzione di non colpevolezza, l'idea di una costrizione della libertà prima della sentenza definitiva di condanna, è sicuramente problematica[4]: nondimeno, è comune all'esperienza della totalità dei sistemi di giustizia penale la previsione di misure restrittive eventualmente adottate prima della irrevocabilità della sentenza di condanna[5]. Rilevante, a tal proposito, quanto affermato da autorevole dottrina secondo cui «*la questione della tutela della libertà personale è certamente ad un*

[2] A. A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, p.1 ss.
[3] V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p. 2
[4] G. SPANGHER, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*. Vol. II, A. MARANDOLA (a cura di), Milano, 2015, p. 3
[5] M. L. DI BITONTO, *Fondamenti di procedura penale*. A. Camon, C. Cesari, M. Daniele (a cura di), ed.4, Milano, 2023, p. 101

crocevia nevralgico dell'intera rete di rapporti tra la tematica dei diritti fondamentali della persona e la tematica del processo»[6].

Per comprendere questa possibile incongruenza, è imprescindibile partire dalla premessa secondo cui, nell'ambito del processo penale, si assiste indubbiamente al confronto tra due diverse esigenze di natura potenzialmente conflittuali: da un lato la salvaguardia della libertà individuale, dall'altro l'esercizio dell'autorità statale. Quest'ultimo si esprime per il tramite dell'apparato repressivo e preventivo dello Stato, il cui obiettivo consiste nel garantire l'efficacia dell'azione punitiva, proteggendo la collettività dalle diverse forme di lesione di beni e valori giuridicamente rilevanti. Non può, infatti, negarsi che alla previsione di cui all'art.2 Cost. – che sancisce l'inviolabilità dei diritti dell'uomo – siano sottotesi anche i valori (pure sempre legati alla tutela della persona) relativi alla sicurezza e quindi al corretto funzionamento delle istituzioni deputate alla gestione delle esigenze individuali ed alla soluzione dei conflitti sociali[7]. Specularmente, come già affermato, vi è la necessità di tutelare in ogni modo la libertà personale, in quanto diritto fondamentale dell'individuo. D'altronde, mentre per altre figure di libertà l'esigenza della tutela risulta spesso collegata a circostanze contingenti, per cui essa potrebbe sorgere o venir meno in rapporto a determinate situazioni storiche o ambientali, tale dimensione relativistica non trova riscontro, in questi termini, per quanto attiene alla tutela della libertà personale[8]. Quanto detto serve a dimostrare quanto prioritaria sia la necessità di trovare un equilibrio nel delicato rapporto tra tali due elementi coesistenti nel processo penale: autorità e libertà[9].

1.1 Dall'autoritarismo inquisitorio alle garanzie costituzionali: l'evoluzione storica della custodia cautelare nei modelli processuali

Nell'analisi del confliggente rapporto sovra esposto, si coglie a pieno l'evoluzione subita dal nostro ordinamento nel corso degli anni, caratterizzata dal

[6] M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali*, 3a ed., vol. II, Milano, 1984, p. 299
[7] G. SPANGHER, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*. Vol. II, A. MARANDOLA (a cura di), Milano, 2015, p. 3
[8] V. GREVI, *Libertà personale*, in Enciclopedia delle scienze sociali, 1996 p. 1.
[9] A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in Aa.Vv. *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II, tomo II, Torino, 2008, p. 6 e ss.

superamento di un assetto processuale autoritario e inquisitorio – in cui vi era l'indiscusso predominio dell'interesse repressivo – e dal raggiungimento di un modello processuale di ispirazione democratica, in cui centrale risulta essere la tutela della libertà. Nel previgente sistema, infatti, trovava attuazione un procedimento di matrice inquisitoria, connaturato dall'utilizzo della detenzione preventiva dell'imputato quale misura usuale e ordinaria e dall'assenza di una specifica tutela della libertà personale di quest'ultimo avverso i poteri pubblici. L'istituto della cattura obbligatoria – da intendere come automatismo detentivo, previsto dalla legge nei confronti di determinati reati o soggetti, prescindendo da una valutazione concreta delle esigenze cautelari - rappresenta, infatti, una delle espressioni più evidenti dell'impostazione autoritaria e repressiva del sistema processuale antecedente alla Costituzione. L'inadeguatezza del caso veniva, inoltre, dimostrata dalla collocazione, all'interno del vecchio codice, delle norme in materia all'interno del "libro" dedicato all'istruzione: il che suggeriva che di quest'ultima la libertà rappresentasse un mezzo operativo[10]. Contro tale ideologia vi furono reazioni dapprima da parte dei pensatori illuministi (in particolare Beccaria[11]) e dalla dottrina liberale, le quali si rivelarono però insufficienti a consentire una mutazione del sistema legislativo, ancora caratterizzato da una sostanziale equiparazione tra imputato e colpevole. Solo nel 1876 inizia a farsi strada l'idea per cui la carcerazione preventiva dovesse rappresentare l'eccezione (con L.3183): per la prima volta, l'ordinamento accolse un'impostazione di matrice liberale, fondando le restrizioni alla libertà personale dell'imputato sul principio della "stretta necessità" quale principio-guida dell'intervento cautelare, pur se affiancato da una pluralità di eccezioni che ne attenuavano l'efficacia sistemica, soprattutto nei confronti delle persone che erano «costituite in una sistematica e ragionevole diffidenza da parte della società[12]». Tale idea fu portata avanti dal codice di procedura penale del 1913 (Codice Finocchiaro-Aprile), in cui vi è un parziale superamento delle impostazioni suddette. Si assiste poi ad un mutamento in senso

[10] E. FASSONE, *La coercizione personale,* in Magistratura Democratica, 1978, p.14
[11] Rilevante, a tale proposito, la sua celebre intuizione «*un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice*», in Dei delitti e delle pene, Milano, 1764
[12] In questi termini si esprimeva alla camera il Guardasigilli Mancini, secondo quanto riferito da G. FERRANTI, in *Libertà provvisoria*, in Dizionario Italiano, tomo XIV, Torino, 1902-1905, p. 837 e ss.

nuovamente autoritario durante il regime fascista, con totale retrocessione al precedente impianto ed acclamata equiparazione tra imputato e colpevole: l'asse del rapporto dialettico autorità – libertà, viene completamente spostato dal fascismo, tramite l'affermazione della prevalenza, in ogni caso, degli «*interessi collettivi impersonati nello Stato, su quelli eventualmente in contrasto dei singoli individui*[13]». In ambito cautelare ciò si manifesta nell'estensione dei confini della previgente fattispecie della cattura obbligatoria, nonché nell'abrogazione dell'istituto della scarcerazione per decorrenza dei termini (introdotto dal codice del 1913): quest'ultima fu reputata «aberrante e insidiosa» in quanto diretta a colpire «*l'interesse pubblico e non il magistrato che abbia trascurato di adempiere con la dovuta solerzia al proprio dovere*»[14]. Nel Codice Rocco (entrato in vigore del 1931), pertanto, la carcerazione preventiva costituiva la regola e non l'eccezione, configurandosi in particolare per l'assenza di un'effettiva connotazione di provvisorietà: provvisorio era solo lo *status libertatis* correlato a specifici presupposti (la c.d. libertà provvisoria)[15].

Quanto sin qui brevemente rammendato, consente di apprezzare con maggior consapevolezza il definitivo superamento dell'antica ideologia avvenuto solo con il sopravvento della Carta costituzionale. La normativa costituzionale opera, infatti, un ribaltamento della precedente scala dei valori, «r*ipudiando quella tendenziale subordinazione della libertà personale agli interessi dello Stato […], l'art.13 Cost. consacra un certo tipo di equilibrio nei rapporti fra autorità e libertà all'interno del processo, lasciando chiaramente intendere che la permanenza dell'imputato in stato di libertà prima della sentenza definitiva deve considerarsi la regola*»[16]. L'Assemblea costituente, conscia dei pericolosi spazi lasciati dal precedente articolo 26 dello Statuto, fu indotta ad optare per una formula più generica per quanto concerne il bene garantito (ossia la libertà personale), ma allo

[13] U. ALOISI, Manuale pratico di procedura penale, Milano, 1932, p. 2 ss.
[14] Relazione sul progetto preliminare del codice di procedura penale, in Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, VIII, 1929, p.52
[15] M. L. DI BITONTO, *Fondamenti di procedura penale*. A. Camon, C. Cesari, M. Daniele (a cura di), ed.4, Milano, 2023, p. 935
[16] V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 20

stesso tempo più stringente in relazione ai poteri restrittivi e ai modi del loro esercizio[17].

Coerentemente, ad una prima lettura del libro IV del codice di procedura penale, con il quale il legislatore ha dato vita ad un autentico sottosistema normativo incentrato sulla procedura cautelare, viene in evidenza il motivo fondamentale dell'intera normativa: la libertà – dell'indagato, prima, e dell'imputato poi – deve essere la regola, e solo in ipotesi eccezionali tale libertà può essere sacrificata[18]. Una conferma di tale aderenza ai principi costituzionali emerge dallo stesso preambolo dell'art.2 della legge delega per l'emanazione del codice, ai sensi del quale esso "deve attuare i principi della Costituzione e deve adeguarsi alle norme convenzionali relative ai diritti della persona e al processo penale"[19]

D'altro canto, non può non considerarsi che l'anzidetta distinzione tra libertà e autorità, sul piano concreto ed attuale, perde in realtà rilevanza, in quanto, nell'ottica costituzionale «*l'autorità è al servizio della libertà e perde la posizione antitetica rispetto all'individuo*»[20]. Pertanto, alla luce di tale ragionamento e al fine di trovare un equilibrio adeguato tra le esigenze proprie dell'accertamento penale e la tutela della libertà personale (in aggiunta, naturalmente, agli altri diritti inevitabilmente coinvolti e compromessi nel processo), il punto di partenza fondamentale diviene l'analisi dei principi sanciti dalla Costituzione. In questo contesto, l'articolo 13 segna decisamente un punto intermedio tra i due valori contrastanti in esame.

1.2 Evoluzione del concetto di libertà personale: dalle origini al costituzionalismo moderno

Prima di procedere all'analisi delle singole matrici costituzionali e dei fondamenti delle misure cautelari, si rende opportuna una preliminare

[17] Ciò emerge chiaramente dai lavori preparatori: in particolare, nella Prima Sottocommissione fu rigettata la proposta di Lombardi secondo cui sarebbe stato sufficiente stabilire che "la libertà personale è inviolabile, nei modi e nelle forme che le leggi stabiliranno"
[18] L. UGOCCIONI, Sub. Art. 299, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, M. Chiavario, E. Marzaduri, Torino, 2008
[19] Art.2, L.16 febbraio 1987, n.81
[20] A. DE CARO, *Libertà penale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, p.168.

chiarificazione del concetto di "libertà personale" ed una sintetica ricognizione della sua evoluzione storica.

Come opportunamente evidenziato in dottrina, tra le numerose forme di libertà affermatesi sin dalle carte feudali e dagli statuti comunali, attraversando l'età dell'assolutismo e gli ordinamenti liberali fino ad arrivare all'età costituzionale, la libertà personale si distingue sia per la continuità ininterrotta della sua affermazione, sia per la tendenziale costanza delle formule normative impiegate allo scopo[21]. Considerata, da sempre, vero e proprio presupposto politico di ogni altra libertà civile, si afferma che la libertà personale abbia rappresentato, infatti, «*l'oggetto costante e prioritario di una garanzia il cui contenuto minimo si è tradizionalmente identificato nella tutela dagli arresti illegali*»[22]. In tal senso, emblematico risulta essere l'istituto inglese (affermatosi sin dal XIII secolo) dell'*habeas corpus,* il cui fine si caratterizza, in via esclusiva, per la prevenzione e preclusione di coercizioni fisiche illegittime. A partire dall'epoca illuminista e in particolare nel contesto delle rivoluzioni tardo-settecentesche, segnate dalle prime dichiarazioni formali dei diritti – tra cui spicca quella francese del 1789 – la libertà personale iniziò a emergere come valore giuridico centrale. Con l'affermarsi degli ordinamenti liberali, che traevano linfa da quei principi, essa venne progressivamente recepita nei testi costituzionali, accanto a un nucleo selezionato di diritti fondamentali destinati a fondare il nuovo equilibrio tra autorità e individuo. Con l'avvento dello Stato moderno, sorge altresì l'ideologia per cui i diritti di libertà debbano essere riconosciuti ai cittadini anche di fronte agli organi dello Stato: costoro dovranno ottemperare a circoscrizioni della loro potenziale capacità di interferenza[23]. In altre parole, ogni individuo (in quanto titolare di un diritto di libertà) può pretendere ed esigere il rispetto di tali diritti da parte delle pubbliche autorità: essi si configurano, dunque, come limiti giuridicamente obbligatori rispetto all'estrinsecazione dei poteri di supremazia dello Stato. Questo diviene lo scenario di fondo su cui si collocherà la disciplina costituzionalistica della libertà personale nei secoli a venire, seppur sovente interrotta ed ostacolata dal sopravvenire di regimi e autoritari e totalitari.

---

[21] G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p.16
[22] V. GREVI, *Libertà personale*, in Enciclopedia delle scienze sociali, 1996
[23] V. GREVI, *op. ult. cit.*

La disciplina recepita nel nostro ordinamento costituzionale, mediante l'art.13 Cost., sembra condensare e riflettere l'itinerario evolutivo sin qui descritto. Da una parte, come affermato nel paragrafo precedente, tale disposizione ha rappresentato una svolta epocale, in quanto ha consentito di colmare definitivamente le lacune presenti nello Statuto Albertino circa il rapporto autorità – libertà[24]. Dall'altra, occorre soffermarsi sul concreto significato del concetto in esame. In base a quanto affermato in sede di trattazione dall'Assemblea costituente, la libertà personale risultava essere concepita come "libertà dagli arresti", ossia come pretesa di astensione da indebite coercizioni sul proprio corpo, nonché limitazioni verso la libertà di circolazione e movimento[25]. La nozione definitoria, tuttavia, non è di per sé sufficiente per cogliere la *ratio* dell'istituto in esame: la precisa delimitazione dell'estensione e della portata del concetto di libertà personale rappresenta un tema da sempre oggetto di dibattitto, ma al contempo essenziale per valutare l'effettiva ampiezza della tutela offerta dalla Carta costituzionale. In ogni caso, non vi è dubbio che, perlomeno inizialmente, la libertà personale viene quindi concepita in termini puramente fisici[26], in linea con il concetto inglese sopra descritto. Tale orientamento trova conferma anche nelle prime pronunce della Corte costituzionale, la quale ha, inizialmente, adottato una nozione particolarmente restrittiva del concetto, identificandolo unicamente con l'indisponibilità del corpo[27]. Tuttavia, l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale successiva ha progressivamente ampliato l'interpretazione del concetto in esame, riconoscendo che la libertà personale non si esaurisce nella mera tutela dell'integrità fisica, ma comprende qualsiasi misura idonea a ledere la dignità della persona: riguarderebbe dunque altresì la sfera morale della persona, che può essere lesa e compromessa anche senza effettive coercizioni corporali[28]. Negli stessi termini, autorevole dottrina ha sostenuto che la libertà personale è da intendere, non già soltanto in relazione alla possibilità dell'individuo di disporre in via esclusiva

[24] Sul tema si veda G. CONSO, *Accusa e sistema accusatorio (diritto processuale penale)*, in Enciclopedia del diritto, vol. I, Milano, 1958, p.336
[25] Atti della Assemblea costituente, Discussioni dal 25 giugno 1946 al 14 dicembre 1946, vol. I.
[26] Per un maggior approfondimento si veda L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, p.29 ss.
[27] Corte cost., 23 giugno 1956, n. 2, in Giur. cost., 1956, p. 562 e ss.
[28] Sul tema si veda, P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione*: *lezioni*, Padova, 1966

del proprio essere fisico, ma anche in relazione alla piena disponibilità psichica e morale di sé stessi[29]. D'altra parte, significativo è altresì il fatto che il legislatore, nel delineare il catalogo delle libertà civili all'interno della carta costituzionale, dopo aver sancito in via prioritaria la disciplina della libertà personale, le abbia successivamente affiancato quella della libertà di domicilio (art. 14), della libertà di corrispondenza (art. 15), nonché della libertà di circolazione e di espatrio (art. 16)[30]: tutte fattispecie di libertà che, se non fossero state riconosciute e garantite in via autonoma, sarebbero state verosimilmente da ricondurre a una nozione lata di libertà personale, in quanto dirette a tutelare la persona lungo una serie di prospettive di sviluppo connaturate alle più elementari dimensioni della stessa[31]. Una conferma di questa innovativa impostazione sembra emergere, inoltre, proprio dal titolo del libro relativo alle misure cautelari personali, che fa riferimento, in apertura, alle "libertà della persona" – intese dunque in senso plurale – e non alla singola "libertà personale". Nonostante varie pronunce di segno ancora contrastante, degno di nota è l'intervento delle Sezioni Unite[32], le quali hanno ampliato il raggio d'azione delle garanzie offerte dall'art.13 Cost., ricomprendendovi anche tutti i provvedimenti che possono comportare una lesione o compromissione di libertà personali pur non strettamente attinenti alla sfera fisica e che non comportino una completa soggezione del destinatario. In questo senso si afferma che oggetto della tutela sarebbe altresì «*la libertà di autodeterminarsi psichicamente in ordine alle proprie azioni*»[33]. Tale ampliamento trova fondamento anche nell'interpretazione dell'art.2 della Costituzione, il quale sancisce l'inviolabilità dei diritti fondamentali dell'individuo quale presupposto per la piena realizzazione della sua personalità e pone il concetto di dignità della persona come principio cardine del nostro ordinamento giuridico. Il tema relativo alla dignità dell'uomo appare strettamente connesso a quello della libertà personale, in quanto costituisce la base su cui si fondano, nonché la sintesi, di tutti i diritti inviolabili dell'uomo costituzionalmente tutelati. Non si tratta, tuttavia, di una disposizione

[29] A. PACE, voce *Libertà personale* (dir. cost.) in Enc. Dir., vol. XXIV, Milano, 1974, p.287.
[30] V. GREVI, *Libertà personale*, in Enciclopedia delle scienze sociali, 1996.
[31] P. CARETTI, *Libertà personale*, in Digesto delle discipline pubblicistiche, tomo IX, Torino, 1994, p.235.
[32] Cass., Sez. un., 10 ottobre 1987, Tumminelli, in *CED Cass*., n. 177102.
[33] P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p.111.

avente mero valore riassuntivo delle diverse tipologie di libertà tutelate dalla Costituzione, quanto piuttosto di una "clausola aperta" capace di farvi rientrare anche nuove libertà e valori nascenti nell'ordinamento e dunque di adeguarsi all'evoluzione sociale[34]. L'art.2 Cost., identificando nella dignità umana la base del sistema positivo, permette di affermare la «priorità logica e giuridica della libertà personale con riferimento ad ogni circostanza che possa metterla in gioco»[35]. Il riferimento a tale precetto normativo risulta altresì determinante nel dimostrare l'inadeguatezza del mero concetto di "libertà dagli arresti" al fine di comprendere appieno l'espansione della tutela costituzionale: tale disposizione, infatti, concepisce la libertà della persona non soltanto in una dimensione statica, ma anche dinamica, ricomprendendo sia la libertà fisica che quella morale. Solo la tutela di ambedue tali libertà consente infatti lo sviluppo della personalità dell'individuo, come enunciata nell'art.2 Cost[36]. Si evidenzia, pertanto, la necessità che la società si adoperi al fine di rendere effettiva questa tutela. Seguendo questo filo conduttore, secondo parte della dottrina, si giungerebbe all'affermazione di una fattispecie tutelata anche nella dimensione collettiva – sempre al fine di garantire il diritto al pieno sviluppo della persona – raccordando così anche il dovere di solidarietà richiesto ai cittadini da parte dello Stato[37]. In sintesi, quindi, la libertà personale si articolerebbe in due dimensioni fondamentali: da una parte la dimensione statica, ossia assenza di coercizioni senza una valida ragione – che si configura come un diritto individuale –; dall'altra, la dimensione dinamica, che integra il concetto di libertà con quello di sicurezza – considerati entrambi elementi essenziali per lo sviluppo della personalità e connotati da una dimensione collettiva –[38].

In conclusione, si ritiene, dunque, possibile, affermare che, il principio di libertà personale è oggi inteso in una prospettiva dinamica e complessa, proponente di una tutela generale e onnicomprensiva, che non si limita alla sola libertà fisica, ma include il rispetto della dignità della persona accompagnato dal divieto di

---

[34] A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in Aa. Vv. *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II, Tomo II, Torino, 2008, p. 6 e ss.
[35] G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p.370.
[36] A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, p. 98 e ss.
[37] A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale*, Milano, 1983, p.179.
[38] Si veda M. LUCIANI, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare: il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. III, Napoli, 2009, p. 1067

degradazione giuridica. Indipendentemente dall'effettiva espansione che può essergli riconosciuta, si tratta comunque di un concetto che non può essere definito artificiosamente e in maniera assoluta a priori: si configura come una fattispecie mutevole di contenuto in base a quelle che sono le esigenze che di volta in volta si manifestano all'interno del processo. In ogni caso, va riconosciuto a tale norma il merito di aver segnato un'indiscutibile svolta nella dialettica autorità – libertà nel processo in favore della seconda[39]: trattasi di una vera rivoluzione che impone che la limitazione del bene libertà, laddove necessaria nel rapporto con il secondo interesse fondamentale della dialettica in questione, sia parametrata al criterio illuminista della c.d. "stretta necessità"[40].

1.3 Le garanzie costituzionali poste a presidio del procedimento cautelare

Il punto di partenza deve essere individuato nell'analisi della normativa costituzionale posta a tutela della libertà personale dell'imputato in relazione ad eventuali restrizioni. Partiamo dal presupposto per cui la struttura interna dell'art.13 Cost., nei suoi primi tre commi, riesce efficacemente nel suo intento di esprimere i diversi livelli di garanzie della libertà personale, come definiti dalla tradizione storica. La solenne statuizione sancita al primo comma, a tal proposito, non rappresenta solo un'affermazione di principio, ma, al contrario, riveste un preciso significato normativo da molteplici punti di vista[41]. *In primis*, in quanto, ponendo in luce il requisito di inviolabilità, tale formulazione sancisce la regola, in materia di libertà personale, destinata a rimanere ferma ove non risulti espressamente derogata nelle forme previste dalla stessa Costituzione[42]. *In secundis*, assume rilievo essenziale il nesso tra la disposizione in esame e il principio di non colpevolezza sancito dall'art.27 Cost.[43]: come si avrà modo di approfondire più avanti, tale collegamento costituisce un criterio interpretativo chiaro e vincolante per gli organi deputati all'applicazione delle disposizioni legislative in materia di libertà personale. Infine, il rilievo dell'art.13 Cost. discende altresì dalla

[39] V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p. 20.
[40] G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p.374.
[41] Sul punto si veda G. RICCIO, A. DE CARO, S. MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale. Una rilettura della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 1991, pp. 229.
[42] V. GREVI, *Libertà personale*, in Enciclopedia delle scienze sociali, 1996.
[43] G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979.

constatazione per cui, ogni eventuale limite (sancito dalla legge) alla sfera della libertà personale, dovrà rispettare il criterio della "stretta necessità" e quindi essere coerentemente disciplinato in linea con l'esigenza del "sacrificio minimo" compatibile con la tutela degli altri valori ritenuti meritevoli di protezione[44]. L'inviolabilità, pertanto, costituisce il fondamento del c.d. *favor libertatis*, che impone all'interprete di individuare, tra più soluzioni esegetiche consentite da un testo normativo, quella che riduca al minimo il sacrificio per la libertà personale[45].

Premesse tali rilevanti constatazioni, si può notare come i limiti e le eventuali "compressioni" sin qui enunciate trovano espressione all'interno della stessa disposizione. Si può, pertanto, muovere dal presupposto per cui è la stessa Costituzione ad ammettere una deroga al principio di inviolabilità della libertà personale, all'interno del medesimo articolo 13, laddove al secondo comma consente una sua restrizione "per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge", e al quinto comma nomina espressamente la carcerazione preventiva. Questa disposizione rappresenta, quindi, una delle manifestazioni pratiche della situazione di conflitto, precedentemente analizzata, tra le due esigenze antitetiche, ma parimenti meritevoli di tutela. Si riafferma, dunque, il principio per cui limite fondamentale nel rapporto tra libertà e autorità nel processo è dato dal fatto che l'esercizio di un diritto non può mai essere sacrificato dinanzi altri valori che non siano costituzionalmente garantiti; viceversa, eventuali restrizioni possono intervenire solo in quanto giustificate dall'esigenza di tutela di altri diritti di pari rango e comunque nel rispetto di determinate regole procedurali[46]. Più nello specifico, per garantire la legittimità dell'applicazione dell'istituto cautelare (e la sua compatibilità con il sistema costituzionale) si deve guardare non tanto alla struttura o al contenuto della misura, quanto piuttosto ai presupposti della stessa e al fatto che siano rispettati i limiti desumibili dall'art.13 Cost.[47]

---

[44] M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, Milano, 3° ed., 1984, p.299 ss.
[45] Corte Cost., 18 luglio 1998, n.292
[46] A. GALATI – D. SIRACUSANO – G. TRANCHINA – E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 3° ed., 2018, p. 418.
[47] T.E. EPIDENDIO, *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, in *Dir. pen. cont.*, 21 novembre 2013, p. 13.

La tutela in esame, a tal proposito, si fonda su tre pilastri e presidi giuridici: *in primis* riserva assoluta di legge[48] e principio di giurisdizionalizzazione (art.13 commi 2 e 3 Cost.), per cui l'applicazione di misure restrittive della libertà personale è ammessa nei soli casi previsti dalla legge e legittimato a disporla (o a convalidare provvedimenti limitativi della libertà) è solo il giudice, con annessa motivazione che deve esplicare in modo puntale i motivi che si pongono alla base di tale limitazione; *in secundis* divieto di ogni tipo di "violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte restrizioni di libertà" (art.13 comma 4 Cost.); *in terzis* ricorribilità in Cassazione avverso tutti i "provvedimenti limitativi della libertà personale" (art.111 comma 7 Cost.). Tra i commi aventi contenuto "processuale", bisogna infine ricordare il quinto (e ultimo), il quale impone limiti massimi alla durata della carcerazione preventiva

Quanto al primo aspetto, comprendiamo che per ritenere la limitazione legittima, è necessario che vi sia una compiuta regolamentazione di ogni aspetto della stessa, per quanto concerne i presupposti, le finalità della restrizione, le tipologie delle misure, le procedure per la loro applicazione[49]. Regolamentazione che, tra l'altro, deve derivare dalla legge (o da altri atti ad essa equiparati), per come espressamente richiesto dalla previsione costituzionale: la riserva di legge, infatti, mira anzitutto a escludere che le misure restrittive della libertà personale possano venire disposte se non trovino base in un atto legislativo formale[50]. Di conseguenza, non saranno ammesse le fonti di rango inferiore, le quali non potrebbero legittimamente provvedere ad imporre compressioni di un bene così fondamentale, in deroga rispetto alla sua caratteristica dell'inviolabilità[51]. D'altra parte, in dottrina è sorto un dibattito circa la natura di riserva di legge meramente assoluta o anche rinforzata[52]: in ogni caso si ritiene che il termine "soli" (nella formula "soli casi e

[48] La riserva di legge si presenta nel codice come riserva di legge processuale codificata (art.272 c.p.p.: "le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo").
[49] V. GREVI, *Libertà personale*, in Enciclopedia delle scienze sociali, 1996.
[50] V. GREVI, *Libertà personale*, cit.
[51] M. RUOTOLO, Sub *art. 13 Cost*., in *Commentario alla Costituzione*, R. Bifulco,A. Celotto, M. Olivetti, (a cura di), vol. I, Milano, 2006, p. 325.
[52] Parte della dottrina ritiene che tale riserva debba ritenersi rinforzata, posto che le restrizioni della libertà personale possono essere effettuate solo per i fini previsti dalla Costituzione: si veda A. CERRI, voce *Libertà personale*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XIX, Roma, 1990, p. 10 e ss. L'indirizzo prevalente, tuttavia continua a sostenere che trattasi di una riserva assoluta di legge, ma

modi previsti dalla legge") sia sintomatico della *voluntas legis* di limitare la restrizione della libertà personale ad ipotesi eccezionali e tassative[53].

Relativamente al principio di giurisdizionalizzazione, la disposizione chiarisce che organo legittimato ad operare le limitazioni in esame sia solo il giudice. La riserva di giurisdizione, affiancata dall'obbligo di motivazione, assume così una valenza sostanziale[54]: elimina il rischio di possibili applicazioni di provvedimenti arbitrali, in quanto vincola e obbliga l'organo giurisdizionale ad indicare tutte la ragioni che hanno portato all'emissione del provvedimento limitativo della libertà personale. Il rischio è smentito dalla possibilità di effettuare un controllo successivo di legittimità sul provvedimento, che consenta di indagare il percorso logico seguito dal giudice. L'ambito soggetto fin qui delineato, sebbene *prima facie* appaia di agevole interpretazione, fa sorgere in realtà numerosi dubbi: l'espressione utilizzata dalla disposizione *de quo* "autorità giurisdizionale" ha dato luogo a non poche discrasie interpretative e vivaci dibattiti dottrinali, essendo da tempo oggetto di discussione se essa debba riferirsi esclusivamente al magistrato giudicante, o se sia ricompreso altresì il magistrato requirente. Dinanzi opinioni contrastanti della dottrina, non può non farsi riferimento, al fine di dirimere tale questione, all'art.111 comma 7 Cost., il quale enuncia il fondamentale principio di ricorribilità in Cassazione per violazione di legge avverso "tutti i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali". Tale disposizione consente di affermare che forme significative di limitazione della libertà personale possono essere disposte esclusivamente dal giudice e che gli organi del Pubblico Ministero non possano dunque ritenersi ricompresi tra quelli legittimati a adottare gli atti di cui all'art.13 commi 2 e 3 Cost., in quanto non giurisdizionali. Ragionando a contrario, sarebbe incongruo ritenere che i soli provvedimenti restrittivi emessi dal giudice possano essere impugnati, mentre quelli emessi dall'organo requirente risultino invece insuscettibili di impugnazione. Soluzione imposta anche sul piano letterale: delimitare la ricorribilità per

non rinforzata, per cui si lascia un certo margine al legislatore per individuare i motivi legittimati la limitazione della libertà personale: si veda A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, 2a ed., Padova, 1992, p. 189 e ss.

[53] M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 8° ed., Torino, 2019, p. 454.

[54] M. RUOTOLO, Sub *art. 13 Cost*., in *Commentario alla Costituzione*, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, (a cura di), vol. I, Milano, 2006, p. 329.

Cassazione ai provvedimenti restrittivi della libertà personale emessi soltanto dall'autorità giurisdizionale non può avere altro senso se non quello di sottintendere che l'unica autorità legittimata a pronunciarsi in materia sia quella giurisdizionale e non quella meramente giudiziaria[55]. A sostegno di tale tesi si sottolinea altresì «*la propensione del sistema costituzionale per l'affidamento di quel potere al giudice, cioè ad un organo assolutamente super partes, piuttosto che ad una "parte-imparziale" qual è il pubblico ministero*»[56]. Invero, un'ulteriore conferma di tale conclusione la si può rinvenire nell'inevitabile giurisdizionalizzazione del procedimento applicativo della misura cautelare: la necessità che la legge determini i casi e i modi della restrizione, unitamente all'obbligo di motivare l'atto coercitivo, conferma la preferibilità per il carattere giurisdizionale del procedimento attraverso cui si accerta la sussistenza dei presupposti legittimanti la limitazione della libertà personale[57]. Il dibattito, dunque, si conclude sottolineando che l'esigenza di giurisdizionalizzazione emerge più chiaramente dall'art.111 Cost. piuttosto che dall'art.13 Cost., e che il legislatore con tale previsione sembra aver stabilito la "necessaria giurisdizionalizzazione dei percorsi limitativi che più marcatamente incidono sul diritto garantito"[58].

L'art. 13 Cost. costituisce altresì, in modo più specifico rispetto alla generale limitazione della libertà personale, il pilastro per l'applicazione del regime detentivo prima della condanna, in quanto consente (implicitamente), al quinto comma, la carcerazione preventiva[59], facendovi espressamente riferimento (seppur al solo fine di imporre al legislatore la definizione dei tempi massimi della stessa). Vi è dunque la legittimazione dell'istituto della custodia cautelare, ma non vengono definite esplicitamente le finalità della stessa: entro tali confini si manifesta uno dei

[55] M. L. DI BITONTO, *Fondamenti di procedura penale*. A. Camon, C. Cesari, M. Daniele (a cura di), ed.4, Milano, 2023, p. 100.
[56] V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p.74.
[57] M. L. DI BITONTO, *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 100.
[58] A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale,* Napoli, 2000, p.196.
[59] Sul punto si veda M. L. DI BITONTO, *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 98, secondo cui, sebbene tale carcerazione preventiva sia la medesima applicabile nella vigenza del codice precedente, bisogna tenere i due istituti ben distinti: l'esplicito richiamo all'interno della Costituzione è «*funzionale a marcare una netta presa di distanza da esso, poiché fissare limiti massimi alla carcerazione preventiva equivale a escludere che i costi del processo penale gravino esclusivamente sulla persona nei cui confronti pende il procedimento». In altri termini, il carattere necessariamente provvisorio della misura «segna il superamento dell'idea inquisitoria secondo cui lo status detentionis dell'imputato rappresenterebbe l'ordinaria condizione della persona nei cui confronti si sta svolgendo un processo penale*»

più rilevanti problemi relativi all'applicazione delle misure cautelari. La questione che si pone, in termini concreti, è la seguente: quali ragioni possono legittimare la restrizione della libertà personale prima dell'irrevocabilità della sentenza definitiva?

1.4 Il c.d. "vuoto dei fini" dell'art.13 Cost.: evoluzione del dibattito sulla finalità della "custodia preventiva"

Il testo costituzionale, pur affermando il principio cardine di inviolabilità della libertà personale, presenta un'evidente lacuna: non precisa quali siano le finalità in virtù delle quali questa libertà può essere limitata[60]. In dottrina, tale criticità è stata definita con l'espressione "vuoto dei fini"[61], per sottolineare l'assenza in Costituzione di indicazioni precise relative alle finalità che legittimano la limitazione della libertà personale, consentita in via di principio dalla disposizione costituzionale. D'altra parte, è stato osservato come in realtà il reticolo costituzionale dica ben poco anche circa la finalità della pena detentiva e del sistema sanzionatorio in generale[62], fatta eccezione per l'indicazione ricavabile dal terzo comma dell'art.27 Cost. per cui le pene devono tendere alla rieducazione del condannato. La questione si presentava in termini ancora più critici nel passato, se si considera che fino al 1982 – con la legge istitutiva del tribunale del riesame – neanche all'interno del codice di procedura penale vi era la specificazione delle esigenze cautelari da porre alla base dei provvedimenti limitativi della libertà dell'imputato[63].

In questa prospettiva, risulta opportuno ricostruire brevemente l'evoluzione storica e culturale del dibattito sulle finalità della carcerazione preventiva, poiché il nucleo della questione varia in funzione della concezione del rapporto tra autorità statuale e individuo su cui si fonda il sistema processuale di riferimento.

---

[60] A. GALATI – D. SIRACUSANO – G. TRANCHINA – E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 3° ed., 2018, p. 417.
[61] Termine coniato da ELIA, in *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in G. Cost, 1964, p.951.
[62] F. PALAZZO, *La recedente legislazione penale*, Padova, 1985.
[63] G. ILLUMINATI, *La libertà personale*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, G. Conso (a cura di), Napoli, 2006, p.390.

Originariamente, le "operazioni cautelari" facevano perno su (vere o supposte) esigenze di altro tipo, come quelle ricollegabili allo scopo di tacitare un "allarme sociale" [64], nonché di assicurare la persona alla disponibilità degli inquirenti, al fine di sottoporla a coercizioni fisiche – ossia atti di tortura – finalizzate all'estorsione di una confessione. Tanto impensabili ad oggi, quanto vigenti all'epoca, erano anche esigenze di natura carceraria e penitenziale, intese quale proiezione di una misura irrogata esclusivamente in ragione della gravità dei reati per i quali si procede, secondo un'impostazione che finirebbe per assimilarla a una forma di pena straordinaria per cui l'imputato di colpe gravi doveva essere «posto subito in condizioni di mortificazione fisica e spirituale[65]»; ovvero ancora esigenze di tutela preventiva nei confronti di eventuali ritorsioni che la persona sottoposta a indagini potrebbe subire. Nella maggior parte dei casi finiva col risultare, dunque, prevalente, una funzione di vera e propria anticipazione dell'esecuzione della condanna, in vista della quale era persino logico che la giurisprudenza riconducesse direttamente la valutazione discrezionale del giudice ai parametri di graduazione della pena[66]. Tale concezione derivava principalmente da un diverso modo di concepire non solo la pena, ma anche la funzione della cattura preventiva: il processo penale veniva essenzialmente assimilato a quello di espiazione, ed in quest'ottica carcerazione, tortura e pena avevano una funzione ben precisa nel percorso volto più all'emenda, che ad un effettivo reinserimento nel contesto sociale[67].

Il modello sin qui delineato è stato oggetto, nel corso del tempo, di numerose critiche, *in primis* dal pensiero illuminista[68], seguito poi dalla dottrina liberale del 1800, la quale ha cercato di fornire concretezza al principio di c.d. "stretta necessità", richiamato dalla stessa al fine di circoscrivere al massimo i confini di

---

[64] M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, Vol. III, 1989, p.40
[65] FRISOLI, *Custodia preventiva*, in *Atti del Convegno nazionale di alcune fra le più urgenti riforme della procedura penale*, 1954, p.97 e ss.
[66] G. ILLUMINATI, *La libertà personale*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, G. Conso (a cura di), Napoli, 2006, p.390
[67] P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009.
[68] Esemplare a tal proposito BECCARIA, nei *Dei delitti e delle pene*, XIX, 48, in cui affermava che «*la strettezza della carcere non può essere che la necessaria o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti, ovvero per ottenere la disponibilità dell'imputato quando intimato legittimamente rifiutasse di comparire*».

un istituto che veniva tollerato, in termini di «ingiustizia necessaria [69] ». Nell'orientamento dominante presso la dottrina da ultimo citata, una posizione di supremazia era occupata da Carrara, il quale individuava quattro ragioni a fondamento della custodia preventiva[70] (possibilità di interrogare l'imputato ad ogni bisogno; raggiungere la verità impedendo all'imputato di intimidire testimoni o distruggere prove; impedire all'imputato, durante il processo, di continuare nei suoi delitti; assicurare l'esecuzione della pena evitando il pericolo di fuga). All'interno del medesimo orientamento di matrice liberale, tuttavia, spiccavano anche posizioni ancor più restrittive e libertarie, che muovevano dal principio per cui fino a definitiva condanna la giustizia "deve reputare l'incolpato innocente", e arrivavano alla conclusione per cui il carcere preventivo, essendo ingiusto, non fosse in linea di massima necessario[71]. Di contro, l'impostazione liberale fu invece fortemente contrastata dai positivisti, sostenitori dell'utilizzo smodale della carcerazione preventiva anche per scopi di tipo punitivo[72] (e tale orientamento fu, in parte, positivizzato all'interno del Codice Rocco): massimo risalto veniva dato, in particolar modo, allo scopo di prevenzione, sempre sul presupposto per cui l'imputato dovesse essere assimilato al colpevole[73]. Come affermato in precedenza, dopo una prima apertura verso l'attuale conformazione avvenuta con il codice del 1913, il legislatore fascista ha reintrodotto e ribadito la totale equiparazione tra imputato e condannato, svincolando, dunque, del tutto, il problema del vuoto dei fini da quello del trattamento processuale dell'imputato.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la questione relativa all'individuazione delle esigenze cautelari non fu risolta: sebbene l'art.13 Cost. abbia imposto che la legge stabilisse, in modo tassativo, i "casi e modi" della restrizione del diritto inviolabile, il codice di procedura penale dell'epoca non forniva alcuna indicazione in tal senso. Così a lungo la dottrina prevalente ha

---

[69] Celebre espressione pronunciata da F. G. CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, Lucca, 1874, p. 300.
[70] F. G. CARRARA, *op. ult. cit. p.,* 300.
[71] BENEVOLO, *Le riforme al codice di procedura penale. La carcerazione preventiva,* in Riv. Pen., 1892, XXXVI, p.5 ss.
[72] GAROFALO, *La detenzione preventiva*, in Scuola positiva, 1892, p.199: si riteneva che la carcerazione preventiva fosse una conseguenza ordinaria dell'avviata istruttoria, nonché mezzo di reazione immediato dell'autorità costituita rispetto al reato, idonea a placare il "pubblico allarme" o il "grave scandalo".
[73] LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, II, 1961, p.259.

continuato ad intendere la carcerazione preventiva come articolata nella tradizionale «*triplice prospettiva carrariana in rapporto alle esigenze di verità, di giustizia e di pubblica difesa*»[74] e risolveva l'intrinseca contraddizione derivante dalla possibilità stessa di una privazione della libertà precedente all'accertamento della colpevolezza appellandosi al principio di stretta necessità[75].

Era tuttavia pacifico – come rilevato anche da Crisafulli a dieci anni dall'entrata in vigore della Costituzione – che, l'individuazione delle finalità sottotese alla misura cautelare richiedesse una «interpretazione logico-sistemica che tenga in adeguata considerazione le altre norme costituzionali»[76]. Ne consegue, la necessità di riconoscere all'art.13 Cost. natura servente (*rectius*, funzione strumentale) rispetto alla tutela e al soddisfacimento di taluni interessi di rango costituzionale. Assume, a questo punto, una posizione di preminenza l'art.27 comma 2 Cost., in base al quale "l'imputato non è considerato colpevole sino a condanna definitiva": tale disposizione cristallizza il fondamentale principio della presunzione di non colpevolezza, da intendersi nella sua duplice accezione di regola di giudizio e regola di trattamento. Ne consegue, che la regolamentazione della libertà personale non può essere disgiunta da tale principio: «*ad onta di quanti ne affermano l'estraneità, esso rappresenta invece un cardine attorno al quale deve necessariamente ruotare l'intera disciplina dell'art.13 Cost, configurandosi al contempo come limite teleologico per tutte le misure restrittive che vi sono previste contra reum*»[77]. Ed è dunque nell'interconnessione tra le disposizioni di cui agli articoli 13 e 27 che si può (e si deve) individuare quanto necessario per colmare l'acclamato "vuoto dei fini" – nonostante parte della dottrina abbia invece sostenuto l'estraneità di tale principio alla problematica in esame[78] - a lungo sostenuto a causa di un approccio basato esclusivamente sull'analisi isolata della prima delle due norme.

---

[74] V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 34
[75] G. ILLUMINATI, *La libertà personale*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, G. Conso (a cura di), Napoli, 2006, p.391
[76] V. CRISAFULLI, *Libertà personale, Costituzione e passaporti*, in Arch. pen., 1955, p.117.
[77] V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, cit., 38
[78] MALINVERNI, *Applicazione provvisoria di pene accessorie e presunzione di innocenza dell'accusato*, in Giur. Cost., 1969, p.1123 e ss.; O. VANNINI – G. COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale italiano*, 1973, p.100.

***Segue*. L'art. 27, comma 2, Cost.: parametro teleologico e guida interpretativa per i fini della custodia cautelare**

Per comprendere appieno tale relazione, non si può, tuttavia, prescindere da un esame approfondito del principio costituzionale enunciato. Il principio di non colpevolezza rappresenta un pilastro essenziale del moderno sistema processuale penale, costituendo la tutela e l'antidoto più immediato all'errore giudiziario. Si configura come un principio fondamentale di civiltà e giustizia, esemplare di una scelta di valori che designano una tipologia di società in cui si vuole privilegiare e difendere la posizione dell'innocente dinanzi al collettivo interesse di repressione di reati[79]. Emblematico, a tal proposito, quanto affermato da autorevole dottrina secondo cui «*la presunzione di non colpevolezza dell'imputato trae la sua ragion d'essere da una elementare, ma incontrovertibile, verità: siamo tutti esposti al potere di punire, colpevoli o no*»[80]. Costituisce, dunque, una garanzia volta a rappresentare un orientamento legislativo fondamentalmente "liberale" nei confronti dell'imputato: a tale presunzione va riconosciuta una valenza assiomatica, posto che mira ad assicurare la preminenza di un interesse ritenuto primario, ossia la tutela dell'imputato dinanzi l'esercizio della potestà punitiva dello Stato[81]. Secondo la Corte costituzionale questa disposizione va interpretata nel senso che l'imputato non deve essere considerato né innocente, né colpevole, ma soltanto «imputato»[82]. Trattasi di un principio la cui introduzione ha rivestito un'importanza fondamentale, non solo in considerazione del concreto (e tradizionale) rischio di errore giudiziario, ma anche rispetto alla problematica concernente l'uso degli strumenti cautelari. Esso incide, inoltre, sulla concezione stessa della giustizia penale maturata nel tempo, spesso influenzata da istanze marcatamente giustizialiste, nonché sull'intrinseca valenza sanzionatoria che il processo penale tradizionalmente assume, spesso in contrasto con la sua funzione garantista.

[79] E' stato definito da F. CARRARA il «postulato da cui deve partire la scienza processuale penale» in *Il diritto penale e la procedura penale* (1873), in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Prato, 1881, p. 17.
[80] Così F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed. Milano, 2006, p.14.
[81] P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p.61.
[82] Corte Cost., 22 giugno 1972, n.124

L'estrema rilevanza di tale principio emerge altresì dalla presenza di esso all'interno di notevoli e molteplici testi internazionali: lo rinveniamo all'interno dell'art.11 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948[83], nonché nell'art.6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[84], ed infine nell'art.48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[85].

Dopo aver esaminato la portata sistematica e l'estrema rilevanza dell'introduzione del principio in questione, occorre ora soffermarsi sull'analisi del suo contenuto sostanziale e delle implicazioni che ne derivano sul piano applicativo: la presunzione di non colpevolezza, come in precedenza anticipato, si caratterizza per una polivalenza funzionale, in quanto rappresenta una regola di giudizio ed una regola di trattamento.

Quale regola di giudizio, cristallizza l'onere della prova della responsabilità penale in capo all'organo requirente, ponendo dunque su quest'ultimo il c.d. "rischio della mancata prova" e risolvendo l'eventualità dell'incertezza processuale in senso favorevole all'imputato (canone del "*in dubio pro reo*"[86]). Pertanto, qualora all'esito del procedimento residuino margini di incertezza – tali da precludere un giudizio di colpevolezza che vada oltre ogni ragionevole dubbio – il giudice è tenuto a pronunciarsi in senso assolutorio: in tal senso il precetto costituzionale opera come regola metodologica di valutazione, vincolante l'organo giudicante fin dall'inizio e lungo tutto l'arco del procedimento.

Quale regola di trattamento implica l'obbligo di astensione da ogni trattamento che assimili l'imputato al colpevole, sino all'emanazione di una sentenza irrevocabile: si tratta pertanto di un criterio regolatore dei rapporti tra l'autorità e l'individuo all'interno del processo, che implica, necessariamente, che la detenzione preventiva in nessun caso possa avere la funzione di anticipare la pena[87]. La presunzione in esame deve essere intesa come un elemento concettuale

---

[83] Art.11 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: "Ogni individuo accusato di un reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie necessarie per la sua difesa"
[84] Art.6 CEDU: ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata"
[85] Art.48 Carta di Nizza: "Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata"
[86] V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p.3.
[87] G. ILLUMINATI, *La presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 2.

cardine nell'individuazione dei confini costituzionali della libertà personale, configurandosi come un principio che integra in modo imprescindibile quello sancito, nel medesimo ambito, dall'art. 13 della Costituzione. La presunzione di innocenza come regola di trattamento, dunque, si riferisce alla condizione dell'imputato nel corso del processo[88]. Andando a ritroso al fine di individuare le origini della presunzione di innocenza, emergono rilevanti osservazioni sul punto già nell'era della scuola classica: lo stesso Beccaria affermava che un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione se non quando sia deciso che egli abbia violato i patti con i quali le fu accordata[89]. Il principio in esame troverebbe, quindi, il suo fondamento nel contratto sociale: la pubblica protezione è un elemento fondamentale del patto menzionato, per cui la libertà dell'imputato non può in alcun modo essergli tolta prima che il giudice abbia accertato la sua colpevolezza in via definitiva[90].

Tra le tematiche più problematiche e dibattute, nell'ambito del principio introdotto dall'art.27 comma 2 Cost, ve ne è una di tipo semantico. L'utilizzo da parte del legislatore del termine "non colpevole" rispetto al termine "innocente" rappresentò terreno fertile per una serie di autori-oppositori, i quali ravvisarono in ciò una sottospecie di margine di tolleranza, fornito dalla Costituzione, incompatibile con la presunzione di innocenza vera e propria, in grado di contemperare le varie esigenze che si manifestano nel processo. Secondo tale interpretazione, l'art.27 comma 2 Cost., enfatizzando la nozione di "non colpevolezza", avrebbe lasciato un margine per l'introduzione di misure restrittive della libertà personale dell'imputato, evitando la contraddizione logica che sembra comparire tra il principio di presunzione di innocenza e l'istituto di carcerazione preventiva. Dunque, il divario tra la formula "negativa" (non colpevolezza) assunta dalla Costituzione e quella "positiva" (innocenza) adottata invece dall'art.6 par.2 C.e.d.u. ha favorito soprattutto i detrattori della garanzia: nel tentativo di eludere una scomoda polemica dottrinale, il legislatore ha operato una scelta tecnicamente poco felice e ideologicamente ambigua[91]. Peraltro, occorre sottolineare che una

[88] G. ILLUMINATI, *op. ult. cit.,* p.2
[89] C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XVI Tortura, a cura di R. Fabietti, Milano, 1973, p. 39
[90] E. AMODIO, *La scuola positiva e il pensiero di Beccaria: un dissenso nascosto dietro la «venerazione riconoscente»*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2014, p. 2063.
[91] P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p. 55.

effettiva distinzione tra i due concetti non sembra essere stata accolta, soprattutto in quanto insistere su eventuali differenze applicative e concettuali, tra il postulato di "innocenza" e quello di "non colpevolezza", da luogo solo ad ulteriori problematiche: renderebbe necessario dimostrare che tra i due concetti vi sia uno intermedio tale da escludere una sovrapposizione tra i due. Dunque, questa "terza via" esegetica sarebbe da scartare, in virtù sia della sua inutilità (in quanto non aggiunge né toglie nulla al contenuto della previsione costituzionale) che della sua pericolosità (in quanto si presta a possibili strumentalizzazioni). Si tratta, quindi, di un semplice erroneo problema di natura meramente semantica[92]. A favore dell'equivalenza concettuale si pone altresì un'interpretazione orientata al rispetto dei principi sanciti dalla C.e.d.u., laddove nell'art.6 si fa espresso riferimento ad una presunzione di "innocenza". In definitiva, si può ragionevolmente ritenere che le due formule rappresentino semplici varianti linguistiche la cui distinzione dipenda esclusivamente da differenti contesti storico-culturali o da scelte lessicali, ma alla cui base vi sia il medesimo concetto. Non risulta infatti concepibile un *tertium genus* (rispetto ai concetti di colpevole e innocente) che consenta un diverso trattamento giustificato dall'autonoma valenza del concetto di "non colpevole".

Tema altresì delicato e rilevante concerne la durata della presunzione di non colpevolezza: la disposizione costituzionale, nel protrarla sino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, sembra sancire in modo inequivoco il termine conclusivo per l'esplicazione di tale garanzia, consistente, per l'appunto, nel passaggio in giudicato della sentenza. Da respingere, pertanto, una lettura meramente "psicologica" secondo cui la presunzione di non colpevolezza è una sorta di "grandezza variabile" suscettibile di modificarsi in funzione dell'evoluzione delle risultanze istruttorie o del progressivo consolidarsi del quadro indiziario[93]. Non si può, tuttavia, omettere di evidenziare che, d'altra parte, nella nostra cultura giuridica vi sono sostenitori del concetto della provvisoria esecuzione della condanna di primo grado, al fine di assicurare l'immediata applicazione della pena. Seguendo questo orientamento si avrebbe un'evidente compressione del limite temporale del divieto introdotto dalla disposizione in esame. Tesi, tuttavia,

[92] A. PASTA, *Lo scopo del processo e la tutela dell'innocente*. *La presunzione di non colpevolezza*, Archivio Penale n. 1/2018, p.12.
[93] P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p.90.

non accettabile, in quanto non appare plausibile affermare un distinguo tra i concetti di "condanna definitiva" e "condanna irrevocabile". Tale orientamento sembra trovare conferma sia da un'analisi della volontà costituente (in cui non emergono dati suscettibili di affermare tale distinzione), che da un raffronto con l'art.111 comma 7 Cost., il quale enuncia un principio generale – relativo alla ricorribilità per Cassazione avverso i provvedimenti limitativi della libertà personale – che deve essere coerentemente raccordato con il riferimento alla condanna definitiva contenuto nel disposto dell'art.27 comma 2 Cost.

Segue. Il superamento del vuoto dei fini: il raccordo funzionale tra l'art.13 e l'art.27 comma 2 Cost.

Rivolgendo dunque, nuovamente, l'analisi al delicato nesso tra le due disposizioni costituzionali, doverosa è la precisazione per cui tra l'istituto in esame e la carcerazione preventiva non vi è contraddizione logica (non avrebbe altrimenti senso l'esplicito riferimento ad essa contenuto all'interno dell'ultimo comma dell'art.13 Cost.). Piuttosto, i principi dettati dall'art.13 e dall'art.27 comma 2 Cost. integrano un «disegno programmatico ispirato a coerenza»[94], il cui raccordo deve essere individuato dall'interprete attraverso un'analisi sistematica. Più precisamente, occorre individuare il punto di equilibrio tra le secolari opposte esigenze (ossia autorità-libertà nel processo), al fine di verificare sulla base di quale *ratio* la presunzione di non colpevolezza risulta essere rispettata anche in presenza di misure restrittive della libertà personale in un momento antecedente la pronuncia della sentenza definitiva di condanna. La presunzione di non colpevolezza, pertanto, in materia cautelare assume rilievo quale regola di trattamento: l'imputato non deve essere equiparato al colpevole e sono, in ogni caso, escluse forme di anticipazione della pena[95]. L'affermazione dell'art.27 comma 2 Cost, si pone, dunque, come «*parametro di riscontro della legittimità costituzionale ai fini della carcerazione ante iudicatum, nel senso che non potrà ritenersi conforme a Costituzione che la libertà personale dell'imputato venga sacrificata sulla scorta*

[94] PISANI, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in Indice penale, 1970, p.189
[95] F. FALATO, *La presunzione di non colpevolezza, come regola di trattamento*, *influenza la predisposizione da parte del legislatore degli strumenti per un corretto uso delle cautele processuali*, in Cassazione penale, 2003, vol.9, p. 2730.

di premesse e per la tutela di interessi che ne presuppongano già accertata la colpevolezza»[96]. Posto che l'imputato deve essere considerato presunto "non colpevole" sino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, la sua libertà personale non può essere in alcun modo compromessa unicamente sulla base di una mera prognosi di colpevolezza formulata in assenza di un accertamento definitivo. Ne consegue che qualsiasi limitazione della libertà personale dovrà trovare fondamento in una motivazione distinta e autonoma, non riconducibile alla mera ipotesi di colpevolezza, finalizzata al soddisfacimento di esigenze strumentali al processo. La principale implicazione risiede nel fatto che, in particolare con riferimento alla misura della custodia cautelare in carcere, il suo impiego con finalità assimilabili a un'anticipazione della pena determinerebbe una totale equiparazione tra imputato e colpevole, risultando in evidente contrasto con il principio in esame. Analogamente, la carcerazione preventiva non può neppure perseguire l'obiettivo di sedare l'allarme sociale cagionato dal grave fatto di reato, in quanto anche in tal senso si avrebbe sovrapposizione tra le figure di imputato e colpevole[97]. La concezione dell'incarcerazione utilizzata come strumento sedativo delle ansie e dei timori suscitati dal reato appare insostenibile in un sistema processuale fondato sulla presunzione di non colpevolezza: bisogna evitare deviazioni basate su argomentazioni non giuridiche, ossia sul "bisogno di reità"[98], concetto che sembra riecheggiare il barbaro rituale del "capro espiatorio"[99]. Del resto, una siffatta giustificazione rischierebbe di condurre all'inaccettabile conseguenza di subordinare la decisione del giudice in merito alla privazione della libertà personale a fattori privi di razionalità giuridica, quali il livello di riprovazione sociale suscitato dal singolo fatto di reato.

Pertanto, il principio di non colpevolezza non si traduce nell'affermazione di un divieto assoluto rispetto qualsiasi forma di coercizione personale nei confronti del soggetto non ancora destinatario di una sentenza di condanna definitiva, bensì si configura come un vincolo affinchè tali misure siano adottate esclusivamente nel rispetto delle specifiche esigenze cautelari e non siano strumentalizzate per finalità

[96] V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 40 ss.
[97] V. GREVI, *op. ult. cit.p.42*
[98] L. LUCCHINI, *Il carcere preventivo*, Venezia, 1872, p. 319.
[99] Così V. GREVI, *op. ult. cit.p.43*

sanzionatorie o di anticipazione della pena. La regola di trattamento di cui all'art.27 comma 2 Cost. svolge, quindi, lo specifico ruolo di evitare che la misura cautelare sia adottata senza un adeguato supporto cognitivo. Si può, pertanto, individuare un rapporto di coesistenza necessaria tra le due fattispecie: come affermato da Paulesu, il principio di non colpevolezza opera sul terreno della libertà personale proprio perché esiste la custodia cautelare. La presunzione di non colpevolezza presuppone l'operatività di tale istituto e interviene quando le istanze di cautela si manifestano, così da circoscrivere l'attività del legislatore, prima, e dell'interprete, poi, all'interno di precise coordinate garantiste[100].

In definitiva, si evince come la presunzione di cui all'art.27 comma 2 Cost. svolga una funzione integrativa del contenuto finalistico "vuoto" dell'art.13 Cost, configurandosi, in un certo senso, come parametro teleologico di quest'ultimo[101]. Più precisamente, si ritiene che l'art.13 Cost., essendo «*norma di disciplina dei mezzi limitativi della libertà personale e, perciò, norma di carattere strutturale, doveva ricevere direzione finalistica dall'art.27 comma 2 Cost, che è norma nel complesso teologicamente orientata*»[102]. Il meccanismo logistico a cui si perviene, quindi, comporta che se l'imputato deve essere ritenuto non colpevole sino al definitivo accertamento della sua colpevolezza, ne discende l'incompatibilità costituzionale di qualsiasi procedura che lo consideri e lo tratti come se fosse già ritenuto responsabile del reato contestatogli. Il nucleo fondamentale della regola che consente di colmare il c.d. "vuoto dei fini" risiede pertanto nella condizione per cui le restrizioni di libertà che antecedono la pronuncia di condanna definitiva risultano compatibili con il dettato costituzionale solo e in quanto non si traducano in trattamenti che, di fatto, implichino un'illecita e implicita presunzione di colpevolezza. *Quid iuris*, qualsiasi finalità assegnata alla custodia cautelare che presupponga la responsabilità dell'imputato per il reato contestatogli si pone al di fuori dei limiti imposti dal quadro costituzionale.

Avendo dunque escluso che alla carcerazione preventiva possa attribuirsi una funzione di anticipazione della pena, il punto focale deve necessariamente

---

[100] P.P. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in Dig. disc. pen., vol. VIII, Torino, 1995, p. 680

[101] L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 23 ss.

[102] G. RICCIO – A. DE CARO – S. MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale. Una rilettura della giurisprudenza costituzionale* Napoli, 1991, p.232

spostarsi sulla dimensione processuale dell'istituto: le misure cautelari – a differenza della pena che è finalizzata alla rieducazione del condannato – mirano alla tutela del processo e del suo esito[103]. Come in passato sostenuto, la carcerazione preventiva è idonea ad assolvere nel processo una funzione di cautela strumentale (o processuale in senso stretto) ed una funzione di cautela finale[104]. Su tali premesse occorre verificare se la disciplina codicistica in materia di esigenze cautelari possa dar luogo a contrasti con il principio costituzionale di trattamento, ovvero se le finalità preposte dal legislatore alle restrizioni siano effettivamente compatibili con il principio di presunzione di non colpevolezza. Invero, proprio sulla capacità di differenziare la tutela cautelare da una pena anticipata si misura la legittimità delle varie esigenze che possono essere prospettate[105]. Il problema si concretizza, dunque, nel verificare la compatibilità delle funzioni sancite dall'art.274 c.p.p. con l'art.27 comma 2 Cost., nel suo aspetto di regola di trattamento dell'imputato durante il processo[106].

In primo luogo, per quanto concerne il pericolo di inquinamento probatorio enunciato dall'art.274, lett*. a)* c.p.p., è necessario interrogarsi sulla legittimità della limitazione di libertà personale finalizzata a garantire il buon andamento del processo, con particolare riguardo alla salvaguardia dell'integrità del materiale probatorio. Più nello specifico, si delinea una finalità di natura istruttoria che si articola in due esigenze in realtà concettualmente distinte: da un lato, prevenire eventuali condotte dell'imputato volte ad ostacolare il corretto svolgimento del procedimento – tramite indebita influenza sui testimoni, ovvero modifica dello stato di luoghi o cose –; dall'altro, garantire al giudice le condizioni ottimali per giungere ad un accertamento veritiero dei fatti. In quest'ottica, si ritiene che la fattispecie in questione sia legittima e conforme alla previsione costituzionale, in quanto non

[103] In maniera più specifica, il distinguo tra le due fattispecie viene rinvenuto, da parte di PAULESU in "*La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*" (p.122), in due diversi profili, ossia la durata e il fine. Quanto al primo punto si fa riferimento alla previsione costituzionale di cui all'art.13 comma 5 che impone al legislatore di definire i limiti massimi della carcerazione preventiva; quanto al secondo, va ravvisato, per l'appunto, sul piano teleologico, nell'analisi delle esigenze cautelari prospettate dal legislatore

[104] G. VASSALLI, *La riforma della custodia preventiva*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1954, p.330

[105] G. ILLUMINATI, *La libertà personale*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, G. Conso (a cura di), Napoli, 2006, p.392

[106] G. ILLUMINATI, *op. ult. cit.*

comporta un anticipato e indebito giudizio di colpevolezza[107]. In realtà, questa conclusione non è stata da tutti condivisa: parte della dottrina ha infatti sostenuto che la custodia preventiva giustificata dall'esigenza di evitare che l'imputato possa danneggiare il materiale probatorio, ostacolando dunque il processo dall'esterno, presupporrebbe un indebito giudizio di colpevolezza, in quanto alla base vi sarebbe la convinzione che l'imputato «*per dimostrarsi innocente abbia bisogno di alterare lo stato dei fatti, il che vuol dire, evidentemente, che è colpevole*»[108]. Secondo questo orientamento, la misura sarebbe legittima soltanto quando – laddove fosse necessario compiere degli atti aventi contenuto probatorio – si possa ragionevolmente temere che l'imputato possa darsi alla fuga. In quest'ottica, la restrizione sarebbe per l'appunto funzionale a porre l'imputato a disposizione dell'autorità giudiziale, allo scopo di procedere con il compimento degli atti istruttori prevenendo il rischio di una possibile fuga. Peraltro, la tesi esposta appare eccessivamente rigida e rigoristica: il timore che l'imputato possa adottare comportamenti volti ad inquinare le prove non implica di per sé necessariamente un'equiparazione con il concetto di colpevole. Al contrario, è stato più volte dimostrato – nella realtà processuale – che anche l'imputato non colpevole può essere indotto ad alterare il quadro probatorio al fine di autotutelarsi dinanzi un possibile errore giudiziario (per esempio laddove indiziato a torto per una serie di circostanze sfortunate)[109]. Pertanto, ogni qualvolta vi sia una restrizione della libertà personale dell'imputato al fine di prevenire il rischio di inquinamento probatorio, l'elemento di valutazione è esclusivamente la sua c.d. "pericolosità processuale"[110], la quale è posta su un piano di autonomia rispetto ad un giudizio anticipato di colpevolezza – proprio in quanto deve ammettersi che anche l'imputato non colpevole può subire un impulso avverso l'adulterazione delle prove, motivato dal semplice timore della sottoposizione a processo penale –. Questa conclusione, relativa alla pericolosità dell'imputato quale presupposto della sua custodia, è stata adottata anche dalla Corte costituzionale in una celebre pronuncia del 1970[111]. Un'ulteriore precisazione risulta doverosa: quanto detto vale

[107] A. PACE, voce *Libertà personale* (dir. cost.) in Enc. Dir., vol. XXIV, Milano, 1974, p.78.
[108] G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967 p.377.
[109] V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato,* in Enc, dir. vol. XXIV, Milano, 1974, p.337.
[110] V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 57 ss.
[111] C. cost. 4 maggio 1970, n.64

solo a condizione che la carcerazione preventiva non sia utilizzata al fine di indurre l'imputato a rilasciare una confessione, né tantomeno (come più volte accaduto in tempi passati) ad accusare altri, offrendo una sorta di scambio tra la liberazione e l'altrui accusa. I distorti usi dell'istituto in passato hanno spinto, infatti, il legislatore – con L.8 agosto 1955, n.332 – a prevedere esplicitamente all'interno della disposizione in esame che le situazioni di pericolo di inquinamento probatorio non possono essere rinvenute né nel rifiuto dell'imputato a collaborare (ossia di "rendere dichiarazioni"), né nella mancata ammissione dei fatti che gli vengono contestati.

La seconda esigenza cautelare, prevista dall'art.274 comma 1 lett. *b)* c.p.p., concerne il rischio che l'imputato possa darsi alla fuga. In questo caso viene quindi meno la pericolosità processuale: ciò che viene effettivamente tutelato è il pericolo che l'imputato si sottragga all'esecuzione dell'eventuale condanna. A tal proposito, emerge chiaramente come un simile timore possa giustificarsi solo sulla supposizione che l'imputato debba essere condannato (altrimenti non avrebbe senso la prospettiva che costui possa fuggire al fine di sottrarsi alla relativa esecuzione). Alla luce di tale ricostruzione, evidente sembrerebbe il contrasto con il principio della presunzione di non colpevolezza, poiché alla misura cautelare viene attribuita la funzione di assicurare la corretta esecuzione di una pena, la cui irrogazione non è stata ancora definitivamente disposta[112]. D'altra parte, si possono evidenziare delle ragioni che smentiscono questa (presunta) assoluta incompatibilità, o che, perlomeno, giustificano, in termini generali, l'esigenza cautelare prospettata dal legislatore. In primo luogo, sarebbe inverosimile escludere a priori qualsiasi remoto collegamento tra le misure cautelari e l'eventuale condanna, essendo quest'ultima in ogni caso uno degli eventuali esiti processuali ipotizzabili. Seguendo tale considerazione, è evidente che il punto nodale non consiste nell'impedire ogni valutazione di probabile colpevolezza da parte del giudice, bensì nell'evitare che, sulla scorta di quella unica valutazione prognostica, venga assegnata alla custodia cautelare una valenza sanzionatoria e, conseguentemente, aggirato il divieto di

[112] G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p.380

punire l'imputato prima della condanna definitiva, imposto dalla presunzione di non colpevolezza[113].

In secondo luogo, si ritiene che la ricostruzione dell'esigenza cautelare in esame nei termini suddetti non presupponga necessariamente un'equiparazione in via assoluta tra la figura di imputato e quella di colpevole (che darebbe vita ad un totale contrasto con il principio costituzionale). Ciò che viene in rilievo è piuttosto l'accertamento di un pericolo di fuga dell'imputato: dinanzi tale pericolo, la misura cautelare restrittiva si giustifica non già perché lo si presuma colpevole, bensì perché, non essendo consentito allo stato degli atti di escludere che possa esserlo, si tende a garantire in ogni caso il risultato del processo, ivi compresa l'ipotesi più sfavorevole per il giudicando[114].

Alla luce di queste considerazioni, deve riconoscersi la validità e la configurabilità di tale custodia, pur evidenziandone la delicata posizione di equilibrio tra il rispetto dei principi costituzionali e il rischio di illegittimità. Ne consegue la necessità di dotare di particolare precauzione la sua concreta applicazione, soprattutto per quanto riguarda la valutazione del pericolo: dovrà trattarsi di un pericolo effettivo, fondato su un'elevata probabilità di fuga dell'imputato durante l'accertamento processuale, la quale, tra l'altro non può essere desunta dalla gravità del reato per il quale sia stata formulata imputazione, né tantomeno dal livello di offensività o dal bene giuridicamente protetto. La valutazione da compiere dovrà quindi includere un rigoroso esame della consistenza degli indizi a carico, nonché, naturalmente, della probabilità di applicazione della pena detentiva in conclusione dell'accertamento processuale. Un altro elemento da tenere in considerazione si ritiene essere altresì quello temporale, relativamente al momento di progressione del procedimento: autorevole dottrina sostiene infatti che la misura possa essere applicata solo nei confronti dell'imputato, e non dell'indagato[115]. Una tale riflessione deriva anche dalla sussunzione per cui solo in una fase avanzata del processo (ossia al termine delle indagini preliminari)

[113] P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 129, e in questi termini anche G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1976, 46
[114] V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 61
[115] In questo senso PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza* cit., 131, ma anche V. GREVI, voce *Libertà personale dell'imputato*, in Enciclopedia del Diritto, vol. XXIV, Milano, 1974, p.333

è possibile ritenere di avere una piena contezza degli elementi cognitivi[116]. Viceversa, nella fase iniziale, la custodia sarebbe giustificabile solo in vista del rischio che l'imputato possa frustrare le necessità istruttorie – ipotesi che rientrerebbe piuttosto nella prima delle esigenze cautelari analizzate –. Pertanto, solo in ossequio al raggiungimento di un ampio quadro probatorio a sfavore dell'imputato può divenire rilevante l'esigenza di prevenire il rischio che costui eluda l'eventuale esecuzione della pena.

L'ultima delle esigenze cautelari designate dalla disposizione codicistica consiste nella c.d. "profilassi criminale", ossia nel pericolo di reiterazione del reato (art.274 comma 1 *lett.c)* c.p.p.). Quest'ultima, in quanto esigenza extraprocessuale di tipo special-preventivo, risulta essere altresì la fattispecie maggiormente sottoposta a criticità in relazione al profilo di legittimità costituzionale, in quanto assegna alla misura cautelare una «*finalità di prevenzione immediata della commissione di altri delitti da parte del prevenuto*»[117]. Si rimanda, per una disamina più completa del tema, al terzo capitolo, ma si anticipa che la criticità di fondo, è rappresentata da un ineludibile ed insopprimibile contrasto che si presenta con il principio di cui all'art.27 comma 2 Cost.[118]: se la misura della carcerazione preventiva viene applicata sulla base di un giudizio prognostico di recidiva, è evidente che si dia per scontato la colpevolezza dell'imputato all'interno del procedimento pendente. La privazione della libertà personale viene in tal modo intesa come rimedio contro la temuta pericolosità dell'imputato, ma la relativa valutazione di pericolosità trova il suo normale fondamento nell'ipotesi che l'imputato sia colpevole del reato che gli è attribuito (si teme, cioè, che avendo già delinquito possa delinquere ancora)[119]. L'obiettivo di prevenzione sociale risulta essere intrinsecamente connesso a una valutazione preventiva della responsabilità penale e non può essere separato da essa: esiste un inoppugnabile legame causale tra la previsione di colpevolezza e quella di pericolosità. Ciò risulta ancor di più evidenziato dall'assunto per cui «*la prevenzione speciale, al pari di quella*

[116] G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p.380
[117] G. VASSALLI, *La riforma*, cit.,319.
[118] G. DI CHIARA, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, G. Fiandaca – G. Di Chiara (a cura di), Napoli, 2003, p. 325.
[119] V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p.47.

generale, è funzione tipica della pena assieme alla funzione rieducativa indicata dalla Costituzione: se non è ammissibile, alla luce della presunzione di innocenza, l'anticipazione di un trattamento esemplare o rieducativo, allo stesso modo si deve escludere che la cattura possa essere disposta per prevenire la responsabilità dell'imputato»[120]. Il contrasto evidenziato non può attenuarsi neanche ribadendo la necessità di fondare il giudizio di pericolosità su riscontri concreti e concretamente verificabili. Né tantomeno il legislatore è riuscito a rendere il contrasto meno aspro con gli interventi (del 1995 e del 2015) che hanno portato alla specificazione di parametri oggettivi e soggettivi[121] su cui debba essere fondata la prognosi di pericolosità. In definitiva la fattispecie relativa alla profilassi criminale fa persistere innumerevoli dubbi relativi alla compatibilità con il principio di presunzione di non colpevolezza, tanto da rendere auspicabile un intervento legislativo a riguardo. Pur essendo indubbiamente ragionevole che un imputato pericoloso non possa essere lasciato libero sino alla conclusione del processo, tale obiettivo non può essere perseguito per il tramite dello strumento della custodia cautelare, pena la distorsione del processo stesso, la cui funzione consiste nell'accertare un fatto di reato già verificatosi, non impedire che se ne verifichi un altro. Piuttosto, la soluzione dovrebbe passare per l'ottimizzazione dei tempi processuali (vista la lungaggine dei processi all'interno del nostro Stato).

D'altra parte, di fronte uno Stato che tende ad anticipare sempre più la soglia del suo intervento nel settore penale orientandosi in maniera sempre più massiccia a contrastare la criminalità organizzata sul più redditizio (in chiave di difesa sociale) terreno della profilassi, e quindi prima ed al di fuori del processo – potrebbe apparire oggi ancor meno giustificabile l'impiego in chiave preventiva di un istituto processuale, come la custodia cautelare, che è destinato ad incidere negativamente su valori costituzionali di notevole spessore[122].

---

[120] G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1976, 43

[121] Si fa riferimento alla formula utilizzata dall'art.274 comma 1 *lett. c)* c.p.p., la quale richiede di fondare il giudizio relativo al concreto e attuale pericolo che l'imputato commetta altri delitti sulle "specifiche modalità e circostanze del fatto" e sulla "personalità della persona, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali".

[122] P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 139

2. La tutela della libertà personale nel diritto sovranazionale

Il diritto alla libertà personale, così come declinato all'interno del nostro ordinamento, trova ampio riconoscimento anche a livello sovranazionale all'interno delle principali Carte internazionali dei diritti umani: si fa riferimento alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, al Patto internazionale sui diritti civili e politici e alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Ognuna di queste celeberrime Carte, riconosce e garantisce il diritto in questione come fondamentale e, in particolar modo, lo tutela avverso forme arbitrarie di restrizione o privazione (specie in ambito cautelare).

Prima di procedere con l'analisi delle singole normative menzionate, si rende opportuna una precisazione di natura concettuale, utile per comprendere le formulazioni che verranno esaminate: nel panorama internazionale, frequentemente si riscontra l'affermazione di un nesso consequenziale intercorrente tra due distinti principi, ossia libertà e sicurezza. Quest'ultima sembrerebbe, in talune circostanze, rivestire un ruolo prevalentemente strumentale, configurandosi come presupposto indefettibile al fine di assicurare e consentire ai cittadini il pieno esercizio delle proprie libertà. Si comprende, dunque, l'effettivo collegamento che intercorre tra i due concetti: essi non si pongono in contrasto tra loro (come talvolta, in passato, è stato erroneamente ritenuto), bensì operano nella medesima direzione – di talché sarebbe erroneo supporre che dall'imposizione di una più intensa limitazione della libertà possa derivare, positivamente, un incremento della sicurezza –. Pertanto, si comprende come nell'ambito sovranazionale, i concetti di libertà e sicurezza si pongono come elementi essenziali di un unico diritto, e in quanto tali non suscettibili di arbitraria separazione, costituendo i termini di un'endiadi[123]. L'impiego dei due vocaboli all'interno della C.e.d.u, inoltre, si giustifica con la consuetudine, sia in inglese sia francese, di ricorrere in materia di libertà personale all'uso delle locuzioni *personal freedoom and security* e *droit à la sureté individuelle*[124]. In tal senso, il richiamo al valore della libertà andrebbe inteso nella sua accezione tradizionale di libertà fisica della persona[125], mentre il riferimento

[123] O. MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea*, in *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, M. G. Coppetta (a cura di), Torino, 2005, p.47
[124] G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p.20, nota 36
[125] Corte Edu, sez. V, 23 aprile 2015, Francois c. Francia, § 47

alla sicurezza serve a rafforzare la regola, già desumibile dalla precedente nozion, secondo cui la detenzione non può mai risultare arbitraria[126].

La disamina delle singole normative avrà inizio dall'ultima delle fonti summenzionate: la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo sancisce espressamente, all'interno dell'art.3, che "ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona". Analogamente, la medesima affermazione trova espressione altresì all'interno della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza), il cui articolo 6 dispone che "ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza". Trattasi, in ambedue le formulazioni, di un'affermazione di principio, in cui si denota la consequenzialità sovraesposta tra i principi di libertà e sicurezza, tra loro fortemente interconnessi[127]. Accanto alla generale formulazione contenuta all'interno dell'art.3 il legislatore ha posto delle disposizioni più specifiche – pur sempre riferite alla libertà personale, seppur intesa in senso lato – tra cui si rinviene il divieto di sottoposizione di (qualsiasi) individuo a: trattamenti inumani o degradanti (art. 5), a forme di arresto o detenzione arbitrarie (art. 9), nonché ad interferenze arbitrarie nell'ambito della propria privata ovvero a lesioni dell'onore o della reputazione (art. 12)[128]. Degno di nota risulta altresì l'art.11, il quale enuncia il principio della presunzione di innocenza (si utilizza, quindi, una diversa formulazione semantica rispetto a quanto affermato all'interno della Costituzione italiana – la quale, come precedentemente evidenziato, utilizza la locuzione "non colpevolezza").

Su diverso fronte, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo *in primis* enuncia, all'interno dell'art.1, l'obbligo generale di riconoscere i diritti e le libertà pronunciate nel titolo I della Convenzione a ogni persona che sia sottoposta alla giurisdizione dei medesimi: trattasi di una disposizione di carattere generale insuscettibile di una violazione autonoma[129]. Nello specifico, riconosce poi il diritto dell'individuo alla libertà personale all'interno dell'art.5, il quale, dopo aver esordito con "Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza", declina tale

[126] Fra le altre, Corte Edu, sez. IV, 20 novembre 2010, Hadjuova c. Slovacchia, § 54
[127] Così DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi,* in AA.VV., *Trattato di procedura penale,* diretto da SPANGHER, vol. II, tomo II, 2008, p.31.
[128] RUOTOLO, Sub. *Art. 13 Cost.,* in BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione,* I, Torino, 2008, p.338
[129] Corte Edu, grande camera, 22 marzo 2001, Streletz, Kessler e Krenz c. Germania, §112

fattispecie per il tramite dell'affermazione "Nessuno può essere privato della libertà se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge". I "casi" sono dunque sanciti dalla medesima disposizione (lett. *a-f*) – da interpretare in maniera restrittiva, benché le singole deroghe non abbiano carattere alternativo [130] - ; i "modi" richiedono invece una normativizzazione legislativa statale. Si evince che l'obiettivo centrale dell'art.5 C.e.d.u. è rappresentato dall'effettiva tutela degli individui dall'esercizio arbitrario del potere di limitare un diritto di primaria importanza (in una società democratica) quale la libertà personale[131]: per questa ragione, qualsiasi restrizione di essa è considerata legittima sol se rientrante nei casi espressamente previsti dall'elenco normativo. La giurisprudenza ha affermato che il rilievo che assume nell'ottica convenzionale il diritto alla libertà e alla sicurezza è tale che nemmeno la volontaria costituzione in carcere di un individuo dispenserebbe l'autorità competente dall'obbligo di verificare la legalità della privazione della libertà personale[132]. Nel novero di tali ipotesi derogatorie sancite in via tassativa, rientra esplicitamente la privazione della libertà personale per fini cautelari: una previsione in tal senso emerge, infatti, nella lettera *c),* seppur con una formulazione particolarmente incerta che da luogo a non pochi dubbi interpretativi[133], ossia "se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso". Nonostante la poca chiarezza, la *ratio* della norma esprime la regola secondo cui ogni limitazione della libertà deve, in ogni caso. essere giustificata dalla "necessità". Questa norma si pone dunque l'obiettivo di evidenziare espressamente la relazione di stretta necessità che deve intercorrere tra la limitazione della libertà personale e la sussistenza di un'esigenza cautelare, individuata nell'ambito del pericolo di reiterazione del reato e nel pericolo di fuga.

---

[130] G. UBERTIS, F. VIGANÒ, *Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p.139.
[131] G. UBERTIS, F. VIGANÒ, *op. ult. cit.* p.137.
[132] Corte Edu, 18 giugno 1971, De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio, § 65
[133] Viene definita come la «*previsione che presenta probabilmente la formulazone più sfortunata dell'intera Convenzione*» da M. GIANLUZ, *sub art.5*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, S. Bartole e altri (a cura di), Padova, 2012, p.124.

Ne consegue la non compatibilità con la Convenzione di qualsiasi automatismo (normativo o prasseologico) che faccia discendere l'applicazione di una misura *de libertate* dalla sola esistenza degli indizi di colpevolezza, il quale si risolverebbe in un inammissibile uso dello strumento cautelare in funzione di anticipazione della pena[134]. Nella prospettiva convenzionale, pertanto, la privazione della libertà personale risulta condizionata dal rispetto di un «*doppio livello di legalità, interna ed internazionale*[135]». Ne consegue, in primo luogo, che tutti i provvedimenti assunti dall'autorità procedente in tema di libertà personale dovranno essere conformi alle regole processuali e sostanziali contenute in una legge preesistente[136]. Al contempo però, l'osservanza del diritto interno non è una garanzia di per sé sufficiente di legalità, poiché l'eventuale violazione della libertà personale potrebbe trovare fondamento in una legislazione nazionale inadeguata rispetto alla protezione effettiva dei diritti individuali[137]. La verifica che verrà svolta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in quest'ambito, dunque, riguarderà un duplice giudizio: *in primis*, dovrà vagliare la conformità della limitazione al principio di legalità espresso dalla normativa interna statale; *in secundis*, la legittimità in considerazione del suddetto "principio di necessità", secondo cui la detenzione potrà trovare giustificazione solo in presenza di esigenze specifiche[138].

Doverosa è la riflessione (di cui si è fatto cenno prima) relativa all'endiadi libertà personale-sicurezza: nella disposizione in esame tali enunciazioni sono evidentemente poste in modo da confluire all'interno di un unico principio. Ne consegue una sorta di riserva di legge "rafforzata", la quale dovrà tenere in considerazione la sostanza della previsione convenzionale in relazione ad entrambi i concetti, con riferimento sia ai "casi" che ai "modi" che legittimano la restrizione di libertà. Tale riserva di legge rende ancor più manifesto il senso della libertà personale come diritto conculcabile soltanto in presenza di una "necessità"

---

[134] F. VARONE, *La difesa nel procedimento cautelare personale*, Milano, 2012,19

[135] O. MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea*, in *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, M. G. Coppetta (a cura di), Torino, 2005, p.50

[136] Corte Edu, Sez. II, sent. 8 febbraio 2011, Seferovic c. Italia, § 37 (sintetizzata in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, p.754-755)

[137] G. UBERTIS, F. VIGANÒ, *Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p.138

[138] Cfr. G. UBERTIS, F. VIGANÒ, *op. ult. cit.,* secondo cui anche se l'autorità nazionale ha interpretato correttamente il diritto interno, la Corte europea deve compiere un'indagine sui contenuti e sulla congruità della legge nazionale rispetto ai principi costituzionali.

superiore corrispondente al rispetto della libertà e della sicurezza di ognuno[139]. Dunque, l'obbligo che impone la sussistenza di proporzionalità con le esigenze da soddisfare in concreto, implica e racchiude in sé non solo il "modo" in cui viene posta in essere la restrizione, bensì anche la cautela in sé: le esigenze in questione non possono che essere, quindi, individuate che in relazione al corretto svolgimento del processo – essendo l'unica effettiva necessità emergente dalla disposizione sovranazionale, quella del "procedere" –. In altri termini, la detenzione *ante iudicium* deve rispettare il secondo requisito del test di proporzionalità[140], in modo tale da risultare necessaria in base alle circostanze del caso concreto.

Tornando, dunque, all'analisi della previsione di cui all'art.5 C.e.d.u. lett.c), essa risulta individuare tre diverse basi per l'arresto o la detenzione: a) che vi siano ragioni di sospetto circa la commissione di un reato; b) che vi sia necessità di impedire la commissione di un reato laddove vi siano fondati motivi per ritenere possibile tale evenienza; c) che vi sia necessità di impedire la fuga dell'individuo dopo la commissione di un reato. Quanto al primo punto, bisogna però evidenziare che le "ragioni di sospetto" menzionate non devono essere confuse e ritenute alternative rispetto alle due esigenze cautelari menzionate, ossia la prevenzione della commissione di un reato e il pericolo di fuga. È stata, infatti, la stessa Corte europea, a sottolineare che il *fumus commissi delicti*[141] – quale presupposto imprescindibile – deve necessariamente precedere (temporalmente parlando) la sussistenza delle esigenze cautelari[142]. I principi evidenziati hanno consentito in molteplici occasioni la Corte europea di sindacare la non conformità delle legislazioni nazionali con i principi sanciti dalla Convenzione (con riferimento ai

[139] S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, G. SPANGHER E C. SANTORIELLO (a cura di), Torino, 2009, p.9
[140] F. ZACCHÈ, *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, Milano, 2018, p.57-58
[141] Per quanto riguarda le ragioni plausibili di sospetto, la stessa Corte (sez. I, sent. 15 ottobre 2020, Myasnik Malkhasyan c. Armenia) ha affermato che vanno individuate nell'esistenza di informazioni capaci di indurre in un osservatore obiettivo il convincimento che la persona colpita dal provvedimento privativo della libertà personale possa aver commesso il reato per cui si procede.
[142] Corte Edu, 22 febbraio 1989, Ciulla c. Italia, § 38.

casi concreti che siano stati sottoposti al suo vaglio), affermando altresì l'insufficienza dei soli indizi di colpevolezza per legittimare la misura[143].

La tutela dell'individuo difronte il possibile arbitrio del potere statale viene, inoltre, garantita tramite ulteriori previsioni, poste a salvaguardia di chi ne subisce gli effetti nei casi autorizzati, in modo da consentirgli di far valere i suoi diritti, specialmente tramite un controllo successivo di legittimità. Tra questi diritti, si annovera *in primis* la previsione di cui al secondo paragrafo dell'art.5 C.e.d.u., che sancisce il diritto dell'individuo ad avere pronta conoscenza dei motivi che hanno portato alla limitazione della propria libertà personale: "ogni persona arrestata deve essere informata al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico". Trattasi di una "garanzia elementare", considerato che «*ogni persona arrestata deve sapere perché*[144]». Nello specifico, si ritiene che tale previsione delinei «tre prospettive di tutela: una di carattere sostanziale, la seconda di tipo formale e la terza di ordine temporale[145]». Sotto il primo profilo si fa riferimento all'oggetto della comunicazione: al soggetto andranno forniti dati informativi mirati non soltanto alla definizione della *regiudicanda*, quanto a rendere effettivamente possibile davanti al giudice la discussione relativa alla legittimità dell'arresto (in altri termini, occorre che il soggetto sia edotto sia dell'infrazione ascritta, che degli specifici elementi giustificatori della privazione di libertà)[146]. Quanto al secondo elemento, si fa riferimento alla necessarietà per cui il contenuto informativo sia comunicato in una lingua conosciuta dalla persona *in vinculis*[147]. Infine, il terzo elemento esprime l'obbligatorietà della tempestività dell'informazione: essa non deve essere contestuale all'arresto, ma non può essere ritardata per più di qualche ora[148].

---

[143] Si veda ad esempio la decisione della Corte eur. Dir. Uomo 6 giugno 2000, Cesky c. Repubblica Ceca, con la quale ha affermato "se l'esistenza di un interesse pubblico di intensità tale da controbilanciare il diritto alla libertà, come presupposto della misura cautelare, può certamente risiedere nell'esistenza di un ragionevole sospetto di colpevolezza nei confronti dell'arrestato, ciò, in mancanza di un'altra esigenza, non può essere sufficiente a legittimare la detenzione."

[144] Corte Edu, 30 agosto 1990, Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito, § 40

[145] G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, p.108

[146] G. UBERTIS, *op. ult. cit.*

[147] A tal proposito, tuttavia, la Corte europea (sez. III, 26 maggio 2005, Parlanti c. Germania) ritiene che non gravi sull'autorità procedente l'obbligo di verificare la lingua effettivamente conosciuta dal soggetto, né quello di fornire un'informazione scritta.

[148] Corte Edu, 28 ottobre 1994, Murray c. Regno Unito, § 72

Ancor più rilevante risulta essere il terzo paragrafo, il quale introduce uno specifico collegamento con la previsione di cui alla lettera *c)* – tale per cui queste due previsioni necessitano di essere lette in combinato disposto al fine di avere una migliore comprensione della fattispecie -: "Ogni persona arrestata o detenuta, conformemente alle condizioni previste dal paragrafo 1 c del presente articolo, deve essere tradotta al più presto davanti a un giudice o a un altro magistrato autorizzato a esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura. La scarcerazione può essere subordinata a garanzie che assicurino la comparizione dell'interessato all'udienza". Scopo di tale precetto è tanto di impedire che un individuo venga privato della sua libertà personale sulla base di decisioni arbitrarie, quanto garantire il suo rilascio immediato nelle ipotesi in cui il mantenimento dello *status custodiae* risultasse irragionevole[149]. L'affermazione relativa al diritto di esser giudicato in stato di libertà evidenzia, ancora una volta, come nell'ottica della C.e.d.u. la custodia in carcere debba sempre rappresentare l'*extrema ratio*. Inoltre, la Corte ha in più occasioni chiarito il principio per cui il trascorrere del tempo affievolisce la rilevanza degli elementi che hanno giustificato l'adozione della misura cautelare (prospettiva diametralmente opposta rispetto alla prassi del nostro diritto interno, laddove, invece, il protrarsi del tempo viene ritenuto dalla giurisprudenza un fattore irrilevante ai fini della modifica del quadro cautelare). Il controllo giudiziale, pertanto, deve essere connotato da automaticità e celerità, in modo tale da garantire alle persone detenute o private della libertà in condizioni di vulnerabilità o di minorata difesa una tutela effettiva contro eventuali torture o maltrattamenti[150].

Ancora, il paragrafo successivo sancisce il diritto di presentare un ricorso affinchè un tribunale possa valutare, anche in tal caso entro un breve termine, la legittimità del provvedimento applicativo della misura – ed eventualmente ordinare l'immediata scarcerazione laddove la stessa risulti illegittima –. Il controllo giudiziale in tal caso, a differenza di quello contemplato nel paragrafo precedente, viene azionato dall'interessato ed ha portata autonoma, dato che non va

[149] G. UBERTIS, F. VIGANÒ, *Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p.158
[150] Corte Edu, grande camera, 29 aprile 1999, TW c. Malta, § 43

riconosciuto solo per i casi di violazione dell'art.5 comma i lett.c Cedu[151]: l'oggetto del ricorso si risolve in un controllo sua sulla legalità che sulla regolarità della detenzione[152].

Infine, l'ultimo paragrafo della disposizione in esame sancisce il diritto alla riparazione per il pregiudizio subito nelle ipotesi in cui la privazione della libertà si sia rivelata illegittima. Tale disposizione impone ai singoli ordinamenti di disporre di uno strumento di ricorso effettivo, caratterizzato da un sufficiente grado di certezza in ordine alla sua accessibilità e da ragionevoli *chances* di successo[153]. Sotto questo profilo, l'Italia ha subito molteplici condanne da parte della corte di Strasburgo a causa della negazione di riparazione in favore dell'imputato sottoposto a misura coercitiva oltre i limiti di durata massima di custodia e di mancata osservanza dei termini di cui al quarto comma dell'art.5 C.e.d.u.[154]

Il panorama di tutele offerto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo si completa con la disposizione prevista all'art.6 secondo paragrafo, ove viene enunciato il principio della presunzione di innocenza: "Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata". Come avviene in ambito nazionale, anche qui tale regola, intesa come regola di trattamento dell'imputato, non esclude la compatibilità con misure limitative della libertà personale: opererà l'art.5 C.e.d.u. che condiziona l'adozione di misure cautelari al canone di legalità circa presupposti e modi tassativamente previsti[155]. La formulazione offerta dalla fonte sovranazionale appare più ampia rispetto a quella prevista dalla nostra Carta costituzionale, in virtù dell'esplicito riferimento al concetto di "innocenza", a discapito della mera "non colpevolezza". D'altra parte, come sottolineato nel precedente sotto-capitolo, tale distinzione non sembra portare con sé alcuna differenza effettiva, se non dal punto di vista meramente semantico. Viceversa, la disposizione italiana sembra avere un'ampiezza maggiore per quanto concerne il limite temporale: nel testo in esame

[151] Corte Edu, sez. II, 28 ottobre 2003, Rakevich c. Russia, § 44.
[152] M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001, p.201.
[153] Cfr. E. ZANETTI, *La riparazione dell'ingiusta custodia cautelare. Aspetti sistematici e questione applicative*, Padova, 2002, p.62 ss.
[154] Tra le altre, Corte EDU, sez. III, 9 giugno 2005, Picaro c. Italia, § 82 ss.
[155] In tal senso, G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, p.95-96

si fa riferimento solo all'"accertamento della colpevolezza", rispetto al prospettivo raggiungimento della definitività tramite il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, richiesto dall'art.27 comma 2 Cost. La locuzione contenuta all'interno della disposizione sovranazionale sembra coincidere con un'interpretazione restrittiva (prospettata altresì nel nostro ordinamento), che fa riferimento alla sentenza di primo grado.

In termini sostanzialmente omogenei alla tutela offerta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si esprime il Patto internazionale dei diritti civili e politici, laddove all'art.9 riconosce espressamente il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona. Anche in tal caso, dunque, vi è un'associazione tra queste due fattispecie (libertà e sicurezza), le quali, lungi dall'essere considerate come due diritti distinti, vengono ricondotte al medesimo ambito di tutela[156]. Il paragrafo 4 della medesima disposizione contiene altresì un riferimento esplicito alla detenzione provvisoria prima del giudizio; tuttavia, diversamente dalle altre fonti fin qui analizzate, in quest'ambito sembra esservi una chiara distinzione tra tale misura e la sanzione penale legittimamente applicata al termine del processo. Tale distinzione emerge in particolar modo dall'art.10 § 2 lett.a), il quale indica espressamente che gli imputati debbano essere separati dai condannati e sottoposti ad un diverso trattamento, consono alla loro condizione di persone non condannate. D'altra parte, l'articolo 9 risulta meno specifico rispetto alle altre fonti, in quanto non contiene alcun riferimento relativo alle ipotesi nei quali arresto o detenzione siano considerati legittimi: si limita a prevedere che nessuno possa essere privato della propria se non "per i motivi e secondo la procedura prevista dalla legge". Infine, anche nella Carta in esame troviamo l'esplicazione della presunzione di innocenza (negli stessi limiti individuati dalla C.e.d.u.), all'interno dell'art.14 § 2.

Spostando l'attenzione sul fronte comunitario[157], ineludibile è il riferimento all'art.6 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), articolato in termini omogenei rispetto all'art.5 C.e.d.u.: "Ogni individuo

[156] DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi,* in AA.VV., *Trattato di procedura penale,* diretto da SPANGHER, vol. II, tomo II, 2008, p.31

[157] In realtà, nell'ambito comunitario, la tutela della libertà personale discende *in primis* dall'imposizione dell'obbligo, per l'Unione europea, di osservare i diritti fondamentali garantiti dalla C.e.d.u. e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri (art.6 § 2 TUE, come da ultimo modificato)

ha diritto alla libertà e alla sicurezza". Al diritto così come configurato (in cui, ancora una volta, trova espressione l'endiadi analizzata *supra*), deve conformarsi la normativa unionale nella definizione di disposizioni minime comuni in materia sostanziale e penale (ai sensi degli articoli 82, 83 e 85 TFUE). Sebbene inizialmente la Carta di Nizza avesse una valenza meramente politica – pur essendo stata da sempre un punto di riferimento essenziale per l'attività delle istituzioni comunitarie e dei giudici europei[158] -, essa ha assunto la connotazione di Carta dei diritti fondamentali dell'UE, e dunque il medesimo valore giuridico dei trattati istitutivi, per il tramite del Trattato di Lisbona (entrato in vigore nel dicembre 2009).

In conclusione, si comprende come il diritto alla libertà personale assume un valore fondamentale in tutte le Carte internazionali e sovranazionali, le quali hanno altresì una determinante e sempre maggiore valenza all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, condizionando, indefettibilmente, le scelte del nostro legislatore anche nell'ambito della materia in esame. I profili coinvolti dalle previsioni analizzate, inoltre, non riguardano solo il riconoscimento del principio in quanto tale, bensì si espandono fino a ricomprendere molteplici altri aspetti (in particolar modo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo): ossia i presupposti applicativi (con riferimento alla gravità indiziaria e le esigenze cautelari); il diritto a conoscere l'accusa (che contempla anche i diritti linguistici); le modalità della restrizione (sotto questo punto di vista i giudici di Strasburgo sono stati chiamati soprattutto ad affrontare il problema del sovraffollamento carcerario – questione particolarmente attinente al panorama italiano –); la durata; i controlli al fine di verificare la legittimità della misura; la riparazione (consistente nel diritto all'indennizzo in caso di detenzione illegittima).

L'analisi effettuata, evidenzia, quindi, ancora una volta, il ruolo imprescindibile della libertà personale quale diritto inviolabile, la cui comprensione è consentita solo in casi eccezionali e nel rispetto di rigorosi criteri. Analisi che appare, inoltre, doverosa e indefettibile, considerando l'evidente collisione tra libertà personale e tema cautelare: la custodia cautelare dell'indiziato è senza dubbio l'istituto più discusso in tema di privazione della libertà personale, nel quale

[158] RUOTOLO, Sub. *Art. 13 Cost.,* in BIFUICO-CELOTTO-OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione,* I, Torino, 2008, p.341

ciascuno Stato misura «la qualità garantista della giurisdizione penale[159]». Le disposizioni esaminate costituiscono, infatti, un corpus normativo di riferimento che impone agli Stati aderenti di conformare il proprio sistema cautelare agli elevati standard di tutela dei diritti fondamentali. L'efficacia del sistema di giustizia penale dipende, infatti, anche dalla capacità di bilanciare le esigenze di tutela della collettività con la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo, parimenti nel solco delle garanzie stabilite dagli strumenti internazionali di protezione dei diritti umani.

3. Principio di legalità cautelare

La vicenda cautelare, così come il processo stesso, può essere intesa come una fattispecie a formazione progressiva: essa si presenta, per lo più, come il risultato della somma di più fatti interconnessi, per cui non è possibile soffermarsi esclusivamente sul singolo atto processuale istitutivo della misura[160]. La fattispecie processuale in esame deve essere concepita, piuttosto, come l'insieme organico di atti e circostanze espressivi di un potere legittimamente esercitato e orientato al perseguimento di una finalità determinata. In quest'ottica, la vicenda risulta, dunque, composta da più momenti interdipendenti, legati in una concatenazione logica, ove ciò che viene prima e ciò che viene dopo rappresentano una vera e propria progressione funzionale. Alla luce di tali osservazioni, si comprende l'importanza di guardare alla vicenda cautelare nel suo complesso, prima di analizzare gli specifici aspetti singolarmente delineati dalle disposizioni regolatrici della fattispecie.

Nell'ambito di tale articolata disciplina, riveste un ruolo di primaria importanza il c.d. "principio di legalità cautelare", collocato in apertura delle disposizioni sulle misure cautelari all'interno del codice di procedura penale, il quale rappresenta una specifica declinazione del più ampio principio di legalità che permea l'intero ordinamento giuridico. Invero, sebbene l'art.13 della Costituzione sancisca, al secondo comma, in termini univoci, una riserva di legge in materia di disciplina degli strumenti idonei ad incidere sulla libertà individuale (come già

[159] Così G. ZACCARO, in *Introduzione atti del Convegno "Misure cautelari e libertà personali*", in Questione Giustizia, 2014, p.4
[160] G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p.121

evidenziato nel § 1), il sottosistema normativo cautelare esordisce con una rinnovata enunciazione di tale principio. L'art.272, anche se a termini invertiti[161] rispetto alla precedente disposizione di rango costituzionale, afferma «Le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo» (i.e.: il titolo I del libro IV, ossia, alle condizioni fissate dagli artt. da 273 a 315). Tale riaffermazione si connota come testimonianza di adesione dell'ordinamento a certi valori, al fine si sottolineare la portata "antiautoritaria" della riforma[162]. La disposizione in esame porta con sé tre rilevanti asserzioni: innanzitutto, il riconoscimento dell'eccezionalità del provvedimento restrittivo della libertà personale (il quale non può considerarsi in alcun modo fisiologicamente connesso alla vicenda processuale penale); in secondo luogo, ne deriva il collegamento con i principi di legalità e di tassatività (in forza dei quali la restrizione delle libertà potrà essere disposta solo nei limiti in cui sia consentita dalla legge e solo nei casi in cui questa la preveda); infine, ne consegue il carattere discrezionale del provvedimento del giudice, sciolto da meccanismi automatici e suscettibile, invece, di una valutazione da effettuarsi caso per caso con conseguente onere rafforzato - da ultimo ex l. n. 47/2015 - di motivazione[163].

Frequentemente si evidenzia una peculiarità nella formulazione semantica adottata dal codice di rito: la disposizione in esame enuncia una garanzia in termini "positivi", diversamente dalle Carte fondamentali dei diritti, le quali la formulano invece in chiave "negativa". Tale impostazione sembrerebbe generare una certa ambiguità interpretativa, la quale lascerebbe «ancora piuttosto in ombra quel rapporto di regola ed eccezione che sempre dovrebbe presiedere alla definizione dei confini tra il diritto alla libertà e le sue restrizioni»[164]. Tuttavia, tale distinzione, in realtà, sembra avere una portata solo marginale, assumendo rilievo principalmente sotto un profilo meramente espositivo: sarebbe sufficiente prendere in considerazione la disciplina costituzionale, per comprendere come di fatto la disposizione di cui all'art.272 appare in realtà *icto otuli* inutile, non portando con

[161] Si veda S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, G. SPANGHER E C. SANTORIELLO (a cura di), Torino, 2009, p.15.
[162] M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1989, Vol. III, p. 24.
[163] G. SPANGHER, A. GIARDA, *Codice di procedura penale commentato*, Tomo II, Milano, 2023, p.1.
[164] V. GREVI, *Misure cautelari*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XX, 1996, p.3.

sé alcuna *consecutio* giuridicamente vincolante. In relazione alle disposizioni fondamentali, tale norma appare, di fatto, superflua e priva di contenuto sostanziale. D'altro canto, è possibile individuare all'interno della norma de qua, perlomeno tre distinzioni, in grado di conferirle specifica valenza autonoma, rispetto ai corrispondenti richiami di matrice costituzionale e sovranazionale. *In primis*, nel testo della disposizione (come altresì nel titolo della rubrica), si utilizza il generico plurale "le libertà" (a discapito della formula al singolare utilizzata dall'art.13 Cost.) [165] : da ciò ne consegue l'immediata estensione dell'ambito di applicazione della garanzia in esame a tutte le cautele personali. Saranno ricomprese, dunque, non soltanto quelle propriamente coercitive, bensì anche quelle interdittive, le quali non incidono direttamente sulla libertà personale fisicamente intesa, quanto piuttosto su taluni diritti e facoltà della persona. Ciò conduce ad un «significativo allargamento degli strumenti e delle garanzie a presidio di beni e valori diversi da quelli "tradizionali" della libertà fisica»[166]. *In secundis*, si è affermato in dottrina, che il chiaro riferimento a specifiche disposizioni (piuttosto che alla legge in generale) manifesta l'intenzione di dare una portata in via di principio esaustiva alla disciplina codicistica, secondo lo schema delle regole di tassatività. Ne consegue che la restrizione delle libertà potrà essere disposta solo nel rispetto del duplice limite dei "presupposti legittimanti" – ossia i casi in cui la legge lo preveda – nonché della dinamica esplicativa del potere cautelare – concernente i modi del suo esercizio come da essa indicati – [167]. L'enunciato citato si estende fino a sostenere che l'effettiva funzione della norma consista nell'impedire alla legislazione "speciale" di introdurre delle cautele personali extracodicistiche in deroga al quadro normativo delineato dagli artt.273 ss. del codice di rito, il quale si configurerebbe come una sorta di diritto comune in materia. Tale affermazione, tuttavia, non sembra essere del tutto condivisibile. Ciò si evince dal fatto che la normativa in questione conserva pur sempre il rango di legge ordinaria, e, in quanto tale, può essere legittimamente modificata o superata

[165] Cfr. S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, G. SPANGHER E C. SANTORIELLO (a cura di), Torino, 2009, p.15, nonché M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1989, Vol. III, p. 25

[166] G. SPANGHER, A. GIARDA, *Codice di procedura penale commentato*, Tomo II, Milano, 2023, p.2

[167] M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1989, Vol. III, p. 24

da una legge successiva di pari rango. Nulla impedisce, dunque, al legislatore di introdurre una normativa extracodicistica in deroga a quanto stabilito dal codice di procedura penale, purché nel rispetto dei principi sanciti dalla Costituzione e dalle fonti internazionali[168]. D'altra parte, si è sostenuto, a sostegno della rilevanza e del peso normativo della disposizione in esame, che la stessa faccia "*tabula rasa*" di ogni preesistente regime speciale in materia di cautele processuali penali, e, per il futuro, impone comunque, ad eventuali interventi legislativi, di manifestare espressamente la volontà derogatoria, in quanto, per ogni altro aspetto non "coperto" da una deroga espressa si dovrà procedere a norma di quanto prescritto dal codice[169].

In terzis, si ritiene che il suddetto riferimento "alle libertà "comporterebbe che la misura cautelare di volta in volta applicata potrà comprimere solo quell'aspetto della libertà personale – o quella singola libertà facente parte, quale elemento del tutto, dell'unica e onnicomprensiva sfera soggettiva comprendente tutte le libertà della persona – che, per espresso dettato codicistico, è strutturalmente destinata a restringere, e nei limiti in cui l'esigenza cautelare ne giustifichi l'imposizione[170]. Il che significa, ad esempio, che nel caso di custodia cautelare in carcere, essa non potrà essere attuata secondo modalità estremamente stringenti al punto da minare non solo la libertà della persona ma anche la sua salute psichica (tanto da costringerne la volontà). Tale conclusione trova conferma anche nel disposto dell'art.277 c.p.p., il quale afferma che le modalità di esecuzione delle misure devono, in ogni caso, salvaguardare i diritti della persona ad essa sottoposta.

Alla luce di quanto detto, sempre nell'ottica di rinvenire un'effettiva funzionalità della disposizione di cui all'art.272 c.p.p. (a discapito dell'affermazione della sua inutilità dinanzi al medesimo principio costituzionale), risulta opportuno soffermarsi sui casi in cui sia stata prospettata una violazione della stessa. Si tratta sostanzialmente di due ipotesi: applicazione congiunta di diverse

[168] A ben vedere, un'ipotesi derogatoria in tal senso è stata già introdotta dal legislatore con il d.lgs.231/2001, con il quale, nell'ambito della responsabilità penale delle persone giuridiche, è stato delineato un sistema normativo di misure cautelari del tutto indipendente rispetto alla disciplina in esame (si pensi alle misure interdittive, le quali differiscono del tutto quanto a casi e procedimento applicativo).
[169] M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1989, Vol. III, p. 25
[170] F. VARONE, *La difesa nel procedimento cautelare personale*, Milano, 2012, 27

misure cautelari (per quanto concerne i "casi"); destinazione dell'imputato ai circuiti di carcerazione differenziata (per quanto riguarda i "modi")[171]. Entrambe le fattispecie, e dunque la loro eventuale configurazione quale violazione della disposizione in esame, traggono origine principalmente dall'utilizzo del plurale "le libertà", il quale, come precedentemente evidenziato, impone limiti rigorosamente definiti entro i quali deve necessariamente avvenire l'esecuzione della misura cautelare.

Quanto al primo punto, vi sono state delle pronunce, in passato, che sostenevano l'applicabilità di diverse misure cautelari in forma congiunta, sebbene tale ipotesi cumulativa sia consentita dalla legge solo in alcuni casi specifici: si riteneva che, non essendovi un'espressa esclusione, fosse legittima l'applicazione congiunta, laddove fosse prospettata la relativa necessità fin dall'inizio. Questa tendenza è stata arginata dall'intervento delle Sezioni Unite[172], secondo le quali, in ossequio al principio di legalità e tassatività delle misure cautelari personali sancito dall'art.272 c.p.p., l'applicazione cumulativa nei confronti di un medesimo soggetto di diverse misure cautelari può essere disposta solo nei casi espressamente previsti dalla legge (ossia nelle ipotesi previste dagli articoli 276 comma 1 e 307 comma 1-bis c.p.p.). Pertanto, in assenza di previsione espressa non sono ammissibili né prescrizioni aggiuntive non previste dalle disposizioni regolatrici delle singole misure, né l'applicazione congiunta di distinte misure, seppur omogenee e tra loro astrattamente compatibili.

Per quanto concerne la seconda fattispecie, il problema della destinazione dell'imputato "*in vinculis*" ai circuiti di carcerazione differenziata (disciplinati dall'art.41-*bis* ord. penit.), è stato da sempre risolto negativamente dalla giurisprudenza, nonostante trattasi di un'evidente violazione dell'art.272 c.p.p., in quanto misura cautelare certamente atipica[173]. Siffatto trattamento, destinato ai detenuti più pericolosi, integra un'autentica modalità di esplicazione della pena, un'ulteriore ipotesi coercitiva rispetto a quelle già disciplinate dal codice. Le

[171] S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, G. SPANGHER E C. SANTORIELLO (a cura di), Torino, 2009, p.16
[172] Cass. Sez. Un., 30 maggio 2006, n.29907, La Stella, in Giur. It., 2007, p.2567
[173] Sul punto si veda FIORIO, *Giusto processo e fenomenologia della detenzione,* in *Sanzioni e protagonisti del processo penale,* (a cura di) CERQUETTI-FIORIO, Padova, 2004, p. 172.

modalità di esecuzione nascondono chiaramente una finalità punitiva ed afflittiva estranea alla misura cautelare[174]: la compressione fino all'annullamento delle libertà di comunicazione e riservatezza, la limitazione estrema di ogni contatto con l'ambiente esterno, nonché della permanenza all'aperto, ed ancora le stringenti forme di pressione che limitano la libertà di autodeterminazione del soggetto, sono indubbiamente al di fuori dei limiti e delle previsioni delineate dall'art.285 c.p.p. Alla luce di tale osservazione, appare evidente che le suddette modalità si configurino come "aggiuntive"[175] rispetto alla misura della custodia cautelare, e in quanto tali, dovrebbero essere ricomprese nel divieto sancito dal principio di tassatività di cui all'art.272 c.p.p., risultando, pertanto, del tutto illegittime ai sensi di tale disposizione[176]. La compatibilità della custodia cautelare con il regime speciale disciplinato dall'art.41-*bis* ord. penit. non può essere rinvenuta nel coordinamento della norma di garanzia con le specifiche disposizioni e necessità dell'ordinamento penitenziario: il rinvio integrale a queste ultime si tradurrebbe in una manifesta violazione dell'art.272 c.p.p., il quale impone che l'individuazione della misura cautelare più adeguata al caso concreto avvenga esclusivamente nell'ambito di quelle espressamente previste dal codice di rito. D'altronde, trattasi di una problematica che può emergere, in realtà, esclusivamente nell'ambito della custodia cautelare in carcere, in quanto le restanti misure (previste dagli articoli 281-284 c.p.p.) presentano una struttura rigidamente vincolata. Da ciò discende che non possa ritenersi ammissibile l'assunto per cui, nel solo caso della misura custodiale, le modalità di esecuzione possano essere determinate globalmente dall'Autorità amministrativa.

Un ulteriore elemento da prendere in considerazione nell'esaminare il principio di legalità cautelare, risulta essere il divieto di automatismi e la discrezionalità del giudice. La stringente normativa fin qui analizzata, volta a delimitare l'ambito applicativo delle misure cautelari a ipotesi tassativamente previste, ha come obiettivo primario la limitazione e circoscrizione, nella misura più ampia possibile, della discrezionalità inevitabilmente riconosciuta al giudice

[174] B. BOTTI, *Riforma del 41-bis, il fine non sempre giustifica i mezzi*, in Dir. e Giust.,2003, p. 9
[175] S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, G. SPANGHER E C. SANTORIELLO (a cura di), Torino, 2009, p.19
[176] Così DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi,* in AA.VV., *Trattato di procedura penale,* diretto da SPANGHER, vol. II, tomo II, 2008, p.37

nell'adozione di tali misure. Nondimeno, sembra più corretto parlare di "discrezionalità vincolata", essendo, quest'ultimo, tenuto a compiere una valutazione concreta e approfondita su tutti i fatti e le condizioni cui la legge subordina l'applicazione di una misura cautelare, senza potersi affidare a meccanismi automatici di determinazione[177]. Il divieto di automaticità della misura si ricava dal testo della disposizione, laddove, l'art.272 c.p.p., afferma che le libertà personali "*possono*" essere limitate con misure cautelari: ciò fa sorgere un potere-dovere del giudice di applicare la misura richiesta, se sussistenti i presupposti richiesti dal legislatore [178] . Tale ragionamento conduce ad evidenziare e comprendere l'effettivo *modus decidendi* che dovrà essere intrapreso dal giudice: costui, avendo valutato l'effettiva sussistenza dei requisiti legislativamente prefissati, è consequenzialmente tenuto a decidere se applicare o meno la misura richiesta, scegliendo, altresì, quella più adeguata al caso di specie. In tale percorso, dunque, non vi è traccia di automatismo (neanche in presenza dei presupposti richiesti dalla legge): la scelta dell'organo giudicante dovrà essere vincolata dai principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio possibile. Tale discrezionalità vincolata dovrà persistere non solo nel momento decisionale relativo all'applicazione della misura, bensì durante tutto il periodo di esplicazione della stessa, essendo quest'ultima necessariamente provvisoria. Bisogna, infatti, sempre tener a mente l'eccezionalità del procedimento cautelare nell'ambito del processo penale: la vicenda cautelare rappresenta, infatti, un "momento di crisi", in quanto comporta, fisiologicamente, la compressione di determinati diritti fondamentali dell'individuo, la quale, consequenzialmente, è incompatibile con una connotazione di normalità all'interno del processo. Alla luce di ciò, rivestono importanza fondamentale i mezzi di impugnazione previsti dal legislatore avverso le misure cautelari applicate dal giudice, ossia il riesame e l'appello, i quali consentiranno un'ulteriore valutazione circa l'effettiva indifferibilità e proporzionalità della compressione dei suddetti diritti al fronte delle esigenze prospettate dall'organo requirente. Tornando sul punto, comprendiamo come temporaneità e provvisorietà costituiscono, indubbiamente, corollari irrinunciabili

[177] In questo senso G. SPANGHER, *sub art. 272*, in *Codice di procedura penale commentato*, A. GIARDA, G. SPANGHER. (a cura di) IV ed., Milano, 2010, p.2817
[178] A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, ed. 10, Milano, 2007, p. 689

del principio di eccezionalità: tali caratteristiche ne definiscono il contenuto, precludendo la sua riduzione alla mera individuazione delle ipotesi di restrizione coercitiva o interdittiva applicabili; esse permeano l'intera vicenda cautelare dal suo esordio sino all'epilogo, assicurando l'effettività operatività del canone di eccezionalità.

Infine, una considerazione imprescindibile nell'analisi del tema in esame, riguarda la necessaria strumentalità della situazione determinata dall'adozione della misura cautelare: essa si risolve in un principio coessenziale al concetto di tutela, in considerazione del diritto fondamentale sottostante. Frequentemente si è soliti ritenere che la strumentalità abbia a che fare soltanto con la provvisorietà: la cautela personale nel processo implicherebbe necessariamente un evolversi nel tempo, per cui «si appalesa la necessità di stabilire una continuità tra la situazione iniziale e la situazione finale, attraverso la creazione di una serie di situazioni intermedie»[179]. D'altra parte, una considerazione in tal senso appare eccessivamente limitante, in quanto non coglie la peculiarità dell'oggetto di tutela nell'ambito della cautela personale nel corso del processo, in relazione sia alla libertà che risulta essere effettivamente compressa, che all'esigenza cautelare legittimante. Viceversa, si sostiene che la strumentalità della cautela personale debba rivestire un autonomo spazio all'interno della teoria della cautela: la presunzione di non colpevolezza, infatti, contribuisce a qualificare il principio di strumentalità anche in senso oggettivo, per cui la privazione della libertà personale non solo non deve essere in alcun modo configurabile come un'anticipazione della pena, bensì non deve altresì oltrepassare i limiti di quanto necessario all'ordinario procedere, i cui ambiti sono segnati da quanto l'imputato possa fare per recare un danno al processo[180].

Nonostante l'enunciazione di tali lodevoli principi, sembra comunque di dover concludere l'esame del principio di legalità cautelare con l'osservazione per cui, ad oggi, esigenze non propriamente riferibili a situazioni processuali da tutelare

[179] G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953, p.27
[180] S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, G. SPANGHER E C. SANTORIELLO (a cura di), Torino, 2009, p.13

continuino a dilatare la possibilità di comprimere le libertà personali oltre quanto espressamente ammesso dal principio stesso di cautela personale[181].

4. Presupposti applicativi. I gravi indizi di colpevolezza.

Subito dopo l'enunciazione del principio di legalità, la disciplina codicistica delle cautele prosegue, in maniera coerente, secondo una logica consequenziale, con la specifica indicazione delle condizioni generali cui è subordinata la legittima adozione di misure limitative della libertà personale. L'ancoraggio rigoroso e inderogabile dei criteri di legittimazione ed esercizio del potere cautelare – in linea con i principi costituzionali e sovranazionali – costituisce, infatti, un corollario diretto del principio di legalità. L'assunzione di qualsiasi misura cautelare esige, in primo luogo, la presenza di una "fattispecie cautelare", la quale si compone di due aspetti: il *fumus commissi delicti*, che funge da presupposto probatorio, e il *periculum libertatis*, il quale svolge la funzione di presupposto cautelare e senza il quale non sarebbe possibile giustificare la restrizione alla libertà, tenuto conto della presunzione di non colpevolezza sancita dall'art.27 comma 2 Cost.

La prima disposizione a fornire indicazioni in tal senso è l'art.273 c.p.p., il quale pone due fondamentali condizioni[182]: al primo comma richiede l'esistenza di gravi indizi di colpevolezza; al secondo comma dispone che nessuna misura possa essere applicata se risulta che 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 della pena, che si ritiene possa essere applicata. Il secondo capoverso si pone come obiettivo quello di evitare la compromissione delle libertà laddove risultino fatti tali da giustificare una condotta che sarebbe altrimenti illecita, ovvero che possano comunque escludere la punibilità in concreto. Si può notare come il legislatore abbia cercato di prendere in considerazione qualsiasi tipologia di situazione in presenza della quale si possa ipotizzare la mancata applicazione di

[181] Un esempio di tale scenario è sicuramente rappresentato dalla destinazione del custodito nei circuiti di massima sicurezza di cui si è accennato precedentemente, il quale dimostra una chiara frustrazione del concetto di cautela.

[182] Per una disamina completa cfr. CHIAVARIO, *sub art.272 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1990, p.28 ss.; FERRAIOLI, *Misure cautelari*, in Enc. Giur., XX, Roma, 1996, p.3 ss.; MARZADURI, voce *Misure cautelari personali* (*principi generali e disciplina)* in Digesto pen., VIII, Torino, 1994, p.62 ss.

alcuna sanzione penale: vi rientrano, infatti, le cause di non punibilità di qualsiasi genere, nonché quelle di estinzione del reato (come l'amnistia, ad esempio) o della pena (come l'indulto). Inoltre, tale preclusione, in virtù dell'espressione utilizzata "se risulta", opera solo se l'esistenza dell'esimente sia stata positivamente comprovata in termini di certezza e non di mera possibilità: il che significa che debbano esserci effettivamente i presupposti per l'applicazione della causa estintiva, in modo tale da rendere del tutto sproporzionata la misura. Più precisamente, la giurisprudenza in materia si è espressa nel senso che, per quanto concerne il livello di probabilità richiesto dalla valutazione prognostica, non sia richiesta un'effettiva certezza, quanto, però, la sussistenza di un'elevata o rilevante probabilità che il fatto sia stato commesso in presenza di una causa di giustificazione[183].

Prima di procedere all'analisi del presupposto probatorio occorre tuttavia soffermarsi sugli ulteriori presupposti applicativi posti dalla legge. Vi è, infatti, una precisa delimitazione del novero dei reati cui risulta applicabile una misura cautelare, operata dall'art.280 c.p.p., il quale al primo comma sancisce che tali misure possano essere applicate solo quando, per il delitto contestato nel caso di specie, la legge stabilisce la pena dell'ergastolo, ovvero della reclusione che sia superiore nel massimo a tre anni. In aggiunta, il secondo comma precisa che la misura della custodia cautelare in carcere richiede altresì, come presupposto applicativo, che si stia procedendo per un delitto la cui pena edittale relativa alla reclusione non sia inferiore nel massimo a cinque anni. Quest'ultima previsione è stata modificata con Legge 9 agosto 2013, n.94, la quale ha innalzato il limite da quattro a cinque anni, ma ha contestualmente aggiunto la precisazione per cui tale limite non vale con riferimento al delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n.195, e successive modificazioni. La modifica relativa alla pena edittale ha comportato l'inapplicabilità della custodia in carcere ad un novero particolarmente ampio di reati: l'obiettivo perseguito dal legislatore, nell'ambito di un più esteso movimento riformatorio che ha portato all'adozione dei c.d. decreti "svuota-carceri", era quello di ridurre, o quantomeno di contenere il più possibile, il problema del sovraffollamento del sistema

[183]Cass. Sez. III, 2 marzo 2000 p.m. in proc. Merka, in CED. Cass., n.215885

penitenziario, una patologia particolarmente lesiva ed affliggente del nostro ordinamento, la quale aveva comportato una condanna da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con la celeberrima sentenza "Torreggiani e altri c. Italia", depositata l'8 gennaio 2013[184]. Infine, occorre specificare che, ai sensi dei commi 3 e 3-*bis*, le disposizioni fin qui sancite non trovano applicazione in una serie di casi, concernenti principalmente le ipotesi di trasgressione alle prescrizioni imposte inerenti ad altra misura cautelare, ovvero la commissione di specifici delitti.

Ponendo, ora, l'attenzione sui gravi indizi di colpevolezza richiesti dal primo comma dell'art.273 c.p.p., si può rilevare come il legislatore, attraverso tale locuzione, individui il livello probatorio necessario per il legittimo esercizio del potere cautelare, relativamente a tutte le misure di natura personale (coercitive o interdittive)[185]. Essi costituiscono, di fatto, la *condicio sine qua non* per la limitazione della libertà personale, la cui verifica di esistenza appare, dunque, preliminare rispetto a quella dei *periculum libertatis* delineati dalla disposizione successiva. D'altra parte, non si può far meno di notare come tale tema sia tanto importante quanto arduo e articolato, essendo stato, da sempre, al centro di ampli dibattiti in dottrina e giurisprudenza, a causa di due principali problematiche che sorgono dalla sua formulazione: a) la definizione e il corretto significato del termine "indizio", dato il suo carattere estremamente polisemico; b) l'estensione e la portata degli elementi indiziari idonei a configurare la "gravità" del quadro probatorio, richiesta quale presupposto legittimante dell'adozione di un provvedimento cautelare.

Per quanto concerne il primo punto, doverosa sembra essere una primaria affermazione: la valutazione del giudice, a prescindere dalle nomenclature utilizzate, ha sempre ad oggetto la prova, intesa come accertamento di fatti.

[184] In tale ultima occasione, la Corte aveva infatti riscontrato una violazione da parte dell'Italia dell'art.3 della Convenzione, a seguito di un'analisi rigorosa delle condizioni detentive, ritenute incompatibili con il divieto di trattamenti inumani o degradanti sancito da tale disposizione: si affermò che l'eccessivo affollamento, unito alla mancanza di spazi adeguati, di strutture igienico-sanitarie idonee e di adeguati servizi di assistenza medica, avesse determinato un deterioramento delle condizioni di vita dei detenuti, con ripercussioni significative sia sulla loro salute fisica che mentale. La Corte ha, dunque, condannato lo Stato italiano, ordinando l'adozione di misure immediate e sostanziali per riformare l'assetto carcerario, in modo da garantire il rispetto degli standard minimi internazionali di detenzione e tutelare in modo effettivo i diritti dei detenuti.

[185] Criterio non estendibile, invece, alle misure di carattere reale, adottabili indipendentemente da ogni valutazione sulla sussistenza degli indizi di colpevolezza: così Cass. Sez. Un., 25 marzo 1993, Gifuni, in Arch. nuova proc. pen., 1993, p.472

Pertanto, non può che dichiararsi come certa l'asserzione per cui "ogni indizio è prova" e viceversa[186], posto che «*nessun mezzo di prova dispensa dalla verifica*»[187]. Secondo l'impostazione tradizionale, tuttavia, il diverso grado di attitudine dimostrativa comporta la suddivisione della stessa in diversi schemi, tra i quali una delle distinzioni più significative appare essere quella tra prova "diretta" e prova "indiretta". La fattispecie probanda rientra nelle prima delle categorie menzionate quando «*dalle constatazioni empiriche il giudice può giungere, in modo immediato, a quelle proposizioni di fatto che devono servire di base alla sua decisione*»; viceversa, indiretta è la prova che difetti di immediatezza, per cui il giudice «*può giungere in un primo tempo solo a stabilire una proposizione di fatto, che non è in sé e per sé quella che gli serve per gli effetti della decisione*»[188]. Nell'ambito di tali definizioni, l'indizio si configura necessariamente come prova indiretta, in quanto non attiene direttamente al fatto da provare, ma ad un elemento distinto, il quale può essere ricondotto al primo attraverso un'interferenza logica[189]. In tal senso, considerando il procedimento sottoteso alla valutazione, si evince come l'indizio funge più propriamente da fonte di conoscenza: può dirsi, pertanto, che l'indizio rappresenta un mezzo di prova mediato che, rispetto agli altri mezzi (individuati dal sistema) attraverso cui la prova viene normalmente introdotta, richiede solo un'ulteriore valutazione in termini di correlazione logica tra il fatto oggetto della prova e quello oggetto della decisione[190]. Seguendo tale ragionamento, si può dissentire la tesi secondo cui la differenza tra indizio e prova sarebbe intrinseca nel fatto che il primo fornirebbe una mera probabilità del fatto da provare, mentre la seconda consentirebbe di giungere ad una "ragionevole certezza"[191]. L'indizio, invero, deve essere considerato come un vero e proprio procedimento logico, in

[186] S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, G. SPANGHER E C. SANTORIELLO (a cura di), Torino, 2009, p.22.
[187] E. FASSONE, *Primi appunti sulla valutazione della prova nel nuovo processo penale*, in Quest. Giust. 1989, p.844.
[188] Entrambe le spiegazioni sono fornite da E. REDENTI, in Profili pratici del diritto processuale penale, Milano, 1939, p.406.
[189] Così V. GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, G. Conso – V. Grevi (a cura di), Padova, 2006, p.301. Nello stesso senso si veda anche D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penal*e, Milano, 2006, p. 350.
[190] S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, cit., P.24
[191] Tale teoria deve essere respinta con riferimento ad entrambe le conclusioni: *in primis* non è detto che l'indizio debba essere rapportato al fatto ignoto necessariamente in termini di probabilità; *in secundis* non è certamente vero che la prova, anche se diretta, possa condurre alla consapevolezza dell'esistenza o inesistenza di un fatto sempre in termini di certezza

quanto, come summenzionato, può essere considerato come il "mezzo" che può provare - che trae, cioè, l'ignoto dal noto -[192]. Pertanto, occorre altresì disconoscere la validità della tesi secondo cui l'indizio costituirebbe una "*prova semiplena*"[193], poiché ciò implicherebbe attribuirgli la natura di fatto, anziché considerarlo come un procedimento funzionale alla formulazione del giudizio: ciò che assume rilievo è sempre il processo logico-valutativo, strettamente correlato sia alla finalità perseguita, sia, in particolare, alla fase del procedimento penale in cui viene esaminato. Il principale limite delle tesi esaminate, risiede, infatti, proprio nell'assumere come parametro di comparazione il giudizio di merito sulla *res judicanda*: non è il fatto indiziante a mutare qualificazione nell'evolversi del procedimento, bensì è la situazione processuale in cui esso si colloca a subire un'evoluzione. La rilevanza di una prova, infatti, è strettamente connessa alla fase processuale di riferimento, al punto che, in determinati momenti, un fatto precedentemente considerato probatorio potrebbe addirittura perdere tale qualificazione. In tale prospettiva, si può ritenere che il richiamo al concetto di indizio (nell'ottica di concetto distinto rispetto a quello di prova) sia non soltanto superfluo, ma risulti persino pregiudizievole, in quanto – come precedentemente evidenziato – il giudizio richiesto in tale contesto può imporre la valutazione di elementi qualificabili propriamente come prove, non essendovi alcun *distinguo* effettivo con l'ambito di queste ultime.

Ancora, occorre respingere la tesi per cui l'indizio implicherebbe una peculiare accezione di "provvisorietà" del giudizio, o di "incompletezza" del quadro probatorio: in realtà – tanto nell'ambito delle misure cautelari, quanto nei casi in cui specifiche disposizioni fanno riferimento agli indizi – non vi è nulla di intrinsecamente provvisorio o incompleto, salvo che non si voglia fare riferimento alla mera eventualità della scoperta di ulteriori elementi probatori. Tuttavia, in tale ultima prospettiva, ogni valutazione risulterebbe per definizione sempre incompleta (e, d'altronde, trattasi pur sempre di un'evenienza ipotetica – quella della scoperta di nuovi elementi – che può anche non realizzarsi).

---

[192] In questo senso S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, G. SPANGHER E C. SANTORIELLO (a cura di), Torino, 2009, p.25

[193] Orientamento disconosciuto dalla giurisprudenza della Cassazione, sez. I, con sentenza 5 maggio 2005 n. 198767/05, Lo cricchio, in Cass pen. 2006, p.1491

Peraltro, prassi usuale consiste nel soffermarsi sul termine "indizio", senza prendere in considerazione il momento processuale e la situazione di riferimento: l'art.267 c.p.p. richiede "indizi di reato"; l'art.312 c.p.p. richiede l'associazione con la "commissione del fatto"; l'art. 705 c.p.p. (così come l'art. 273) correla gli indizi alla "colpevolezza". Tutte queste disposizioni si riferiscono a tempi del procedere che sono indubbiamente destinati ad essere superati, ma non per questo tali situazioni possono in ogni caso essere definite "passeggere": bisogna, infatti, sempre rammendare che il processo penale deve essere considerato come un "complesso di procedimenti".

Un'ulteriore distinzione tra i concetti di prova e indizio è stata rinvenuta anche nel *thema probandum*, ma anch'essa è da respingere, avendo ad oggetto, in ambo i casi, la colpevolezza dell'imputato rispetto al fatto addebitatogli.

Ricondotti, quindi, prova ed indizio ad unità, e verificato che, per tutte le prove, la valutazione consta di un procedimento logico sostanzialmente omogeneo, l'uso del termine indizio non si diversifica da quello di prova: se l'eventualità di decisioni successive formulabili sulla scorta di un più articolato quadro probatorio rientra nella fisiologia del sistema cautelare, ciò non è dovuto né alla provvisorietà della prova, né al più o meno ampio valore probatorio dei dati, bensì essa è consequenziale alla sopravvenienza delle situazioni (*in primis* alle verifiche insite nel contraddittorio)[194] . La nozione di inizio, quindi, altro non sta a significare che una prova è esistente «*in un momento processuale anteriore alla completa verifica di tutti i possibili elementi di convincimento*»[195]. Una conferma di tale conclusione può essere rinvenuta anche in un dato normativo, ossia l'art.273, comma 1-*bis* c.p.p.[196], relativo alle "regole di esclusione" delle prove valutabili in sede cautelare. Tale disposizione stabilisce che, nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza, si debbano applicare le disposizioni contenute negli articoli 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271, comma 1 c.p.p. La *ratio* di tale disposizione è quella di vincolare la valutazione delle prove in sede cautelare all'adozione delle ordinarie regole probatorie (sebbene la formulazione risulti infelice in quanto menziona solo

[194] S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, G. SPANGHER E C. SANTORIELLO (a cura di), Torino, 2009, p.31

[195] A. GAITO, *I criteri di valutazione della prova nelle decisioni de libertate*, in *Materiali di esercitazioni per un corso di procedura penale*, Padova, 1995, p.161.

[196] Introdotto dall'art.11 L.63/2001, attuativa della legge costituzionale sul giusto processo

alcune delle regole probatorie, lasciando intendere, erroneamente, che le altre non espressamente richiamate siano escluse dall'ambito applicativo della norma, una conclusione logicamente e sistematicamente inaccettabile [197]). Orbene, tale estensione normativa ha, di fatto, omologato la situazione cautelare a quella di merito riconoscendo la comune natura di "prova" in entrambi i giudizi[198]. Questa prospettiva contraddice le precedenti teorie che, basandosi sulla terminologia differenziata tra "indizi" e "prove" sostenevano che i primi fossero, in sede cautelare, esenti dall'applicazione delle regole probatorie previste per il giudizio di merito. Sul punto, si registra una conferma anche dalla giurisprudenza della Cassazione, secondo cui l'art.273 impone, con il rendere applicabili le disposizioni generali sulle prove, richiamandone espressamente talune, l'osservanza delle regole di esclusione e di valutazione probatoria anche nella materia cautelare, equiparando nella sostanza il valore dei gravi indizi di colpevolezza a quello della prova e richiedendo che i primi possiedano il crisma della elevata probabilità o dell'elevato grado di credibilità razionale, nel quale si identifica la certezza processuale, con la conseguenza che i gravi indizi non sono altro che "una prova allo stato degli atti" valutata dal giudice allorché la formazione del materiale probatorio è ancora *in itinere* e non è stato sottoposto al vaglio del contraddittorio dibattimentale ed è precisamente questo aspetto dinamico e non la loro differente capacità dimostrativa a contraddistinguerli rispetto alla prova idonea a giustificare la pronuncia di condanna[199]. Alla luce di tale *excursus* si comprende che l'effettiva (e unica) differenza tra le fattispecie di prova e indizio è data dalla differente regola di giudizio ad essi sottotesa: quello cautelare rimane pur sempre un giudizio incidentale a cognizione sommaria che interviene in una fase in cui il materiale di prova è ancora cangiante e in via di formazione. Ciò giustifica, pertanto, la natura maggiormente dubitativa dell'affermazione di colpevolezza ai fini dell'applicazione di una misura cautelare rispetto a quella espressa nel giudizio di cognizione, che deve sottostare alla regola di cui all'art.530, comma 2, c.p.p., la quale impone la certezza oltre ogni ragionevole dubbio. Ciononostante, si

[197] Sul punto F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, p.471.
[198] S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, G. SPANGHER E C. SANTORIELLO (a cura di), Torino, 2009, p.32
[199] Cass. Sez. I, 4 maggio 2005, Lo Cricchio, in Mass. Uff., 232601

registrano anche delle opinioni dissenzienti minoritarie che criticano quest'ultimo assunto, sostenendo che la valutazione probatoria da effettuare in ambito cautelare debba essere sorretta dal medesimo standard di giudizio della decisione finale[200]. Ma tali assunti sono ben distanti dalla disciplina del procedimento cautelare. Nel giudizio *de libertate*, è sufficiente che l'ipotesi di accusa sia nettamente superiore a quella di innocenza, secondo la c.d. "regola della preponderanza o prevalenza probabilistica", essendovi, tra le due valutazioni, un'indiscutibile ontologica diversità: il momento cautelare è connotato da un giudizio prognostico e probabilistico circa la futura condanna; la condanna nel merito richiede invece, indefettibilmente, una piena verifica della responsabilità penale del soggetto. Questa ricostruzione esegetica sembra essere altresì la più coerente con la *ratio* della procedura cautelare, essendo la sua funzione non quella di accertare la colpevolezza dell'imputato, quanto quella di preservare il processo da eventuali pericoli di fuga / inquinamento probatorio / reiterazione del reato da parte di quest'ultimo.

Per concludere, riprendendo le considerazioni introduttive della trattazione, secondo il pacifico orientamento dottrinale e giurisprudenziale, con il termine indizi il legislatore non ha voluto indicare una categoria distinta dalle prove, né tantomeno circoscrivere l'ambito alle prove logiche o indirette, bensì ha voluto far riferimento a qualsiasi fonte di prova che abbia una valenza dimostrativa idonea a formulare un giudizio di elevata probabilità circa la sussistenza del reato e la sua attribuibilità al soggetto nei cui confronti è stata avanzata la domanda cautelare[201].

Si può, dunque, sostenere che il termine "indizi", nell'ambito cautelare, assuma una valenza generale, che annovera tutti gli elementi dimostrativi al momento disponibili e legittimamente impiegabili nella fase procedurale in cui viene adottata la decisione *de libertate*.

---

[200] E. MARZADURI, Giusto processo e misure cautelari, in R.E Lostoris (a cura di), Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio, 2002; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2009; NEGRI, *fumus commisii delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Milano, 2004

[201] Tra le altre, Cass. Sez. un. 21 aprile 1995, n.11, Costantino, in Cass. pen., 1996, p. 467 ss

4.1 Gravità indiziaria

La seconda peculiare e delicata questione che si pone in relazione all'art.273 c.p.p. è quella relativa alla gravità indiziaria. La disposizione *de qua* richiede che gli indizi di colpevolezza siano "gravi", conferendo, con tale locuzione, una particolare pregnanza valutativa alla regola della preponderanza, nel senso di pretendere che gli elementi d'accusa siano quantitativamente e qualitativamente superiori rispetto a quelli di innocenza, tali da escludere, quindi, allo stato degli atti, la probabilità di un esito assolutorio[202]. Tale conclusione deve essere vista, altresì, alla luce delle modifiche intervenute all'interno del codice di rito: la versione originale richiedeva, più semplicemente, la sussistenza di "sufficienti" indizi di colpevolezza. L'ampliamento della sensibilità politica e culturale in tema di libertà personale, nonché una più attenta lettura delle norme costituzionali, ha portato il legislatore del 1988 all'introduzione dell'epiteto "gravi", in modo tale da fornire una dimostrazione della pretesa di uno standard probatorio rafforzato cui subordinare la disposizione di una misura cautelare personale. Tale conclusione emerge sia dagli studi compiuti dalla dottrina[203], che dalle pronunce della giurisprudenza di legittimità, secondo cui il concetto di gravità dell'indizio non può indentificarsi con quello di sufficienza, da cui si distingue sia qualitativamente che quantitativamente, in quanto postula l'obiettiva precisione dei singoli elementi indizianti che, nel loro complesso, debbono essere, per la loro convergenza, tali da consentire di pervenire a un giudizio che, pur senza raggiungere il grado di certezza richiesto per la condanna, sia di alta probabilità dell'attribuibilità del reato all'indagato[204].

La peculiarità di essere una decisione "allo stato degli atti" non può in alcun modo eligere l'esigenza fondamentale secondo cui, nel momento valutativo, deve sussistere un quadro probatorio di tale solidità da legittimare, in quello specifico istante e sulla base degli elementi fin allora disponibili, un giudizio di responsabilità. La differenza risiede solo nella consapevolezza della possibilità, congiunta all'evoluzione del processo, che vi sia l'acquisizione di ulteriori elementi di segno opposto o che le prove già a disposizione si rivelino inidonee a superare il

[202] F. VARONE, *La difesa nel procedimento cautelare personale*, Milano, 2012, 39
[203] CHIAVARIO, Commento al nuovo codice, cit.
[204] Cass. Sez. III, 12 agosto 1993, Alberino, CED n. 194482 in Cass. pen., 1993

vaglio dibattimentale. Il giudice, quindi, è chiamato a valutare l'attendibilità dell'ipotesi accusatoria in rapporto a possibili spiegazioni alternative, esaminando con rigore il grado di non contraddittorietà e coerenza interna degli elementi d'accusa con gli atti, il loro grado di resistenza rispetto ad elementi di segno opposto prospettati in difesa, la loro completezza e solidità dimostrativa: solo laddove ritenga che la prognosi di colpevolezza elaborata presenti un grado di probabilità significativamente superiore rispetto all'ipotesi contraria, potrà legittimamente esercitare il potere cautelare. La prova "allo stato", non può quindi che provenire dalla compiutezza di giudizio sui dati offerti. Compiutezza che potrà essere raggiunta solo all'esito di un procedimento valutativo del tutto analogo a quello richiesto in sede di giudizio nel merito: la prova può essere considerata "grave" in relazione alla colpevolezza solo quando è il risultato del processo logico argomentativo condotto con gli identici strumenti di valutazione utilizzati per qualsivoglia giudizio[205]. Di conseguenza, non può essere condiviso l'orientamento costante della giurisprudenza di legittimità[206] che ritiene sufficiente, nel giudizio *de libertate*, la valutazione della sola gravità degli indizi, escludendo la necessità di esaminarne anche la precisione e la concordanza, giustificando tale conclusione con l'assenza di un espresso richiamo di tali requisiti all'interno dell'art. 273, comma 1-*bis*, c.p.p. Occorre, invero, considerare che, se l'art. 273 c.p.p. fornisce un criterio per la valutazione degli indizi, individuando un livello di attendibilità proporzionato alla misura restrittiva della libertà personale da adottare, allora il riferimento alla gravità dovrebbe essere interpretato come espressione di tale criterio valutativo e non come un vincolo rigido riferito esclusivamente alle caratteristiche di un determinato mezzo di prova. Pertanto, in sede cautelare, deve ritenersi applicabile l'intera disposizione dell'art.192 c.p.p., (e non solo i commi 3 e 4 espressamente richiamati) in quanto essa fornisce una disciplina relativa a qualsivoglia valutazione di dati probabili (e non si limita, invece, come in passato sostenuto, alla valutazione della prova nel giudizio di merito). Ancora una volta, una simile conclusione era nata dall'equivoco derivante dall'utilizzo del termine "indizio" nel testo dell'art.273 c.p.p. piuttosto che "prova"; ma, come più volte precisato, la differenza

[205] S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, cit., p.47
[206] Cass. Sez. IV, 28 ottobre 2005, n.118; Cass. Sez I, 2 marzo 2001, Giannino; Cass. Sez. I, 20 ottobre 1993, Martello

risiede esclusivamente nell'oggetto della decisione, non invece nel canone valutativo. Si impone, dunque, la corrispondenza della valutazione richiesta al giudice con il criterio fondamentale sancito dall'art.192 comma 2 c.p.p., per cui gli indizi, oltre ad essere gravi, devono presentarsi come precisi e concordanti. D'altronde, una conclusione di segno opposto non pare potersi desumere neanche dall'analisi dei lavori preparatori della Legge 63/2001 (modificativa dell'art.273 comma 1-*bis* c.p.p.): in tale sede, il dibattito legislativo è stato prevalentemente orientato alla necessità di correggere l'orientamento giurisprudenziale più controverso, ossia quello relativo alla valutazione della chiamata in correità. Pertanto, risulta errato (nonché arbitrario), sostenere che l'assenza di un espresso richiamo al capoverso dell'art.192 c.p.p. sia «il frutto di una meditata e consapevole scelta legislativa» [207]. Al contrario, tale omissione sembra piuttosto confermare, ancora una volta, la frammentarietà dell'intervento normativo, focalizzato sulla risoluzione di criticità emerse nella prassi più consolidata, ma privo di una visione organica e di una coerente aderenza ai principi generali dell'ordinamento. Del resto, ancor prima della novella si è correttamente sostenuto che nessuna norma possa essere letta a sé stante, avulsa dal sistema nel quale si inserisce, per cui i criteri valutativi previsti dal'art.192, in mancanza di previsioni esplicite in deroga, non possono non operare anche nel procedimento cautelare incidentale sulla libertà personale[208]. La gravità indiziaria deve, dunque, essere concepita come un criterio di valutazione imprescindibile, unitamente agli ulteriori criteri forniti dalla norma in esame. Nella mutazione continua del materiale probatorio disponibile nel corso del procedimento penale (sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo), si rende necessaria l'individuazione di un parametro che garantisca alla delibazione anticipata di responsabilità un grado di affidabilità proporzionato al livello di convincimento richiesto per la condanna, ossia tale da ridurre al minimo la distanza tra i due giudizi legittimanti la limitazione della libertà personale ed evitare una assoluta incomunicabilità tra ambiti eterogenei che si riferiscono, in realtà, al

[207] B. BOTTI, *La valutazione degli indizi nel giudizio di riesame e in quello di merito*, in Dir. e giust. 2002, p.26
[208] A. GAITO, *I criteri di valutazione della prova nelle decisioni de libertate*, in *Materiali di esercitazioni per un corso di procedura penale*, Padova, 1995, 162

medesimo profilo. Tale fattore, non può che essere identificato nell'uniformità dei criteri di valutazione probatoria da adottare.

In definitiva, il tema della gravità indiziaria assume un ruolo centrale nell'ambito del procedimento cautelare, essendo, il raggiungimento di tale livello probatorio, come affermato nell'incipit della trattazione, una *conditio sine qua non* per l'applicazione delle misure cautelari personali (sebbene di per sé non sufficiente)[209]. La complessità della materia deriva dalla molteplicità dei diritti e degli interessi coinvolti, così come dalle rilevanti conseguenze che ne derivano. Di qui l'esigenza che il giudice adotti un rigore metodologico tale da imporgli – pur tenendo conto delle peculiarità della fase procedimentale – un'attenta verifica di eventuali ipotesi alternative di esplicazione dei fatti. Solo l'univocità degli elementi raccolti, considerata anche in una prospettiva di possibile arricchimento del quadro probatorio con ulteriori elementi – trattandosi pur sempre di provvedimenti emanati "allo stato degli atti"[210] -, può giustificare, già in questa fase, l'adozione di misure di cautela personale.

D'altra parte, l'indagine relativa al parametro di gravità, non deve minimizzare la rilevanza e deviare l'attenzione da un altro elemento particolarmente arduo, ossia il concetto di "colpevolezza", posto come oggetto della valutazione fin qui esaminata[211]. Tale concetto, si osserva, nel codice di rito equivale a «*reità, attribuzione o riconoscimento di responsabilità, di un determinato soggetto rispetto ad un determinato fatto*»[212]. È fondamentale, a questo punto, comprendere il livello di coerenza che vi è tra la fattispecie richiesta nel processo cautelare e la corrispondente struttura della norma penale. Infatti, la formula "gravi indizi di colpevolezza", considerata isolatamente, si riferisce genericamente a un giudizio di responsabilità, la cui effettiva natura non risulta immediatamente definita. A tal fine, un primo elemento di riferimento è sicuramente costituito dalle disposizioni che individuano i reati per i quali è

[209] D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, 2004, p.51
[210] T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in Ind. Pen., 1999, p.531 e ss.
[211] G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, p.20
[212] VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in Enc. giur. Treccani, vol. VI, 1988.

consentita la restrizione della libertà personale [213] (essendovi, come visto in precedenza, dei precisi limiti edittali che limitano il novero dei reati per i quali siano applicabili misure cautelari). In tal senso, il principio di tipicità non solo funge da limite esterno rispetto a illeciti extrapenali o condotte lecite, ma opera anche all'interno della stessa sfera penalistica, imponendo un onere supplementare sia per l'organo inquirente (nella formulazione dell'istanza di richiesta di applicazione di una misura cautelare), che per l'organo decidente, per quanto concerne l'adozione della relativa decisione. In tale contesto, il materiale *probando* a disposizione deve consentire al primo il corretto inquadramento e qualificazione della *regiudicanda* all'interno di una delle fattispecie delittuose rientranti nel novero suddetto, in modo tale da evitare che il secondo, sia in sede applicativa che in sede di eventuale impugnazione, vanifichi l'iniziativa cautelare. In questo senso, pertanto, si è ribadito che la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza deve concernere – e dunque essere oggetto di valutazione – sia gli elementi oggettivi del reato, sia l'elemento soggettivo: l'apprezzamento deve quindi tener conto di tutti gli elementi costitutivi del reato[214]. Tuttavia, non può tacersi una tendenza metodologica che sembra condurre ad una sopravvalutazione delle esigenze dell'autorità rispetto a quelle che dovrebbero essere le garanzie assicurate all'individuo: talvolta, infatti, si arriva a conformare il concetto di reato presupposto alle necessità pratiche degli organi investigativi. In altre parole, spesso il Pubblico Ministero finirebbe per dimostrare solo quanto strettamente necessario per evitare di compromettere l'interesse pubblico perseguito nel singolo caso. Tale approccio sembrerebbe ignorare la prospettiva costituzionale, lasciando che siano le prassi operative a colmare le lacune normative nella determinazione del reato presupposto nell'ambito delle misure cautelari, mentre sarebbe invece necessario un rigoroso riferimento al principio di proporzionalità. Quest'ultimo dovrebbe, infatti, guidare l'interprete in tre diversi momenti: *in primis* per verificare la compatibilità del bilanciamento operato dalla legge ordinaria con i valori costituzionali; *in secundis* per collocare le ipotesi caratterizzate da incertezza normativa nella posizione più coerente rispetto al modello teorico del reato; ed infine nell'accertare, nei

[213] D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, 2004, p.62
[214] Cass. Pen. sez. V, 23 settembre 2004, n.42368, Stabile ed altri, in CED 229952

provvedimenti adottati allo stato degli atti, della concreta sussistenza dei presupposti richiesti. Su tale presupposto, il concetto di "colpevolezza", quale oggetto del giudizio probatorio *de libertate*, può essere delineato in modo compiuto solo attraverso un costante raffronto con le situazioni di natura indiziaria, le quali, per analogia o contrasto, contribuiscono a definirne con maggior precisione il significato. In definitiva, per l'integrazione del concetto di gravità degli indizi occorre

4.2 Regole probatorie nella valutazione degli indizi

Dopo aver esposto una completa disamina del significato da attribuire alle fattispecie di indizi e gravità indiziaria, resta da risolvere un'ulteriore questione altrettanto problematica: la concreta individuazione degli elementi che possono essere utilizzati ai fini della valutazione relativa alla gravità indiziaria. A tal proposito, come summenzionato, un momento fondamentale è rappresentato dall'introduzione, nel 2001, del comma 1-*bis* all'interno dell'articolo 273 c.p.p., con il quale si è voluto (o, piuttosto, tentato) di colmare le differenze di valutazione del materiale probatorio oggetto del giudizio cautelare e del giudizio di merito. Il *vulnus* di tale introduzione normativa risiede, tuttavia, nella scelta del legislatore di nominare, all'interno di tale comma, soltanto quattro delle disposizioni attinenti alla valutazione del materiale probatorio (di cui, peraltro, solo una viene richiamata nella sua interezza): ciò ha comportato una notevole compressione delle conseguenze auspicate, in quanto ha precluso una definitiva constatazione della totale equiparazione (per quanto concerne l'applicabilità della disciplina probatoria) della fase delle indagini preliminari a quella di merito. Una delle conseguenze più rilevanti, come anticipato nel § 4.1, concerne le disposizioni previste nell'art.192 comma 2 c.p.p.: la mancata menzione di esso ha condotto la giurisprudenza maggioritaria (e gran parte della dottrina) a sostenere l'inapplicabilità delle stesse in ambito cautelare[215]. Per cui, gli indizi rilevanti ai fini dell'applicazione di una misura cautelare necessiterebbero di essere solo gravi, non altresì precisi e concordanti come richiesto per la valutazione probatoria di altri

[215] Cass. pen. sez. IV, 8 aprile 2021, in CED 281019; Cass. pen. sez. IV, 23 maggio 2019, in CED 276704; Cass. pen. sez. II, 8 marzo 2017, Carubba, in CED 270172

indizi, in quanto, a differenza della prova indiziaria di reità (*rectius*, quella richiesta ai fini dell'accertamento della responsabilità penale) essi tollererebbero l'esistenza di un dubbio in relazione alla colpevolezza dell'imputato. Nonostante tali approdi giurisprudenziali, come già anticipato, deve ritenersi che il disposto dell'art.273 comma 1-*bis* non sia in grado di escludere l'operatività delle disposizioni in tema di valutazione della prova (primo fra tutti, l'art.192 capoverso), per varie ragioni[216]. *In primis*, da tempo è stato esplicitamente affermato che le norme del libro terzo sono generalmente applicabili alle indagini preliminari, a meno che non vi sia una incompatibilità espressa o tacita […] con la regolamentazione del singolo atto da compiere.[217] Dando fede a tale asserzione, il rinvio operato dall'art.273 a singole prescrizioni non può certamente comportare l'aprioristica esclusione dell'efficacia delle norme non menzionate, quanto, piuttosto, vieta all'interprete di considerare l'incompatibilità delle norme oggetto di esplicito rinvio con il giudizio *de libertate*. *In secundis*, come già evidenziato, deve tenersi conto della volontà del legislatore, che lungi da essere quella di precludere l'utilizzo di determinate preclusioni nell'ambito cautelare, era piuttosto quella si sovvertire, in modo esplicito, l'orientamento giurisprudenziale che riteneva inapplicabile, in tale giudizio, la regola della *corroboration* prevista dall'art.192 commi 3 e 4 c.p.p. Pertanto, nonostante non vi sia ancora piena concordanza in dottrina e giurisprudenza, deve affermarsi la generale applicabilità della disposizione di cui all'articolo 192 capoverso c.p.p. al fine di verificare la gravità indiziaria cui si subordina l'applicabilità di una misura cautelare.

Analizzando ora, nel dettaglio, la previsione relativa alle regole di esclusione disciplinate nell'art.273 comma 1-*bis*, essa afferma che nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli articoli 192, commi 3 e 4, 195 comma 7, 203 e 271 comma 1 c.p.p. Dunque, tale previsione, obbliga esplicitamente il giudice a: a) rispettare, nella valutazione degli atti probatori, il canone di giudizio secondo cui le dichiarazioni rese dal coimputato nel medesimo reato o da persona imputata in procedimento connesso o collegato debbano essere valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermino

[216] Cass. pen. sez. V, 26 novembre 2018, in CED 274690; Cass. pen. sez. IV, 18 luglio 2013, in CED 257781; Cass. pen. sez. IV, 21 giugno 2012 in CED 253723
[217] P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, VI ed., 2005, p.334

l'attendibilità (c.d. riscontri); b) escludere, dal compendio probatorio utilizzabile, le dichiarazioni *de relato* del dichiarante che non voglia o non possa indicare la fonte da cui abbia appreso la notizia: c) escludere, altresì, le informazioni rese dagli appartenenti alla polizia giudiziaria che non rivelino i nomi dei loro informatori; d) escludere, infine, i risultati delle intercettazioni eseguite al di fuori dei casi consentiti dalla legge, ovvero in violazione degli articoli 267 e 268 commi 1 e 3 c.p.p.

Poniamo come punto di partenza la prima fattispecie, relativa al tema dei riscontri alle chiamate di correo. Trattasi di una questione particolarmente controversa, oggetto di una vivace diatriba in merito alla natura dei riscontri richiesti. In particolare, il dibattito giurisprudenziale e dottrinale si è concentrato nel chiarire se il riscontro dovesse concernere l'attendibilità oggettiva del fatto criminoso riferito dal chiamante in correità (ossia, se fosse sufficiente un elemento esterno che riscontrasse in modo generico la sussistenza oggettiva del fatto di reato riferito), ovvero se sia indispensabile la presenza di elementi ulteriori, c.d. "individualizzanti", tali da confermare in modo specifico il coinvolgimento diretto della persona chiamata nel fatto di reato contestato. Sul tema - nonostante si è ormai pervenuti alla conclusione secondo cui al riscontro sul fatto debba necessariamente accompagnarsi quello sul soggetto che lo abbia commesso (e dunque vi è assoluta necessità dell'individualizzazione) - si è registrata una riapertura del contrasto giurisprudenziale all'indomani della novella legislativa avvenuta con L.63/2001: si sono registrare, a tal proposito, tre diverse letture esegetiche fornite dalla giurisprudenza di legittimità, le quali hanno poi imposto l'intervento delle Sezioni Unite per dirimere in via definitiva la questione (sebbene vi sia ancora la permanenza di quale perplessità). La prima[218] si è mostrata come abile sostenitrice della seconda delle tesi richiamate, sostenendo che ai fini cautelari, la chiamata di correo può costituire grave indizio di colpevolezza soltanto se e quando è sorretta da riscontri esterni individualizzanti, in quanto, se così non fosse, non si riuscirebbe a comprendere quale reale valore prognostico in ordine alla elevata probabilità di colpevolezza possa assegnarsi a una chiamata in correo (si ritiene che essa, se non confermata da un riscontro munito di carattere individualizzante, tutt'al più

[218] Cass., Sez. I, 4 maggio 2005, Lo Cricchio

potrebbe avere valore dimostrativo rispetto all'accertamento della verificazione del fatto, ma non certamente riguardo l'attribuzione del fatto stesso al soggetto colpito dalla misura). La seconda lettura[219], invece, era di segno del tutto opposto, sostenendo che i riscontri dovevano essere qualitativamente diversi a seconda che fossero chiamati a "vestire" una chiamata di correo utilizzabile in vista di una pronuncia di condanna, ovvero in vista di una pronuncia cautelare, stante la diversità del *thema probandum* (colpevolezza da una parte e gravità indiziaria della colpevolezza dall'altra). Tale pronuncia rappresentò, di fatto, un'*interpretatio abrogans* della novella del 2001, ribadendo la sostanziale differenza tra prova e indizio grave. Per porre fine a tale conflitto esegetico, una terza parte della giurisprudenza[220] ha tentato di fornire un indirizzo intermedio, dando vita al concetto di "riscontro parzialmente individualizzante": questa tesi, da un lato riconosce la necessità degli elementi di riscontro individualizzanti anche al fine di valutare la gravità indiziaria, ma dall'altro sostiene – prendendo atto della diversità del *thema probandum* – che sia contemplabile una diversità degli elementi di conferma richiesti a seconda che debba essere emanata una decisione cautelare o una sentenza di condanna. In tal senso, tuttavia, la diversità degli elementi legittimanti non viene riscontrata sotto il profilo qualitativo/tipologico (e dunque nella differenza tra riscontri individualizzanti o meno), bensì sotto quello quantitativo/contenutistico, ossia nella loro effettiva efficacia individualizzante: il che significa, che da una parte si richiederà un riscontro relativo all'elevata probabilità di reità (per colmare, dunque, i gravi indizi di colpevolezza), mentre dall'altra bisognerà riscontrare una colpevolezza processualmente certa (ossia la piena responsabilità penale dell'imputato). Quest'ultimo orientamento, oltre ad essere attualmente quello prevalente, ha trovato un accoglimento anche da parte delle Sezioni Unite[221], le quali – pur dichiarando formalmente una piena adesione alla tesi dell'individualizzazione (criticando altresì l'atteggiamento relativo alla necessità di riscontri "parzialmente individualizzanti" – accolgono la teoria che ritiene sufficienti i riscontri aventi efficacia ridotta. Si sostiene, infatti, che le

[219] Tra le altre, Cass., Sez. II, 16 ottobre 2003, n.43419, Di Fresco; Cass., Sez. I, 24 aprile 2003, Esposito; Cass., Sez. V, 21 gennaio 2003, Formigli
[220] Tra le altre, Cass., Sez. II, 2 dicembre 2005, n.4672; Cass., Sez.V I, 17 febbraio 2005, Scoma; Cass., Sez. VI, 7 ottobre 2004, Fanara
[221] Cass. Sez. un. 30 maggio 2006, n.36267, Spennato, in *Cass. pen*. 2006, 3971

dichiarazioni in esame possano costituire grave indizio di colpevolezza ai sensi dell'art.273 solo se sorrette da riscontri esterni individualizzanti, che siano tali da assumere idoneità dimostrativa in relazione all'attribuzione del fatto-reato al soggetto destinatario della misura, fermo restando (e qui si individua l'adesione al compromesso) che la relativa valutazione, avvenendo nel contesto incidentale *de libertate* (e quindi sulla base di materiale conoscitivo ancora *in itenere*), deve essere orientata ad acquisire non la certezza, ma l'elevata probabilità di colpevolezza del chiamato. Dunque, affermano, che ai fini cautelari il dato esterno di riscontro, pur dovendo concernere la persona del chiamato, può essere meno consistente di quello richiesto per il giudizio di merito (proprio per la diversità di prospettiva e degli obiettivi perseguiti). Tale ultimo indirizzo esegetico, nonostante sia stato sottoposto ad un vaglio critico da parte della dottrina più accorta che non ha mancato di sottolineare l'incongruità emergente in tale principio di diritto, sembra essere quello maggiormente pacifico al canone di valutazione sottoteso ai gravi indizi di colpevolezza.

Spostando, ora, l'attenzione sulla seconda delle fattispecie menzionate nel novello comma (ossia l'art. 195 comma 7), essa fa si che, per la verifica della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, non possano essere valorizzate le dichiarazioni rese da colui che si è rifiutato o non sia stato in grado di indicare la persona e la fonte da cui abbia appreso la notizia del fatto oggetto di esame[222]. *In primis*, il riferimento al singolo comma 7 rende evidente la sottotesa possibilità di utilizzare, in materia cautelare, le dichiarazioni *de relato* in cui vi sia conoscenza della fonte: risulta, dunque, smentito, quell'orientamento secondo cui le dichiarazioni derivanti da testimonianza indiretta potessero essere utilizzate solo quando si intendesse assumerle al fine di vagliare la fondatezza o meno dell'imputazione, all'esito del giudizio di merito (e non invece nel procedimento *de libertate*)[223]. D'altra parte, la mancata menzione del comma 4 – che vieta l'utilizzo,

[222] In questo senso si era espressa già Cass. pen. sez. I, 11 dicembre 1995, in CED 203067, in cui si afferma che « non costituiscono gravi indizi le dichiarazioni de relato fornite da persone che non siano in grado di indicare una fonte primaria e diretta di conoscenza dei fatti ovvero persone che, pur appartenendo al sodalizio criminoso al quale è attribuito il reato, non rivestano in esso quella posizione di vertice che comporti la conoscenza di ogni azione criminosa intrapresa dal gruppo da esse diretto»

in fase dibattimentale, delle deposizioni degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria concernenti le dichiarazioni acquisite da testimoni durante la fase preliminare (ossia fuori dal contradditorio) – sembrerebbe consentire l'utilizzazione delle stesse in sede cautelare. Sul punto, deve necessariamente condividersi l'opinione della dottrina che ha ritenuto utilizzabili, anche in fase cautelare, esclusivamente le dichiarazioni raccolte con le modalità previste dal codice di rito, per cui la preclusione ex comma 1-*bis* opererebbe altresì laddove le dichiarazioni *de audito* vengano utilizzate come un comodo *escamotage* per trasferire nel materiale decisorio, attraverso annotazioni della polizia giudiziaria, confidenze fatte agli organi investigativi mai utilizzate[224]. Una conferma, dal punto di vista sistematico, di tale epilogo, si ottiene anche ragionando a contrario: ammettere l'utilizzazione in sede cautelare delle dichiarazioni *de relato* della polizia giudiziaria con riferimento alle confidenze acquisite nel corso delle investigazioni, significherebbe introdurre nel materiale decisorio informazioni che nel futuro dibattimento non potrebbero, comunque, essere oggetto di testimonianza da parte degli operatori di polizia giudiziaria e non potrebbero mai essere utilizzate come prova nel giudizio di merito, quand'anche venisse chiamata a deporre la fonte diretta[225].

Le conclusioni a cui si è giunti concernenti l'articolo 195 sembrano essere confermate altresì dal richiamo, operato dal comma 1-*bis*, dell'articolo 230 c.p.p.: quest'ultimo – come risultante dalla modifica operata dalla medesima legge introduttiva del comma in esame (ossia la L.63/2001) – esclude l'utilizzabilità delle informazioni fornite da ufficiali e agenti di polizia giudiziaria che non vogliano/possano rivelare i nomi dei loro informatori, a meno che questi non siano esaminati come testimoni. Inoltre, la norma specifica che tale inutilizzabilità opera anche nelle fasi diverse dal dibattimento, se gli informatori non sono stati interrogati né assunti a sommarie informazioni. Pertanto, la necessità che sia rivelata l'identità dell'informatore e che costui sia assunto a sommarie informazioni, estende alla materia cautelare il divieto di utilizzare la notizia confidenziale, anche qualora sia rivelata la fonte, ogniqualvolta gli informatori non

[224] R. FONTI, Art.273, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, A. Gaito (a cura di), II ed., 2006, p.1111.
[225] R. FONTI, Art.273, cit., p.1112.

siano stati interrogati né assunti a sommarie informazioni[226]. In tal senso, si nota una sovrapposizione di tale disciplina con quella di cui all'art.195 comma 4, in quanto entrambe attengono al medesimo fenomeno di fondo.

Infine, il comma 1-*bis* riconosce, anche in materia cautelare, la piena utilizzabilità dell'art.271 comma 1 c.p.p., che, in tema di intercettazioni, vieta l'utilizzazione dei risultati laddove esse siano state eseguite fuori dai casi consentiti dalla legge, o in violazione delle disposizioni previste dagli articoli 267 e 268 commi 1 e 3 c.p.p. In realtà, pur essendo generalmente riconosciuta l'efficacia operativa della norma in esame, la giurisprudenza ha talvolta ritenuto che la sanzione dell'inutilizzabilità non operi in ipotesi diverse da quelle tassativamente indicate, per cui ben potrebbero essere poste a fondamento dell'ordinanza cautelare «intercettazioni telefoniche anche se contenute in brogliacci ovvero se riportate in forma riassuntiva»[227]. Ancora, si registrano molteplici ipotesi in cui si ritiene inammissibile l'eccezione di inutilizzabilità: a) in caso di mero mancato inserimento del decreto di autorizzazione agli atti del dibattimento (dato che il codice non implica la necessaria acquisizione al fascicolo di tale decreto); b) caso di mancata sottoscrizione del relativo verbale da parte del pubblico ufficiale che abbia proceduto all'operazione (tale omissione rientra, infatti, solo tra le cause di nullità relativa e non tra quelle di inutilizzabilità); c) nel caso di omessa indicazione nel verbale del sommario contenuto delle comunicazioni intercettate (requisito richiesto solo dal secondo comma dell'art.268 – dunque non richiamato dal 271). Infine, occorre considerare che l'inutilizzabilità dichiarata nel procedimento *de libertate* non produrrà effetti preclusivi rispetto alla sua eventuale utilizzazione in sede di giudizio, in quanto le valutazioni compiute dal giudice per le indagini preliminari nell'ambito del procedimento cautelare non possono in alcun modo vincolare il giudice del dibattimento.

Avendo concluso la disamina delle singole prescrizioni/preclusioni menzionate dall'art.273 comma 1-*bis*, risulta opportuno indugiare, ancora una volta, sul fatto che tale catalogo non possa ritenersi tassativo, ma, al contrario, debba essere letto "in prospettiva", posto le evidenti innumerevoli lacune lasciate

[226] S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, cit., p.37
[227] Tra le altre, Cass. Sez. I, 23 gennaio 2002, n.7406; Cass. Sez. VI, 3 marzo 2000; Cass. Sez. V, 11 febbraio 1998, Maizzi.

dal legislatore (atteggiamento del tutto contrastante con la sua volontà di omologazione). A tal proposito è stato, tuttavia, rilevato, come tale elenco costituisca comunque una sorta di "parametro sistematico" sulla base del quale debbano essere colte le interconnessioni con altre ipotesi di inutilizzabilità «da ritenere rilevanti anche in materia *de libertate*, stante la pacifica constatazione dell'operatività dell'articolo 191 per tutto l'arco del procedimento»[228]. Non può non affermarsi, infatti, che l'art.191 c.p.p. – che sancisce l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge – operante in ogni fase del procedimento, si pone sempre come disposizione-limite all'utilizzazione delle prove. Tale divieto "probatorio" ha, infatti, indubbiamente una portata ben più ampia rispetto, ad esempio, alla nullità degli atti: l'acquisizione di una prova vietata (es: testimonianza dell'imputato), al pari di quella acquisita con modalità vietate da qualsiasi disposizione (es: testimonianza estorta) – indipendentemente da quale sia la qualificazione della modalità vietata (es: abusiva, illecita, falsa, ecc.) – sarà sempre illegittima. L'inutilizzabilità, che si pone alla base del concetto di "legalità della prova", può sorgere da diverse situazioni, concernenti o ipotesi in cui la prova non poteva del tutto essere acquisita, ovvero, essendo l'acquisizione possibile, essa è divenuta non valutabile in quanto avvenuta contro le regole poste dalla legge. L'argomentazione in parola deve essere ulteriormente integrata dalla constatazione, ormai pacifica anche in giurisprudenza, per cui le cause di inutilizzabilità non possono ritenersi a numero chiuso, potendovi rientrare nel novero anche ipotesi di prove che siano state assunte con modalità tali da ledere i diritti fondamentali dell'individuo. Si delinea pertanto un sistema aperto di regole implicite ed esplicite di esclusione di prove, che siano state ottenute con metodi, modalità o comportamenti posti in essere in violazione di divieti ovvero di diritti fondamentali, che porterà all'inutilizzabilità delle stesse all'interno di ogni segmento del procedimento penale. Quantunque il quadro appena delineato sembri essere il più conforme ai principi fondamentali del nostro ordinamento, non può tacersi l'esistenza di approdi giurisprudenziali inconcepibili e contrastanti con quanto appena detto. Si è affermato, ad esempio, che – sul presupposto per cui gli indizi di

[228] D. CURTOTTI, NAPPI, Art.273, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, Gaito (a cura di), Milano, 2008, 130

colpevolezza non valgono a provare oltre ogni ragionevole dubbio la responsabilità dell'imputato – siano utilizzabili le dichiarazioni "spontanee" (delle quali l'art.350 comma 7 c.p.p. ne sancisce l'espressa preclusione), anche nel caso in cui non sia presente il difensore, in quanto «l'inutilizzabilità rileva solo ai fini del giudizio»[229]. Queste situazioni tollerate dal sistema dei divieti si risolvono in una raccolta di elementi dimostrativi che indubbiamente integrano l'illegittimità di cui all'art.191 c.p.p. (e che dunque saranno inutilizzabili all'interno del dibattimento): non considerarne gli effetti in relazione al giudizio cautelare pare davvero svilire il senso commesso, di norma, ad obblighi e divieti, ponendo i concetti di cautela e di prognosi di responsabilità, in relazione agli elementi valutabili, in aperta contraddizione[230].

5. Le esigenze cautelari. Cenni

Come sottolineato in precedenza, la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza rappresenta, ai fini dell'applicazione di una misura cautelare (coercitiva o interdittiva) una condizione inequivocabilmente necessaria, ma tuttavia non sufficiente. Invero, quanto richiesto dall'art.273 c.p.p. non esaurisce il novero dei presupposti necessari per legittimare la restrizione della libertà personale in un momento antecedente l'accertamento di colpevolezza definitivo. La logica cautelare che permea questa materia, infatti, subordina, altresì, la privazione della libertà personale alla presenza di ragioni che debbono essere rigorosamente individuate e che, in particolar modo, si mostrino di particolare rilevanza al fine di assicurare la tutela degli interessi protetti. Proprio su tale presupposto si fonda l'intera disciplina delle misure cautelari, la cui applicazione risponde esclusivamente al soddisfacimento di determinate esigenze di protezione e termina nel momento stesso in cui costoro vengono meno. In assenza di tali finalità, il provvedimento restrittivo, come ampiamente evidenziato nei paragrafi precedenti, sarebbe sostanzialmente iniquo e illegittimo in relazione ai principi costituzionali (primo fra tutti, l'articolo 13 della Costituzione) e sovranazionali, concernenti la tutela della libertà personale dell'individuo. Coglie, pertanto, nel punto, autorevole

[229] Cass. Sez. VI, 11 luglio 2006
[230] S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, cit., p. 47

dottrina, nel sostenere che «le esigenze cautelari costituiscono l'autentico discrimine al cospetto del giudizio di condanna, senza il quale la restrizione provvisoria della libertà personale non potrebbe dirsi legittima per contrasto con la presunzione di innocenza» [231].

All'interno del nostro sistema processuale, il legislatore ha espresso, quindi, la logica cautelare tramite la fissazione tassativa di specifiche esigenze, ossia i c.d. *pericula libertatis*, all'interno dell'articolo 274 c.p.p., il quale ne delinea, in particolare, tre, rispettivamente riconducibili a diversi valori ritenuti degni di tutela: pericolo di inquinamento del materiale probatorio, pericolo di fuga, pericolo di reiterazione di condotte delittuose (*rectius*: pericolosità sociale della persona). La formulazione originaria del codice di procedura penale del 1988 si contraddistingueva per un'impostazione improntata a un finalismo "puro": l'applicazione di qualsivoglia misura risultava possibile soltanto in presenza di un'esigenza cautelare tra quelle positivamente previste, nel rispetto rigoroso dei principi di adeguatezza e proporzionalità. In epoca successiva, per effetto di interventi legislativi riconducibili a logiche di "politica dell'emergenza criminale[232]", tale impostazione è stata sostanzialmente attenuata: elementi estranei alla logica cautelare si sono infatti progressivamente sovrapposti, riattivando in parte scenari di ispirazione autoritaria. L'esperienza del codice Rocco del 1930 – e, in particolare, la vigenza, ai tempi, dell'istituto della cattura obbligatoria – rende evidente la sussistenza di una stretta correlazione tra impostazione autoritaria del sistema processuale e disciplina della libertà personale, ponendo così in luce il rischio di una regressione verso modelli meno rispettosi delle prerogative difensive e del principio di presunzione di innocenza. Invero, in un sistema democratico – a differenza del sistema autoritario – l'antinomia tra autorità e libertà deve ritenersi un falso problema, in quanto ambedue gli aspetti devono essere proiettati verso la medesima direzione: lo scopo politico del processo deve, infatti, sempre concernere l'accertamento condotto nell'estremo rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo.

---

[231] NEGRI, *Fumus commissii delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Milano, 2004, 57

[232] Si fa riferimento, in particolar modo, all'introduzione di ipotesi di presunzione di adeguatezza della sola misura della custodia cautelare in carcere, in relazione a talune fattispecie di reato. Un sistema che, di fatto, rievoca il precedente sistema della c.d. "cattura obbligatoria".

La previsione normativa pone l'accento su due rilevanti riflessioni: da una parte sottolinea che ciascuna delle esigenze declinate è di per sé sufficiente nel legittimare il ricorso alla misura cautelare; dall'altra, evidenzia che nessuna misura può essere disposta se non a seguito di un concreto accertamento dell'esistenza di una di tali esigenze. La puntualizzazione ed estrema precisione utilizzata dal legislatore è finalizzata a meglio definire i criteri di esercizio della discrezionalità del giudice[233]: l'utilizzo di incisi, avverbi ed esplicitazioni di principio trova la sua *ratio* nell'esigenza di impedire che le misure cautelari vengano utilizzate per finalità improprie e far si che trovino applicazione sempre nel rispetto dei diritti e delle libertà dell'individuo. Per ognuno di tali *pericula*, inoltre, la disposizione richiede concretezza e attualità, al fine di rasentare la certezza del verificarsi dell'evento che si vuole evitare: ciò, consequenzialmente, impone al giudice di fornire un'adeguata motivazione in relazione a tale giudizio di elevata probabilità di verificazione – sebbene trattasi di un giudizio che non potrà assurgere ai medesimi livelli di probabilità riferiti ai gravi indizi di colpevolezza, avendo ad oggetto non un fatto passato ma un fatto futuro del quale si può solo prevedere l'accadimento -. Il termine "pericolo", pertanto, indica la probabilità che un certo evento pregiudizievole effettivamente accada; "concretezza" ed "effettività" (da preferire al termine "attualità" qualificano la probabilità che il termine pericolo esprime, determinando, così, che il giudizio che l'evento temuto si realizzi sia definito in termini di "alta probabilità" dell'avverarsi dello stesso[234].

Sul tema, è opportuno riservare uno specifico spazio alla questione relativa al preesistente stato di detenzione (per effetto di altro titolo custodiale ovvero esecutivo) in relazione al giudizio di sussistenza di concreto pericolo. In linea generale, si esclude che l'attualità dello stato detentivo possa precludere l'emissione di un titolo cautelare. Tale conclusione si fonda su una duplice asserzione: da una parte si ritiene che il precedente titolo detentivo non sia di per sé sufficiente ad impedire l'insorgenza delle situazioni legittimanti l'adozione di una misura cautelare; dall'altra, si afferma che non si può tantomeno escludere in maniera assoluta che l'imputato possa recuperare, anche temporaneamente e per

[233] GREVI, *Misure cautelari in Compendio di procedura penale*, G. Conso e V. Grevi (a cura di), Padova, 2006, 368
[234] S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, cit., p. 56

qualsiasi ragione, la libertà [235]. Si evince, dunque, la necessità di prevenire aprioristici schemi di ragionamento che ritengano sempre insussistente il *periculum libertatis*, ovvero, viceversa, sempre irrilevante tale situazione di detenzione preesistente ai fini della valutazione di sussistenza delle esigenze cautelari. Principio fondamentale è che il giudice deve sempre apprezzare tutte le esigenze in concreto – non potendo, naturalmente, esimersi dal considerare, sempre in termini di concretezza ed effettività, l'esistenza del pericolo di volta in volta prospettato – e valutare se, nel caso di specie, lo stato detentivo gli precluda o meno di tenere quelle condotte in cui si sostanzia il pericolo. Naturalmente, in ragione dello stato detentivo, appare difficilmente ipotizzabile che possano concretizzarsi le esigenze cautelari di cui all'art. 274, lett. *b)* e *c),* poiché la privazione della libertà personale riduce sensibilmente il pericolo di inquinamento probatorio e di reiterazione criminosa. Tuttavia, la stessa giurisprudenza ammette che tale astratta escludibilità non impedisce che il giudice possa e debba accertare caso per caso se tali pericoli possano in concreto essere presenti oppure che il titolo di custodia cautelare, aggiunto ad un preesistente stato di detenzione, svolga effetti diversi da quelli che la misura già in corso di esecuzione è capace di produrre[236]. Per quanto concerne la valutazione della sussistenza dei *pericula libertatis* contestualmente alla pronuncia di una sentenza di condanna, prescrive il comma 1-*bis* dell'art.275 c.p.p., introdotto dall'articolo 14 della legge n. 128 del 2001, che - al fine di condurre una prognosi circa l'eventuale esistenza delle esigenze indicate nell'art.274 comma 1 lett.*b)* e *c)* - l'esame debba essere condotto tenendo conto anche dell'esito del procedimento, delle modalità del fatto e degli elementi sopravvenuti. Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione, tale norma consente l'applicazione della custodia cautelare al termine dell'accertamento dibattimentale della colpevolezza dell'imputato, anche se essa sia stata precedentemente revocata per carenza dei gravi indizi di colpevolezza (ed anche sulla base del solo dispositivo di condanna, qualora la motivazione della sentenza non sia stata ancora depositata)[237]. L'articolo 275, comma 2-*ter*, c.p.p., introdotto dalla medesima legge, stabilisce, invece, che, per quanto concerne la sentenza di condanna pronunciata in appello, le misure

[235] Cass. Sez. II, 30 gennaio 1998, Largo, n CED Cassazione, n. 209584
[236] Cass. Sez. IV, 25 luglio 1996, n.1913, Schelcht, in CED Cassazione, n. 205460
[237] Cass., Sez. I, 26 febbraio 2009, n. 11860, C., Cass. pen., 2010, p. 3547

cautelari personali devono essere sempre disposte contestualmente alla sentenza, qualora, e a condizione che: a) a seguito della verifica condotta ai sensi del comma 1-*bis*, risultino ancora sussistenti le esigenze cautelari previste dall'articolo 274; b) la condanna riguardi uno dei reati indicati dall'articolo 380, comma 1, c.p.p. (per i quali l'arresto in flagranza è obbligatorio); c) il fatto risulta commesso da un soggetto già condannato, nei cinque anni precedenti, per delitti della stessa natura. A tal proposito, parte della dottrina [238] sostiene che tale norma, di difficile interpretazione, debba essere intesa nel senso che, qualora ricorrano le condizioni da essa previste, il giudice d'appello possa applicare le misure cautelari personali anche in assenza di una specifica richiesta avanzata dal Pubblico Ministero. Quest'ultima esegesi, tuttavia, non può essere condivisa in quanto darebbe vita ad un'eccezione pericolosa al fondamentale principio dispositivo sancito dall'articolo 291 comma 1 c.p.p. (la cui violazione è sanzionata con la nullità ai sensi dell'articolo 178, lettera b), c.p.p.) - in forza del quale il giudice non può mai disporre *ex officio* l'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale, ma è sempre necessaria una richiesta da parte dell'organo inquirente -. Pertanto, in conformità a tale principio, è preferibile l'interpretazione secondo cui il legislatore, attraverso la previsione in esame, abbia voluto semplicemente sollecitare il giudice d'appello, nei limiti dei casi previsti dall'articolo 275 comma 2-*ter*, a disporre l'applicazione delle misure personali laddove sussistano le esigenze cautelari previste dal comma 1-*bis*, ma esclusivamente su domanda del Pubblico Ministero. Tuttavia, non ci si può esimere dal considerare che la norma in esame veicola, di fatto, un'impostazione metodologica errata nei confronti dell'autorità giudiziaria, poiché, imponendo una rivalutazione delle esigenze cautelari alla luce della sopravvenuta sentenza di condanna in appello, induce l'organo inquirente a formulare richiesta e il giudice a disporre una restrizione della libertà personale in virtù della condanna stessa. In tal modo, si insinua l'idea che la presunzione di innocenza, sancita dall'articolo 27, comma 2 della Costituzione, possa subire una specie di attenuazione a seguito della pronuncia di un verdetto di colpevolezza in sede di appello. Invero, tale timore si è ben presto concretizzato per il tramite dei principi di diritto e l'interpretazione adottata dalla giurisprudenza di legittimità in

[238] G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2018, p.304

relazione alle norme in esame. La Corte di Cassazione[239] ha infatti chiarito che la *ratio* della disposizione in esame, introdotta con la legge n. 128 del 2001 nell'ambito del cosiddetto "pacchetto sicurezza", consista proprio nel rafforzare la tutela della collettività contro il rischio di recidiva da parte di soggetti già condannati in appello, e dunque che, laddove sussistano i presupposti enucleati dal comma 2-*ter*, il giudice d'appello sia addirittura obbligato a disporre una misura cautelare personale: la disposizione de *qua* si trasforma, così, in una presunzione *iuris tantum* di sussistenza delle esigenze cautelari in virtù della doppia conforme condanna. Trattasi, naturalmente, di un'esegesi non condivisibile, in quando conduce ad un irrimediabile conflitto con il principio di presunzione di innocenza. Pertanto, è auspicabile un mutamento dell'indirizzo ermeneutico assunto dalla Suprema Corte.

Rimandando un'esposizione più esaustiva ai capitoli successivi, si procederà, in questa sede, ad una concisa disamina delle esigenze cautelari prospettate dall'art.274 c.p.p.

Il primo *periculum libertatis* considerato, di natura processuale, viene definito come "inquinamento probatorio": l'articolo 274 comma 1 lett. *a)* configura l'esigenza cautelare probatoria nella presenza di specifiche e imprescindibili necessità legate alle indagini sui fatti oggetto del procedimento, laddove si rinvenga un concreto e attuale pericolo per l'acquisizione o l'integrità della prova. Tale pericolo deve essere fondato su circostanze di fatto esplicitamente indicate nel provvedimento, la cui omissione determina una nullità rilevabile d'ufficio. Si specifica, inoltre, che tali situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né tantomeno nella mancata ammissione degli addebiti. Tale previsione, dunque, individua la prima fondamentale esigenza cautelare nell'ambito delle necessità investigative e probatorie.

La seconda fattispecie presa in considerazione dal legislatore come legittimante l'adozione di una misura cautelare, riguarda, invece, il pericolo di fuga: l'art.274 comma 1 lett. *b)* considera l'ipotesi in cui l'imputato si sia dato alla fuga, ovvero sussista il concreto pericolo che ciò possa accadere. Tale previsione

[239] Cass., sez. I, 4 giugno 2001, n.28555, Gallo, in CED Cassazione, n. 218109

persegue, pertanto, lo scopo di impedire che la persona sottoposta al procedimento possa sottrarsi all'esecuzione di una eventuale sentenza di condanna, divenuta esecutiva. Si specifica, altresì, che tale misura possa trovare applicazione solo con riferimento a casi in cui il giudice ritenga di irrogare una pena superiore a due anni di reclusione; nonché il principio per cui le situazioni di concreto e attuale pericolo non possano essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede. La *ratio* dell'esigenza in esame risiede, dunque, nella necessità di prevenire il rischio che il soggetto eluda l'esecuzione della sanzione che potrebbe essere eventualmente comminata.

Infine, l'ultima esigenza delineata (nonché, come si è già ribadito, la più problematica) concerne la c.d. "pericolosità sociale": l'art.274 comma 1 lett. *c)* prevede che la misura cautelare possa essere applicata quando «*per specifiche modalità e circostanze del fatto o per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto pericolo che questi commetta altri gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero che commetta delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per il quale si procede*». Nell'ultimo caso preso in considerazione (laddove per reati della stessa specie si intendono le fattispecie delittuose che offendono lo stesso bene giuridico) si specifica che la misura potrà essere applicata solo se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti. Infine, si precisa che le situazioni di concreto e attuale pericolo, anche in relazione alla personalità dell'imputato, non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede.

6. Criteri di scelta delle misure

Uno degli aspetti fondamentali, nonché caposaldo del codice del 1988, nell'ambito dell'applicazione di una misura cautelare personale, concerne l'elaborazione di criteri idonei a selezionare, tra quelle previste dall'ordinamento, la misura più adeguata a garantire la tutela delle specifiche esigenze cautelari

concretamente riscontrate. A differenza che in passato, infatti, l'ordinamento processuale contempla una pluralità di misure cautelari personali – e in particolare, una moltitudine di misure aventi natura coercitiva – tra loro progressivamente graduate in base all'intensità del sacrificio imposto: esse risultano articolate, quindi, secondo una gradazione progressivamente più restrittiva, al cui vertice si trova, naturalmente, la misura custodiale in carcere. Tale pluralità di misure esistenti sottintende la volontà del legislatore di modulare la risposta cautelare a seconda della quantità e qualità dei pericoli reali da tutelare: in quest'ottica, non si può non evidenziare e lodare la coerenza nella traduzione normativa dei principi costituzionali. D'altro canto, va sottolineato che l'adozione di un regime cautelare del tutto affidato al corretto esercizio del potere discrezionale "vincolato" è progressivamente scemata e diminuita nel tempo, a seguito di innumerevoli interventi legislativi che hanno modificato gli originali criteri di riferimento, incidendo sulla loro validità[240]. L'art.275 c.p.p. – norma centrale in tema di criteri di scelta delle misure – è stato sottoposta ad un susseguirsi di revisioni, spesso motivate dalla necessità di correggere squilibri createsi o di rispondere a emergenze relative alle specifiche esigenze sorte in determinati momenti storici. Il risultato è una norma la cui struttura si presenta come il prodotto di una serie di sovrapposizioni normative[241], costellata da presunzioni di adeguatezza, deroghe a queste ultime, e deroghe rispetto alle deroghe[242]. In questo specifico ambito, pertanto, si sono riversate le problematiche attinenti alla sicurezza dei cittadini, nonché le maggiori tensioni politiche ed una serie di necessità indotte da fenomeni criminali e/o eventi particolarmente drammatici che hanno segnato la storia del nostro ordinamento. In tal modo, tuttavia, emerge chiaramente il rischio di una politica penale "emergenziale", orientata a fornire risposte solo superficiali e

[240] Così, DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi,* in AA.VV., *Trattato di procedura penale,* diretto da SPANGHER, vol. II, tomo II, 2008, p. 78; sul profilo della discrezionalità del giudice della cautela si veda FERRAIOLI, *Misure cautelari,* in *Enc. Giur. Treccani,* vol. XX, Roma, 1990, p. 8; MARZADURI, *Misure cautelari personali (principio generali e disciplina),* in *Dig. disc. pen.,* vol. VIII, Torino, 1992, p. 72 ss.

[241] Si registrano, infatti, almeno sei novelle che si sono succedute (senza voler citare i vari decreti-legge non convertiti): partendo dalla l.n. 203/91; quindi la 356/91; poi la 332/95; ancora la 231/99; la 4/2001 e d infine la 128/2001.

[242] Per una lettura generale della disposizione cfr. CHIAVARIO, *sub art. 275*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di CHIAVARIO, III, Torino, 1990, 60 ss.; ma anche, per un esame della disposizione dopo la l. 332/1995*,* MARZADURI*, sub art. 275,* in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, cit., 163 ss.

apparenti, volte principalmente a placare le maggiori preoccupazioni sociali, attraverso strumenti non sempre realmente efficaci e soluzioni raramente organiche. Tali scelte, di fatti, spesso sembrano essere maggiormente finalizzate all'esemplarità, piuttosto che all'efficienza: in tal modo, il primo ad essere disorientato è lo stesso interprete, chiamato ad orientarsi all'interno delle molteplici interpolazioni, prive di sistematicità.

Il giudice, quindi, nella scelta dell'*an* e del *quomodo* della misura cautelare ha una significativa libertà di valutazione (potendo scegliere sia se applicare la misura, sia le modalità della stessa), fermo restando il duplice limite di quanto richiesto dall'organo requirente (non è possibile disporre una misura più gravosa rispetto a quella richiesta) e dei "paletti" posti dal codice di rito. In questi termini si comprende come la *ratio* di tali criteri, sia, ancora una volta, per l'appunto, quella di limitare e vincolare la discrezionalità del giudice, in modo tale da assicurare il rispetto dell'inviolabilità della libertà personale[243] ed il principio del "minor sacrificio possibile"[244] (necessità, questa, emersa in entrambe le leggi di delega per l'emanazione del codice di procedura penale): la dottrina parla a tal proposito di «discrezionalità vincolata a parametri di ragionevolezza predeterminati dal legislatore»[245]. Il disposto dell'art.275 richiede, dunque, che nel disporre le misure, il giudice tenga conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto; inoltre, ai sensi del secondo comma, ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o che si ritiene possa essere irrogata. Da ultimo, si specifica (al terzo comma) che, per quanto concerne la misura della custodia cautelare in carcere, essa può essere disposta solo laddove tutte le altre misure (si intende sia coercitive che interdittive), seppur applicate cumulativamente, risultino inadeguate. Secondo questi "principi-guida" sanciti dalle tre disposizioni in successione,

[243] CORSO, *Misure cautelari,* in *Manuale di procedura penale*, Pisani, Molari, Perchinunno, Corso (a cura di)*,* Bologna, 1997, p. 275.
[244] CURTOTTI, voce *Custodia cautelare, (presupposti, vicende, estinzione),* in *Dig. d. pen.*, Agg. III, 2005, p. 296
[245] TONINI, *Manuale di procedura penale*, VI ed., Milano, 2005, 339. Nella stessa ottica, si è affermato in giurisprudenza (da ultimo Cass. pen. sez. III, 13 novembre 2002, Angrisani, in CED 223473) che il giudice debba applicare una delle cautele previste dalla legge seguendo i criteri di proporzionalità e adeguatezza, non essendogli invece consentita una completa rinuncia al trattamento cautelare sul presupposto della ritenuta inidoneità di ciascuna delle misure astrattamente applicabili all'effettiva tutela delle esigenze individuate

all'interno del catalogo delle misure cautelari personali messe a disposizione dal legislatore, la scelta dell'adozione di una piuttosto che un'altra deve essere improntata ai criteri di "adeguatezza" e "proporzione" relativamente alle specifiche esigenze da soddisfare nel caso concreto, includendovi altresì la prognosi della possibile sanzione eventualmente irrogabile al termine del procedimento. Le scelte legislative hanno quindi imposto *in primis* l'accertamento della sussistenza delle condizioni generali (art. 273 c.p.p.) e dei *pericula libertatis* (art. 274 c.p.p.); successivamente, la valutazione deve svilupparsi individuando il mezzo più adeguato e proporzionato per tutelare concretamente le esigenze a rischio. Valutazioni, si comprende, indefettibili al fine di imporre una misura che limiti nel modo meno gravoso possibile la libertà personale dell'individuo, guardando altresì al futuro (in relazione alle sanzioni concretamente applicabili in sede di condanna) in modo da prevenire la causazione di danni indebiti ineliminabili.

6.1 Adeguatezza

Il primo criterio sancito dall'articolo 275 c.p.p. è quello dell'adeguatezza, il quale indubbiamente rappresenta l'esatta attuazione del generale principio del "minor sacrificio necessario", imponendo al giudice di selezionare, tra le varie misure astrattamente idonee a soddisfare i *pericula libertatis* prospettati, quella che implichi la minore restrizione della libertà personale. Costui dovrà quindi tener conto della specifica idoneità di ciascuna misura in relazione al grado e alla natura delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso specifico, in modo tale da scegliere quella meno gravosa: a tale potere di scelta, naturalmente, corrisponde un obbligo di motivazione del provvedimento cautelare, al fine di consentire un successivo ed eventuale sindacato circa la congruità del sacrificio imposto alla libertà personale in relazione all'esigenza da soddisfare. È fondamentale, dunque, che vi sia piena corrispondenza tra i *pericula libertatis* individuati e la misura applicata, al fine di precludere l'imposizione di un sacrificio inutilmente vessatorio. In tale ambito, ad esempio, la Corte di ultima istanza ha sancito l'illegittimità – per violazione del canone di adeguatezza – della misura dell'obbligo di dimora in un diverso comune da quello di svolgimento dell'attività lavorativa, imposta nei confronti di un pubblico ufficiale autore di delitti contro la Pubblica Amministrazione al fine di prevenire il rischio di reiterazione del reato, sostenendo che tale esigenza potesse

essere adeguatamente soddisfatta tramite l'applicazione della meno grave misura interdittiva della sospensione dal servizio[246]. Il grado e la natura delle esigenze da soddisfare in concreto, si specifica, devono sempre essere valutati tenendo conto di situazioni (oggettive o soggettive) che siano riferibili esclusivamente al soggetto nei cui confronti si procede, e mai, invece a circostanze ambientali indipendenti dalla sua volontà. La valutazione relativa alla congruità della misura è, come si è detto, agevolata dalla predisposizione delle misure cautelari secondo una scala crescente, il cui inizio è rappresentato dalla misura meno gravosa, per giungere, al termine, alla custodia cautelare (prima quella domiciliare, seguita da quella carceraria).

La *ratio* dell'introduzione di una pluralità di misure caratterizzata da gradualità è stata quella di ridurre il più possibile l'originale e tradizionale propensione verso l'applicazione sistematica della custodia cautelare in carcere[247]. Secondo autorevole dottrina, ciò avrebbe dovuto imporre una *regula iuris* che individui «*nel ricorso alla carcerazione dell'imputato una vera e propria extrema ratio, tale cioè da utilizzarsi soltanto qualora nello specifico le esigenze cautelari non possono venire soddisfatte da nessuna diversa, o meno vessatoria, forma di limitazione della libertà*»[248]. Tale finalità è espressamente contemplata dal terzo comma dell'art.275 c.p.p., il quale (perlomeno nella formulazione iniziale, non intaccata dalle successive modifiche derogatorie) stabilisce che la custodia carceraria possa trovare applicazione esclusivamente laddove ogni altra misura risulti inadeguata al caso concreto, trattandosi dell'atto coercitivo più grave ed estremo. Sul punto, occorre sottolineare che la natura eccezionale delle misure inframurarie (si intende, in via anticipata rispetto alla sentenza definitiva) emerge altresì dal confronto con la normativa disciplinata dalla Legge 9/2012 (di conversione del decreto legge n. 211/2011) la quale impone la regola per cui l'organo requirente deve disporre la custodia dei soggetti arrestati in flagranza (con riferimento a reati di competenza del Tribunale monocratico in virtù della convalida

[246] Cass. Sez. VI, 6 ottobre 2011, n.36265 in CED Cassazione, n. 251242
[247] Cfr. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, supplemento ordinario n. 2 alla Gazzetta Ufficiale, n. 250 del 24 ottobre 1988*, secondo cui il nuovo codice di procedura penale ha perseguito così il risultato del «potenziamento della pluralità di strumenti cautelari mirante a ridurre la tradizionale propensione ad un eccessivo ricorso alla custodia carceraria»
[248] GREVI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996, 298

e del contestuale giudizio per rito direttissimo) presso il loro domicilio (ex art.284 c.p.p.), ovvero – in caso di inidoneità di quest'ultimo o di ubicazione al di fuori del circondario ove l'imputato si trovi – presso le camere di sicurezza delle forze di polizia. Solo in caso di ulteriore indisponibilità di queste, ovvero laddove ricorrano altre specifiche ragioni di necessità ed urgenza, sarà possibile protendere per la custodia cautelare in carcere. Peraltro, con riferimento all'obbligo di motivazione che si evince dal combinato disposto di cui agli articoli 275 comma 3 (prima parte) e 292 comma 2 lett. *c-bis)* c.p.p. – norma che, nel caso di applicazione della misura custodiale in carcere, espressamente richiede l'esposizione e valutazione, nella motivazione dell'ordinanza applicativa della misura, delle concrete ragioni per cui questa sia stata l'unica misura ritenuta applicabile – vi sono state una serie di massime della giurisprudenza che rischiano di introdurre, effettivamente, una presunzione di pericolosità sociale, e dunque di applicazione obbligatoria della misura più gravosa, per tipologie di reato non espressamente incluse dal legislatore nel novero delle ipotesi derogatorie di cui all'art.275 comma 3 c.p.p. Ad esempio, si è sostenuto che in tema di scelta e adeguatezza delle misure cautelari, ai fini della motivazione del provvedimento di custodia in carcere non sia necessaria un'autentica dimostrazione delle ragioni che rendono inadeguata ogni altra misura, ma è sufficiente che il giudice indichi, con argomenti logico-giuridici tratti dalla natura e dalle modalità di commissione dei reati nonché dalla personalità dell'indagato, gli elementi specifici che, nella singola fattispecie, fanno ragionevolmente ritenere la custodia in carcere come la misura più adeguata a impedire la prosecuzione dell'attività criminosa, rimanendo in tal modo superata e assorbita l'ulteriore dimostrazione dell'inidoneità delle subordinate misure cautelari [249] . Una conclusione del genere (relativamente all'introduzione di meccanismi di applicazione obbligatoria della custodia cautelare in carcere) sarebbe illegittima su due fronti: in positivo, confliggerebbe con la prescrizione di cui all'art.275 comma 3 c.p.p. (prima parte); in negativo, invece, con l'evidenza per cui il legislatore, quando ha avuto l'intenzione di introdurre automatismi del genere, lo ha fatto espressamente (si evince, per l'appunto, dalla seconda parte del comma 3). L'interpretazione data dalla giurisprudenza, quindi, non è condivisibile: in tale

[249] Cass. sez. II, 12 luglio 2007, n.35477, Scettro, in Guida al diritto, 2004, n.49, p.92

materia, l'argomentazione delle motivazioni che impediscono l'adozione di una misura cautelare meno gravosa assume il ruolo di una vera e propria prova di resistenza. Essa risulta, infatti, particolarmente significativa nel verificare che sia stata effettivamente condotta un'analisi complessiva e comparativa delle misure disponibili o se, al contrario, ci si sia limitati a controllare esclusivamente l'adeguatezza di una singola misura.

In conclusione, in assenza di specifiche e reali motivazioni strettamente legate alla misura cautelare da adottare, non è mai ammissibile comprimere taluni diritti fondamentali della persona nell'attuazione della restrizione. Il principio di adeguatezza impone una scelta proporzionata all'effettiva rilevanza delle esigenze cautelari e, in particolar modo, alla possibilità concreta di garantirne la tutela

6.2 Proporzionalità

Il secondo principio sancito dal legislatore, nell'ambito dei criteri di scelta della misura cautelare da applicare, concerne il c.d. "principio di adeguatezza"[250]: esso impone la congruità di tipologia e durata della misura (sotto il profilo della *deminutio libertatis* che ne deriva all'imputato) rispetto alla gravità del fatto addebitatogli e, quindi, al *quantum* di pena che in concreto (alla luce della complessiva situazione processuale) possa essergli irrogata[251] - ovvero gli sia già stata irrogata laddove la misura sia applicata a seguito di una sentenza di condanna ex art.275 commi 1-*bis* e 3-*ter* c.p.p -. È stato rilevato in dottrina[252], che tale criterio rappresenta un'attenta specificazione del più ampio e generale principio di proporzionalità, inteso quale canone interpretativo già iscritto nella formula "gravi indizi di colpevolezza", che concerne l'intero sistema delle misure cautelari personali. Quest'ultimo, come più volte rilevato, avrebbe infatti la funzione di precludere che le libertà dell'imputato possano subire, *in cursu iudicii*, trattamenti peggiori di quelli prognosticabili al termine del giudizio definitivo e dunque che l'imputato possa soffrire degli indebiti sacrifici e restrizioni della propria libertà personale. Il principio di proporzionalità, dunque, impone che, in ogni stato e grado

[250] Trattasi di un principio che trova le sue radici in un risalente auspicio della dottrina. Per una disamina completa si veda V. GREVI, *Commento all'art. 9 l. 28/7/1984 n. 398*, in LP 1985, p. 156 ss.
[251] V. GREVI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996, 299
[252] NEGRI, *Fumus commissii delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Milano, 2004, 242

del procedimento, debba esservi proporzione tra la misura da applicare e l'entità del fatto contestato e la sanzione che si ritiene irrogabile. Il giudice, pertanto, nel selezionare la misura, dovrà valutare non soltanto l'idoneità della stessa a soddisfare le esigenze cautelari, ma anche la sua proporzionalità, tenendo conto della limitazione della libertà personale che ne conseguirebbe per l'imputato, in relazione sia alla gravità del fatto contestato, sia al *quantum* di pena astrattamente irrogabile. Una concretizzazione di tale principio si rinviene, in particolar modo, nell'art.275 comma 2-*bis* c.p.p.[253], ai sensi del quale non è possibile applicare la misura della custodia cautelare in carcere laddove si ritiene che con la sentenza definitiva possa essere applicata la sospensione condizionale della pena: in tal caso, è evidente la mancanza di proporzionalità tra tale misura e l'eventualità di una pena che potrebbe non essere mai portata ad esecuzione in virtù dell'operatività dell'istituto di cui agli artt.163 ss. c.p[254]. La norma è stata introdotta al fine di sedare un dibattito dottrinale e giurisprudenziale concernente la questione se la sospensione della pena rientrasse o meno nelle cause di estinzione del reato e pena – e dunque se fosse sottoposta alla regola di cui all'art.273 comma 2 c.p.p. –. Tuttavia, tale introduzione ha dato vita ad ulteriori contrasti, non essendo di agevole interpretazione e comprensione. *In primis*, si ritiene di dover respingere l'opinione di taluni orientamenti dottrinali[255], secondo cui il giudice non può esimersi dall'applicazione della misura custodiale sulla base di una mera prognosi di applicabilità della sospensione condizionale, ritenendo inapplicabile, in tal caso, il comma 2 dell'art.273 c.p.p. in quanto trattasi di una causa di estinzione del reato il cui effetto estintivo è pur sempre subordinato al verificarsi delle condizioni di cui agli artt.167-168 c.p. (dunque tale causa di estinzione non esisterebbe *ab initio* nel momento di formulazione del giudizio cautelare). La ragione di tale respingimento risiede nel fatto che l'art.272 comma 2 c.p.p., non richiede una diagnosi di applicazione, quanto piuttosto una prognosi di applicabilità delle cause di

[253] Introdotto con legge 8 agosto 1995, n. 332 e, successivamente, sostituito dal d.l. 26 giugno 2014, n. 92 convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 117

[254] ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale,* Siracusano ed altri (a cura di), p. 419 sostiene che tale disposizione contribuisce a conferire al principio di proporzionalità anche il significato per cui non bisogna far pagare all'imputato un prezzo che egli non sarà probabilmente chiamato a sostenere neanche dopo la condanna

[255] S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, G. SPANGHER E C. SANTORIELLO (a cura di), Torino, 2009, p.75

estinzione del reato o della pena, indipendentemente dal momento in cui esse si avvereranno: pertanto, è da escludere un'incompatibilità ontologica con l'istituto in esame. Al contrario, si deve ritenere che proprio l'esistenza del generale principio di proporzionalità all'interno del nostro ordinamento preclude al giudice, nel procedimento *de libertate*, di irrogare misure nei confronti di un soggetto in favore del quale sia legittimamente prognosticabile la concessione dell'istituto della sospensione condizionale. D'altra parte (e qui si rinviene un secondo punto di contrasto), si deve, tuttavia, sottolineare come sia la stessa formulazione del comma 2-*bis* – facendo espressamente riferimento alla sola misura della custodia cautelare in carcere – a rendere più complesso, in via oggettiva, sostenere che l'irrogazione di misure diverse da quelle custodiali possa trovare inibizione per il tramite di una prognosi di concedibilità della sospensione condizionale, in virtù dell'art.273 comma 2 c.p.p[256]. In questo senso si è da subito orientata, infatti, la giurisprudenza di legittimità, secondo la quale la prospettiva di una possibile concessione della sospensione condizionale (ai sensi dell'ultima norma citata) non è impeditiva dell'adozione di una misura cautelare personale, poiché per l'applicazione delle norme occorre che la causa estintiva sia irrimediabilmente operante (mentre quella derivante dalla sospensione condizionale è pur sempre subordinata al decorso del tempo senza che il condannato commetta una contravvenzione o un delitto della stessa indole e adempia gli obblighi impostigli): tale interpretazione, si afferma, è confermata proprio dall'introduzione del comma 2-*bis* all'interno dell'art.275, che pone limiti esclusivamente all'applicabilità delle misure custodiali più afflittive[257]. In tale ambito, altra questione particolarmente dibattuta concerne l'applicabilità del divieto *de qua* anche agli arresti domiciliari, i quali, in diverse disposizioni normative, sono stati equiparati alla custodia cautelare in carcere. Sul punto, l'orientamento prevalente risponde affermativamente, ritenendo che, nell'ambito della scelta della misura cautelare, tale divieto si estenda anche agli arresti domiciliari, in considerazione della previsione di cui all'articolo 284 comma 5 c.p.p. secondo cui l'imputato sottoposto a tale misura è da considerarsi in stato di

[256] M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale, profilo istituzionale*, Torino, 2005, p. 489
[257] Cass. Sez. III, 14 gennaio 1997, n.58, Siciliano, in Giustizia penale 1998, III, p.252

custodia cautelare[258]. Tuttavia, sebbene tale interpretazione trovi fondamento nel dato testuale della norma, alcuni autori l'hanno ritenuta non del tutto convincente sotto il profilo dei principi generali[259]. Infatti, l'applicazione di una misura restrittiva nei confronti di un soggetto che, in prospettiva, potrà beneficiare della sospensione condizionale della pena, comporta un'incisione sulla libertà personale del tutto assimilabile, nella sua essenza, a quella derivante dall'applicazione di una misura detentiva, con effetti restrittivi analogamente significativi. In altri termini, in ogni caso si va a comprimere la libertà personale nei confronti di un soggetto che all'esito del processo potrebbe non scontare, di fatto, nessuna sanzione. Per quanto riguarda, invece, l'operazione valutativa che deve essere posta in essere dal giudice al fine di ritenere sussistente la possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena al termine del giudizio, si ritiene che essa dovrà concernere i presupposti richiesti dagli articoli 163 e 164 c.p., nonché essere condotta secondo i parametri della gravità del fatto e della capacità a delinquere di cui all'art.133 c.p. (il quale formula una serie di indici inerenti al delitto contestato, alla modalità di esecuzione, alla personalità dell'indagato). La prognosi, per tanto, dovrà vertere sulla previsione che l'imputato si asterrà dalla commissione di ulteriori reati[260]. Si comprende, a questo punto, l'evidente collegamento (in termini di alternatività) con l'esigenza cautelare di cui alla lettera *c)* dell'art.274 comma 1 c.p.p.: la pericolosità sociale, da un lato si pone come presupposto positivo per la sussistenza del *periculum libertatis*, mentre dall'altra costituisce indubbiamente elemento negativo per l'applicabilità del beneficio in esame. Di conseguenza, laddove il giudice ritenga il soggetto socialmente pericoloso, non potrà sicuramente procedere con una prognosi positiva relativa alla concedibilità della sospensione condizionale della pena.

Merita di essere analizzata anche un'ulteriore tematica: l'eventuale scelta preannunciata da parte dell'imputato di voler accedere alle forme di rito abbreviato (ai sensi degli articoli 439 ss. c.p.p.) ovvero al patteggiamento (ex art.444 c.p.p.) – il cui accoglimento darebbe diritto ad una diminuzione di pena – non può incidere

[258] SPANGHER G., *La sospensione condizionale esclude anche gli arresti domiciliari?* In *Dir. pen. e processo*, 1997, p.238 ss.
[259] A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II, Tomo II, Torino, 2008, p. 84.
[260] CORSO, *Misure cautelari,* in *Manuale di procedura penale*, Pisani, Molari, Perchinunno, Corso (a cura di), Bologna, 1997, p. 276

sul giudizio di proporzione della misura alla pena che il giudice ritenga di poter irrogare, trattandosi di un'evenienza futura e incerta che dipende da un'espressa manifestazione di volontà da parte dell'interessato e dell'organo requirente. Tale approdo consente di ritenere, ragionando *a contrario*, che laddove il soggetto abbia invece presentato richiesta formale di giudizio abbreviato ovvero di applicazione della pena su richiesta (e vi sia stato il contestuale e formale assenso da parte del pubblico ministero, nelle forme e nei tempi richiesti) il giudice, nel procedimento *de libertatis*, dovrà tener conto dell'eventuale diminuzione di pena concedibile per il rito scelto, ai fini del giudizio di proporzione.

Infine, degna di nota è la fattispecie relativa all'applicazione di una misura cautelare post decisione di condanna, per cui il giudizio di proporzionalità ex art.275 comma 2 c.p.p. dovrà essere effettuato non con riferimento ai possibili esiti successivi, bensì tenendo in considerazione esclusivamente la sanzione irrogata.

7. Deroghe al principio di adeguatezza

Come precedentemente anticipato, l'originaria opzione di rimettere la scelta della misura più adeguata alla discrezionalità del giudice è stata fortemente scemata da una molteplicità di interventi normativi che hanno introdotto plurime eccezioni particolarmente inibitrici dei criteri fin qui analizzati. Tali deroghe, introdotte all'interno dello stesso corpo normativo dell'art.275 c.p.p., ne hanno mutato radicalmente la fisionomia, determinandone un progressivo allontanamento dall'originale ed incontaminata logica cautelare, conducendola verso un assetto fortemente influenzato da una logica emergenziale. La seconda parte dell'art.275 comma 3, infatti, si presenta come il risultato di una serie di interpolazioni che hanno portato ad una «differenziazione del regime provocato per diversa gravità degli addebiti» [261]: si da vita, dunque, a delle presunzioni di adeguatezza della sola misura della custodia cautelare (in aperta contraddizione con la prima parte del medesimo comma) in relazione ad una serie di fattispecie delittuose, tassativamente indicate dal legislatore. In tali casi, si impone, pertanto, al giudice l'applicazione della custodia intramuraria (in presenza, naturalmente, dei presupposti applicativi

[261] MARZADURI, voce Misure cautelari personali (Principi generali e disciplina) in Dig. Disc. Pen. Vol. VIII, 1994, p.73

di una misura cautelare) ogniqualvolta siano contestati determinati reati – salvo che siano stati acquisiti degli elementi tali da escludere la sussistenza di esigenze cautelari –. La disciplina del doppio binario cautelare rappresenta un ambito di studio di particolare rilevanza, in quanto, se esaminata in una prospettiva diacronica, consente di evidenziare in modo emblematico l'oscillazione che ha caratterizzato il settore normativo relativo all'incidente *de libertate*, costantemente caratterizzato dall'esigenza di conciliare istanze opposte, securitarie e garantistiche, a seconda delle contingenze storiche e politico-sociali del momento. Tale doppio binario, dunque, si traduce in una deviazione dal normale paradigma cautelare, in relazione a taluni delitti, i quali, ritenuti sintomatici di un peculiare livello di pericolosità, hanno indotto il legislatore ad imporre un'applicazione pressoché automatica della custodia cautelare in carcere. Nella sua ultima versione, quindi, l'art.275 comma 3 (seconda parte) c.p.p. afferma l'obbligatorietà di tale misura laddove ricorrano gravi indizi di colpevolezza in relazione al delitto di stampo mafioso (art.416-bis c.p.); delitto di associazioni sovversive (art.270 c.p.) e delitto di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico (art.270-*bis* c.p.) «salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari».

Prima di comprendere la *ratio* e l'esatta configurazione dell'istituto in esame, occorre procedere con una disamina dell'evoluzione storica e normativa che ha condotto a tale formulazione.

Anzitutto, il c.d. "doppio binario" è stato introdotto, nel nostro ordinamento, già sul finire del 1990, per il tramite di una moltitudine di decreti-legge[262]. Tali interventi hanno immesso, all'interno del sistema cautelare, un regime fondato su una duplice presunzione: inizialmente si trattava di una doppia presunzione semplice, concernente la sussistenza dei *pericula libertatis*, nonché l'idoneità della sola misura custodiale in carcere per soddisfare efficacemente tali *pericula*. Successivamente, per il tramite del decreto-legge 292/1991 (convertito con L.356-1991) la presunzione, così come declinata inizialmente, rimase tale soltanto in relazione alla sussistenza delle esigenze cautelari (per cui si affermava una

[262] Alcuni di essi sono stati reiterati ma non convertiti (ossia i d.l. 324/1990, 5/1991, 76/1991), altri sono stati, invece, convertiti in legge (152/1991 convertito in legge n.203/199).

presunzione *iuris tantum*, dunque superabile): la seconda presunzione, ossia quella relativa all'idoneità della sola misura custodiale in carcere, subì invece una tramutazione in assoluta. Dal punto di vista motivazionale, naturalmente ne consegue un cospicuo alleggerimento degli obblighi del giudice, il quale dovrà solo dimostrare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza concernenti la commissione di un reato rientrante nell'apposito catalogo: in assenza di elementi idonei a confutare le esigenze cautelari – oggetto di presunzione *iuris tantum* - l'automatismo normativo impone al giudice di disporre la custodia cautelare in carcere, basandosi su una presunzione assoluta di adeguatezza di tale unica misura. Per quel che concerne i reati facenti parte di tale elenco in deroga, si suol dire che essi descrivessero un "associazionismo criminoso ad alto tasso di violenza"[263]. Pertanto, sebbene trattasi di un elenco piuttosto esteso, perlomeno vi era una qualche omogeneità (erano ricompresi ad esempio, i delitti di associazione di tipo mafioso, nonché quelli di devastazione, saccheggio e strage; guerra civile; strage; omicidio aggravato; rapina aggravata; estorsione aggravata; sequestro di persona a scopo di estorsione). L'intento del legislatore, si evince chiaramente, era quello di fornire delle risposte repressive immediate all'allarme sociale derivante dalla frequente commissione di talune tipologie di reato, ritenute particolarmente gravi. In seguito, la fattispecie subisce un'ulteriore modifica per il tramite della legge 8 agosto 1995, n.332: trattasi di una legge introdotta nell'ambito di un più amplio intervento finalizzato a porre un limite al ricorso sfrenato alla custodia cautelare in carcere, nonché all'irrobustimento delle garanzie difensive. Con questa modifica normativa non vi è stata una totale eliminazione dell'automatismo introdotto nel 1992, ma ad essa si deve la restrizione dell'originario catalogo di reati: la doppia presunzione si riferisce, ora, solo ai delitti di matrice mafiosa (art. 416-*bis*, i delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* nonché quelli compiuti per agevolare le associazioni di cui all'art. 416-*bis* c.p.). Proprio su tale formulazione si registra il primo intervento della Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi nell'ambito di una vicenda relativa ad alcuni delitti aggravati dalla finalità di agevolazione di associazioni di tipo mafioso. La questione sottoposta al

[263] S. CARNEVALE. *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, in L. Giuliani, La riforma delle misure cautelari personali, 2015, p.107.

vaglio della Corte concerneva la legittimità della presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere in relazione agli articoli 3, 13 comma 1 e 27 comma 2 della Costituzione: in particolare, si contestava a) l'irragionevole disparità di trattamento nel prevedere una risposta cautelare omogenea rispetto a situazioni obiettivamente e soggettivamente diverse; b) la violazione del principio secondo cui la limitazione della libertà personale deve sempre essere circoscritta all'ambito dello strettamente necessario. La Corte risponde a tali censure tramite l'ordinanza n. 450 del 1995, confermando la legittimità costituzionale della norma in questione, evidenziando, in particolar modo, che lo spazio operativo della stessa sia circoscritto alla sola criminalità organizzata di stampo mafioso - il che renderebbe manifesta la non irragionevolezza della scelta legislativa «atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato, rispetto ai quali solo la misura della custodia carceraria appare idonea a neutralizzare il pericolo di recidiva derivante dal presumibile protrarsi dei contatti tra l'imputato e l'associazione». Successivamente, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo sarà chiamata a pronunciarsi sulla questione: analogamente a quanto disposto dal giudice costituzionale, la Corte di Strasburgo confermerà la legittimità del doppio binario cautelare[264], giustificandolo in virtù del suo circoscritto perimetro applicativo, relativo, ai tempi, ai soli delitti di stampo mafioso.

7.1 L'ampliamento dei casi di presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere e la relativa giurisprudenza della Corte costituzionale

Successivo, e drammatico, punto evolutivo, perviene con il decreto-legge, facente parte del c.d. "pacchetto sicurezza", 23 febbraio 2009, n.11 (convertito con legge 23 aprile 2009, n.38): in controtendenza rispetto al precedente intervento contenitivo (operato nel 1995), tale novella amplia notevolmente l'ambito di operatività del meccanismo a duplice presunzione. All'interno del novero di reati per i quali si legittima la deroga in questione vengono, infatti, inseriti molteplici altre fattispecie delittuose, attinenti, soprattutto, ai delitti in materia sessuale.

[264] Corte EDU., 6 novembre 2003, Pantano c. Italia, Legisl. Pen. 2004, p.356

L'intervento normativo si configura come sensibilmente meno coerente e disorganico rispetto a quello attuato nel biennio 1991-1992: ciò in quanto è ispirato da motivazioni di natura eminentemente contingente e da finalità di carattere propagandistico, formalmente giustificate dall'intento di reagire all'allarme sociale generato da taluni episodi criminosi, ampiamente enfatizzati dai mezzi di informazione - in un clima politico, si deve tener conto, influenzato dalla prossimità di una consultazione elettorale -. Come spesso avviene in simili circostanze, l'intervento legislativo non corrisponde ad un'effettiva necessità sistematica: la presunta "esplosione" di determinate fattispecie delittuose (in particolar modo, i casi di violenza sessuale), rappresentata in modo particolarmente allarmistico dal circuito mediatico, non sembra corrispondere alla realtà, essendo stata poi smentita in modo netto dai dati ufficiali.

Pertanto, il catalogo dei reati soggetti alla doppia presunzione, oltre che ad essere notevolmente ampliato, diviene anche poco razionale: vi è *in primis* un'estensione "nominale" tramite l'esplicito riferimento dei singoli delitti soggetti alla deroga – perlopiù delitti in materia sessuale, specie quando ai danni di un minore (artt. 600-*bis* primo comma; 600-*ter*; 600-*quinquies*; 609-*bis*; 609-*quater*; 609-*octies* c.p.) – a cui si aggiunge un rinvio ai commi 3-*bis* e 3-*quater* dell'art.51 c.p.p., relativi alle attribuzioni della procura distrettuale antimafia. Sul punto ha evidenziato onorevole dottrina «la creazione di binari doppi, tripli o quadrupli, operata mediante rimandi a liste preformate per tutt'altri scopi e trasfigurate in norme-simbolo di angosce collettive, è uno dei mali peggiori che affligge la nostra legislazione processuale»[265]. Dinanzi ad un simile costrutto normativo, molteplici erano i dubbi di legittimità costituzionale dell'art.275 comma 3 c.p.p.: di fatto, tale previsione ha subdolamente reintrodotto l'obbligatorietà della custodia carceraria a causa dell'estrema difficoltà, per l'imputato, di adempiere l'onere probatorio che gli consenta di vincere la presunzione *iuris tantum* di sussistenza delle esigenze cautelari. Si tratta, infatti, di dimostrare un fatto negativo (ossia un non-fatto), senza che costui sia legittimato a provare che le esigenze cautelari, nel caso di specie, possano essere soddisfatte tramite una misura più lieve: è stato a tal proposito

[265] S. CARNEVALE. I *limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, in Giuliani Livia (a cura di). La riforma delle misure cautelari personali, 2015, p. 108.

affermato che la disposizione in esame si sostanzia in «una formula legislativa di natura ipocrita che, imponendo una vera e propria *probatio diabolica* in ordine all'insussistenza delle esigenze cautelari, sostanzialmente ripristina la custodia cautelare obbligatoria»[266].

Le numerose critiche nei confronti di tale novella legislativa hanno condotto a (plurimi) inevitabili interventi da parte della giurisprudenza costituzionale, che sul tema, fino alla successiva modifica avvenuta nel 2015, si è espressa addirittura nove volte.

Il primo intervento si è avuto con la sentenza 7 luglio 2010, n.265, con la quale ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art.275 comma 3 secondo e terzo periodo c.p.p., con riferimento ai reati in materia sessuale di cui agli articoli 600-*bis* primo comma, 609-*bis* e 609-*quater* c.p.: in particolare, ha dichiarato l'illegittimità della norma nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti richiamati, «è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure». La ricostruzione operata dalla Corte richiama i 3 parametri costituzionali più rilevanti in materia, individuando una violazione di: a) principio del minore sacrificio necessario della libertà personale in sede di applicazione di misure cautelari; b) articolo 3 Cost., per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti in questione a quelli concernenti i delitti di mafia – non potendosi estendere a tali delitti la medesima *ratio* giustificativa della deroga alla disciplina ordinaria prevista per i procedimenti di mafia, basata sulla struttura della fattispecie e sulle sue connotazioni criminologiche – nonché per l'irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai rispettivi paradigmi punitivi; c) articolo 13 comma 1 Cost., quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale; d) articolo 27 secondo comma Cost., in quanto attribuisce alla misura cautelare tratti funzionali tipici della

[266] LOZZI, *Le misure cautelari personali: presupposti, criteri di scelta e procedimento applicativo*, 2009, p.303.

pena – la ragionevolezza della norma, infatti, non può essere rinvenuta nella gravità del reato (riferita all'entità della pena e all'elevato rango dell'interesse tutelato) poiché trattasi di un parametro rilevante in sede di determinazione della sanzione, ma inidoneo a fungere da elemento preclusivo al fine della verifica della sussistenza e del grado delle esigenze cautelari –. L'ampia rilevanza di tale pronuncia si rinviene soprattutto nell'affermazione per cui l'esigenza di contrastare situazioni di allarme sociale – determinate dall'asserito incremento di determinate forme di criminalità – non può essere in alcun modo annoverata tra le finalità della custodia preventiva, trattandosi di una funzione istituzionale della pena che presuppone la certezza della responsabilità penale dell'individuo. D'altra parte, tuttavia, si suol dire che tale decisione presenti sia luci che ombre, in quanto la Consulta ha deciso intervenire il meno possibile nello spazio decisionale del legislatore: lungi dal dichiarare incostituzionale l'applicazione della doppia presunzione ai procedimenti per tali delitti (con una declaratoria di illegittimità "secca"), il Giudice delle leggi si è infatti limitato a mutare da assoluta (*iuris et de iure*) a relativa (*iuris tantum*) la presunzione di adeguatezza della sola custodia in carcere [267], astenendosi dall'affermare un'ineludibile declaratoria di incostituzionalità tout court della presunzione di adeguatezza e proporzionalità. Pertanto, così facendo, supera l'opposta affermazione racchiusa nell'ordinanza del 1995, riconoscendo (e legittimando) la rilevanza della presunzione di adeguatezza in materia cautelare, vietandone solo il carattere assoluto: la previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza, sostiene, non eccede i limiti di compatibilità con i parametri evocati. Determinanti – al fine di superare la presunzione relativa – saranno le specifiche caratteristiche delle fattispecie incriminatrici sottoposte al giudizio *a quo*, le quali risultano prive dei tratti distintivi propri della fattispecie prevista dall'art. 416-*bis* c.p., assunta dalla Consulta quale paradigma su cui porre in essere il vaglio di ragionevolezza.

La soluzione esposta sarà poi adottata dalla Corte anche in pronunce successive, pervenendo progressivamente alla dichiarazione di parziale illegittimità della presunzione di adeguatezza con riferimento ai singoli delitti che di volta in

[267] E. VALENTINI, *Il "doppio binario cautelare": la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall'art. 275 comma 3 C.P.P.,* Revista Brasileira De Direito Processual Penal, p.1687.

volta sono stati sottoposti al suo scrutinio: più precisamente, ciò è avvenuto relativamente al delitto di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope (per l'eterogeneità delle fattispecie concrete riferibili a tale reato); delitto di omicidio volontario (non essendo un reato che implica necessariamente l'appartenenza ad un vincolo di appartenenza permanente ad un sodalizio criminoso con accentuate caratteristiche di pericolosità); delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (potendo, tale reato, anch'esso essere realizzato con condotte molto diverse tra loro, indipendenti da una struttura criminale organizzata); delitto di cui all'art. 416 c.p., realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p. (reati in materia di marchi e brevetti); delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo; delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione; delitto di violenza sessuale di gruppo; concorso esterno nel delitto di cui all'art.416 *bis* c.p.[268]. Tutte le declaratorie di incostituzionalità citate, riproducono (quasi) esattamente lo schema della sentenza 265/2010: non si spingono mai al punto da negare radicalmente la legittimità della presunzione di adeguatezza in esame, ma si limitano a censurarne il carattere assoluto.

Il risultato di tale progressiva stratificazione della giurisprudenza costituzionale consiste in una norma caratterizzata da tre diversi regimi: un primo generale, in base al quale il giudice deve valutare la sussistenza di tutti i presupposti applicativi e gli ordinari criteri di scelta delle misure cautelari; un secondo, derogatorio, consistente nella previsione di una doppia presunzione – semplice in relazione alla sussistenza dei *pericula libertatis*, assoluta, per quanto concerne l'adeguatezza della sola custodia in carcere –; ed, infine, uno strato ulteriore creato dalla stessa Corte, consistente in una duplice presunzione semplice (con riferimento, cioè, sia ai *pericula libertatis* che all'adeguatezza della misura in questione).

[268] Nell'ordine: Corte Cost., 22 luglio 2011, n.231; Corte Cost., 12 maggio 2011, n.164; Corte Cost., 16 dicembre 2011, n.331; Corte Cost., 18 aprile 2012, n.110; Corte Cost, 25 marzo 2013, n.57, Corte Cost., 18 luglio 2013, n.213; Corte Cost., 23 luglio 2013, n.232; Corte Cost., 25 febbraio 2015, n.48.

7.2 Gli assetti attuali della disciplina in materia di presunzioni di adeguatezza

L'ultimo tassello normativo modificativo dell'istituto in questione è rappresentato dalla legge 16 aprile 2015, n.47 (di cui – per quanto non concerne il tema in analisi - si farà una disamina più completa nel capitolo 3). Per il profilo che qui interessa, la novella presenta il merito di aver limitato e circoscritto il campo di applicazione della presunzione di adeguatezza in esame, con l'evidente intento di deflazionare l'elevatissimo carico degli istituti penitenziari[269].

Anzitutto, per comprendere appieno la portata della norma, è preliminarmente necessario un esame dell'originaria proposta di legge, la quale mirava a circoscrivere l'applicazione del regime della doppia presunzione (semplice e assoluta) ai soli delitti previsti dagli articoli 270, 250-*bis* e 416-*bis* c.p., con la contestuale eliminazione del regime di doppia presunzione relativa elaborato dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n.265 del 2010. Tale intento si è rivelato fallimentare sin dal primo passaggio parlamentare alla Camera: l'analisi dei lavori preparatori evidenzia infatti, un acceso e articolato confronto tra posizioni contrapposte, concretizzatosi nella presentazione di numerosi emendamenti di segno diametralmente opposto. Da una parte vi era chi proponeva di limitare l'operatività del meccanismo presuntivo ai soli procedimenti relativi all'associazione di tipo mafioso; dall'altra, si contrapponeva chi ne auspicava, in chiave marcatamente demagogica, l'estensione ai delitti contro la Pubblica Amministrazione e contro l'Amministrazione della giustizia.

Il prodotto risultante si caratterizza per la presenza di un doppio regime derogatorio: l'art.275 comma 3 c.p.p. prevede *in primis* l'obbligo di applicare la misura cautelare della custodia cautelare in carcere – a meno che non risulti l'insussistenza di esigenze cautelari – ove si proceda per i delitti di cui agli artt. 270, 250-*bis* e 416-*bis* c.p.: in tali casi, dunque, permane la dualità secca introdotta già a partire dal 1992, per cui l'imputato si trova alternativamente sottoposto alla misura cautelare più afflittiva, ovvero completamente escluso da qualsiasi intervento cautelare (in assenza di *pericula libertatis*). Per cui, consequenzialmente, spetterà al giudice un ingente obbligo motivazionale (relativo all'insussistenza delle

[269] G. DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, Torino, 2023, p.70

esigenze cautelari) al fine di rigettare la richiesta di applicazione di misura cautelare da parte dell'organo requirente: ciò spiega la ragione per cui difficilmente il giudice opterà per tale soluzione, dichiarando la totale assenza di ciascuno dei tre *pericula libertat*is (essendo la dicotomia talmente oppositiva da prevedere l'imputato o in carcere o a piede libero). Tale regime, a differenza che in passato, dunque, troverà applicazione in relazione a tre diverse fattispecie associative: associazione a delinquere di stampo mafioso, associazione con finalità di terrorismo o di eversione. In particolare, quest'ultima rappresenta la vera innovazione, non essendo mai stata ricompresa in nessun automatismo nel corso degli anni.

In secundis, la norma procede (al terzo periodo) con il riconoscimento della presunzione relativa in relazione ai delitti ricompresi nell'eterogenea categoria prevista dagli articoli 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., nonché in relazione ai delitti di cui agli articoli 575, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, escluso il 4° comma, 600-*quinquies*, e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies* c.p.: laddove si proceda per tali delitti, dunque, il giudice sarà tenuto – dopo aver verificato la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza – ad applicare la misura custodiale a meno che non risultino inesistenti le esigenze cautelari, ovvero, in relazione al caso di specie, queste possano essere soddisfatti tramite diverse misure meno gravi.

Dinanzi tale riforma, dunque, si ha l'impressione di un meccanismo modellato sulle soluzioni – non particolarmente audaci – già tracciate dal consolidato orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza n. 265 del 2010 della Corte costituzionale. Un meccanismo che, più che esprimere una genuina attenzione alla tutela della libertà personale, sembra piuttosto orientato a scongiurare un conflitto frontale, e difficilmente sostenibile, con i parametri costituzionali rilevanti in materia.

In conclusione, di tale articolata ricostruzione, è possibile rivolgere uno sguardo complessivo relativamente all'assetto oggi in vigore del "doppio binario cautelare".

Nel corso degli anni '90, la principale giustificazione avanzata a sostegno dell'introduzione dell'automatismo cautelare, era quella che riconduceva la scelta normativa all'esigenza di rafforzare la posizione del giudice, il quale – in presenza

di vincoli normativi nella valutazione della pericolosità dell'imputato – risulterebbe meno esposto a condizionamenti derivanti dal contesto ambientale. Sebbene tale lettura, che sembra quasi configurare un "quarto" *periculum libertatis*, possa trovare una qualche coerenza sistematica se riferita alle dinamiche proprie della criminalità mafiosa, l'estensione indiscriminata del regime del doppio binario cautelare – pur nella sua attuale conformazione, più temperata rispetto a quella originaria del 2009 – finisce per offuscare quella presunta *ratio* originaria, ormai surrogata dall'intento di veicolare un messaggio politico semplificato, funzionale alla costruzione del consenso nei confronti del legislatore *pro tempore.* Nella sua configurazione attuale, il meccanismo in esame sembra, dunque, essere fondato soprattutto su una marcata sfiducia nei confronti della discrezionalità giudiziale: è la legge stessa, in via preventiva, a disporre l'applicazione della misura più gravosa nei confronti di chi risulti gravemente indiziato della commissione di specifici reati. In modo non dissimile rispetto a quanto previsto dall'istituto della cattura obbligatoria contemplato dal codice Rocco, la tipologia del reato assurge a elemento centrale nella costruzione della fattispecie cautelare. È pur vero che la disciplina attuale è stata congegnata in modo più accorto, non elidendo formalmente il requisito dell'esistenza di esigenze cautelari ulteriori rispetto al semplice *fumus commissi delicti* – esigenze che la norma presume, senza tuttavia escludere la possibilità di prova contraria –, ma sul piano applicativo l'impianto normativo si discosta solo marginalmente dal modello del passato. Ciò risulta particolarmente evidente nei procedimenti relativi ai reati di cui agli articoli 416-*bis*, 270 e 270-*bis* c.p., dove l'automatismo delineato continua a prestarsi, in concreto, a un uso distorto della misura cautelare, funzionale a un'anticipazione sostanziale dell'esecuzione della pena, in linea con le dinamiche proprie del sistema previgente.

Alla luce di tali osservazioni, non c'è da stupirsi che il Giudice delle leggi sia stato nuovamente chiamato a pronunciarsi sull'istituto: ciò è avvenuto in due diversi casi, in cui è stata prospettata l'illegittimità costituzionale della presunzione assoluta di adeguatezza in relazione ai delitti associativi previsti dagli articoli 416-*bis* e 270-*bis* c.p.p. La prima questione è stata affrontata con l'ordinanza 136 del 2017, con la quale la Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza della stessa, ribadendo la propria precedente posizione (espressa sin dal 1995), secondo cui, con

riferimento a tale delitto, la presunzione assoluta di adeguatezza trova la propria giustificazione nella "congrua base statistica" che evidenzia la forza intimidatoria dell'associazione criminale al punto da ritenere, il fenomeno, placabile – in relazione alle esigenze cautelari – solo per il tramite della misura custodiale. Con riferimento alla seconda questione, invece, la Corte si è espressa negli stessi termini, ribadendo la dichiarazione di infondatezza tramite la sentenza n.191 del 2020. Sul punto, si registrano le maggiori critiche da parte della dottrina: si sostiene, infatti, che la fattispecie delittuosa di cui all'art.270-*bis* si presta ad includere una serie particolarmente disomogenea di ipotesi (a partire dalle associazioni terroristiche di stampo religioso – caratterizzate da transnazionalità -, fino ad arrivare al terrorismo di matrice anarchica – che può operare, invece, anche all'interno di un territorio ristretto -). In ogni caso, la Consulta ha ritenuto legittima la presunzione assoluta di adeguatezza anche in tal caso, giustificandola sulla base del "preciso collante ideologico" che contraddistingue l'appartenenza all'associazione terroristica, per cui se l'indagato/imputato fosse lasciato libero, tramite applicazione di una misura diversa, non si potrebbe escludere il recupero di costui dei contatti con gli altri associati in libertà.

Tale impianto, non solo appare poco persuasivo, ma risulta altresì in contrasto con l'orientamento più recente assunto dalla Corte costituzionale in relazione ad alcuni automatismi previsti in ambito penitenziario. Il riferimento è, in particolare, alla sentenza n. 253 del 2019 – successivamente ripresa anche nella nota pronuncia in materia di "ergastolo ostativo" – con cui la Corte ha censurato l'irragionevolezza dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario. Tale disposizione sanciva una corrispondenza automatica e non sindacabile tra l'assenza di collaborazione con l'autorità giudiziaria e la persistenza della pericolosità sociale del condannato, precludendo così l'accesso ai benefici penitenziari (*in primis* ai permessi premio), per i soggetti rientranti nel catalogo dei reati ivi elencati. Tale disallineamento evidenzia un'incongruenza sistematica difficilmente giustificabile sul piano dei principi costituzionali: se, da un lato, la Corte ha riconosciuto l'illegittimità di automatismi che comprimono il potere del giudice di valutare la concreta pericolosità del condannato nella fase esecutiva, dall'altro continua a ritenere compatibile con il dettato costituzionale un modello cautelare che, pur con

i temperamenti introdotti nel tempo, continua a comprimere l'esercizio della discrezionalità giurisdizionale in punto di esigenze cautelari. In tal modo, si afferma – seppur implicitamente – una gerarchia inversa tra le garanzie applicabili in fase esecutiva e quelle operanti nella fase anteriore alla condanna definitiva, laddove l'intensità della tutela della libertà personale dovrebbe, al contrario, essere massima proprio nella fase in cui vige ancora la presunzione di non colpevolezza.

Un ulteriore contesto da esaminare nell'ambito in questione concerne i controlli *in itinere* che, eventualmente, investono il regime coercitivo in corso di esecuzione. Al riguardo, pur nella consapevolezza che le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affermato la perdurante operatività del regime presuntivo lungo l'intero arco di vigenza della misura cautelare — e non esclusivamente nella fase genetica della sua applicazione —, meriterebbe maggiore considerazione l'enfasi, già emersa nelle riforme del 1995 e del 2015, sulla necessità di un accertamento concreto e attuale delle esigenze cautelari.

In questa direzione si registra, in effetti, un'apertura giurisprudenziale non trascurabile, che tende a valorizzare il c.d. "tempo silente" intercorso tra i fatti contestati e l'esame giudiziale, attribuendo rilievo al decorso del tempo quale possibile elemento sintomatico di un'attenuazione del *periculum*[270]. Tuttavia, tale orientamento non si è del tutto consolidato, rimanendo oggetto di contrasto, soprattutto con riguardo ai procedimenti per il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. In questo ambito, infatti, si tende a subordinare la prova della cessazione delle esigenze cautelari all'allegazione positiva della fuoriuscita dal sodalizio criminale, imponendo all'indagato un onere probatorio estremamente gravoso, soprattutto laddove si escluda che il mero decorso temporale possa costituire, di per sé, indice sufficiente di cessazione del rischio.

Anche nei casi in cui trova applicazione l'automatismo in forma attenuata, e quindi si esclude la rigida alternativa tra misura custodiale e piena libertà, la natura

[270] Si veda, ad esempio, Cass. pen. sez. VI, 19 settembre 2024, n.38144, secondo cui "In tema di misure cautelari, pur se per i reati di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p. è prevista una presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari, il tempo trascorso dai fatti contestati, alla luce della riforma di cui alla legge 16 aprile 2015, n. 47, e di un'esegesi costituzionalmente orientata della stessa presunzione, deve essere espressamente considerato dal giudice, ove si tratti di un rilevante arco temporale privo di ulteriori condotte dell'indagato sintomatiche di perdurante pericolosità, potendo lo stesso rientrare tra gli "elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari", cui si riferisce lo stesso art. 275, comma 3, del codice di rito"

solo relativa della seconda presunzione non sembra, comunque, garantire esiti coerenti con una lettura costituzionalmente orientata della disciplina.

7.3 Le situazioni incompatibili con la custodia cautelare in carcere

Il complesso dei criteri che guidano la selezione delle misure coercitive è stato progressivamente arricchito da una serie di previsioni normative volte a contemperare le esigenze di tutela cautelare con situazioni personali meritevoli di particolare protezione. In tal senso, l'art. 275, commi 4/4 *quinquies* c.p.p. prendono in considerazione una serie eterogenea di situazioni concernenti soggetti che versano in un particolare stato di debolezza (ossia donna incinta, genitori di prole minore di sei anni, ultrasettantenni, persone affette da gravi malattie): rispetto a tali ipotesi, il legislatore formula una diversa presunzione di inadeguatezza della custodia cautelare in carcere (e dunque introduce un'ulteriore compressione della libertà discrezionale del giudice, seppur, questa volta, in senso favorevole al reo). Trattasi di una presunzione che potrà essere vinta soltanto dimostrando la sussistenza, nel caso di specie, di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. Si può, in questa prospettiva, qualificare la previsione in esame come una forma di "presunzione in *bonam partem*", da intendersi in contrapposizione rispetto a quella di segno opposto delineata dal comma 3. Quest'ultima trova il proprio fondamento nell'esigenza di contemperare le opposte istanze di giustizia e tutela dell'ordine pubblico con determinati diritti fondamentali, ossia il diritto alla vita, il diritto alla salute e quello alla cura della prole: in tal modo si attribuisce rilievo a situazioni soggettive che si presentano come meritevoli di una particolare protezione da parte dell'ordinamento, anche a costo si sacrificare, in parte, le istanze di tutela poste alla base del sistema cautelare.

Nell'analisi di questi ulteriori sottogruppi in deroga alla disciplina ordinaria, si può preliminarmente notare come l'impostazione seguita dalla norma sancisca una chiara ed emblematica distinzione tra due diverse tiptologie di condizioni, ossia fisiologiche (disciplinate nel comma 4 dell'art.275 c.p.p.) e patologiche (previste invece nei commi 4-*bis*, 4-*ter*, 4-*quater* e 4 *quinquies*). In ambedue le tipologie di casi, trattasi di situazioni che impongono un trattamento differenziato e più

favorevole rispetto a quello ordinario, in virtù della peculiarità dello stato in cui versa il soggetto indagato/imputato.

Iniziando, dunque, la disamina dal quarto comma dell'art.275 c.p.p., esso preclude l'applicazione della misura custodiale nei confronti della donna che si trovi in stato di gravidanza ovvero che abbia la responsabilità genitoriale su prole di età inferiore a sei anni, con lei convivente. L'operatività di tale previsione si estende anche nei confronti del padre di prole di medesima età, ma solo laddove vi sia stato il decesso della madre, ovvero quest'ultima sia gravemente impossibilitata nel prendersi cura del minore. Infine, la medesima preclusione opera anche nei confronti dei soggetti che abbiano superato i settanta anni di età. La *ratio* di questa disposizione (perlomeno la prima parte, attinenti alla genitorialità) si fonda sull'esigenza di tutelare non soltanto l'integrità psico-fisica del soggetto direttamente destinatario della misura, ma anche quella di soggetti terzi, nella specie, i minori, i quali inevitabilmente verrebbero coinvolti dalle conseguenze pregiudizievoli e afflittive della carcerazione, in particolar modo per l'interruzione forzata di relazioni affettive fondamentali, quali quelle genitoriali. Diversa, invece, la situazione relativa ai soggetti ultrasettantenni: per quanto concerne la seconda parte della disposizione la *ratio* è rinvenibile nella loro presunta minore pericolosità sociale, desunta dal fisiologico declino e dall'indebolimento delle condizioni fisiche e psichiche che connotano coloro che abbiano superato tale soglia anagrafica.

In tutte le ipotesi declinate dalla norma, la presunzione di minore pericolosità – e di conseguenza la preclusione avverso la custodia cautelare in carcere - viene meno soltanto in presenza di circostanze straordinarie, caratterizzate da una concreta ed elevata intensità delle esigenze cautelari prospettate, che il giudice deve desumere da elementi specifici e attuali. Si precisa che tali esigenze, né tantomeno la gravità delle stesse, non possono consistere nella mera esistenza di precedenti penali. Più precisamente, le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza che impongono la custodia in carcere devono consistere, secondo la giurisprudenza di legittimità, in «puntuali e specifici elementi dai quali emerga un non comune, spiccato, allarmante rilievo di taluno dei pericoli di cui all'art. 274 c.p.p.»[271].

[271] Cass. Sez. II, 15 giugno 2004, in Guida al diritto, 2004, n.47, p.88

In linea con l'impostazione sancita dalla disposizione esaminata, il successivo comma 4-*bis* dell'art. 275 c.p.p. esclude la possibilità di disporre o mantenere la custodia cautelare in carcere nei confronti dell'imputato che sia affetto da AIDS conclamato, o da grave immunodeficienza clinicamente accertata ovvero ancora da altra patologia di pari gravità, laddove le condizioni di salute risultino incompatibili con la detenzione, nel senso di rendere impossibile fornire una garanzia di cure adeguate all'interno del contesto carcerario. La *ratio* di tale previsione è, dunque, di agevole individuazione: le persone affette da tale patologia versano in una condizione incompatibile con la custodia all'interno del carcere. Per quanto concerne, invece, il riferimento ad altra malattia particolarmente grave, si denota come il legislatore abbia voluto fornire una chiara manifestazione della prevalenza del diritto alla salute rispetto alle esigenze cautelari: prevalenza che impone l'adozione di misure alternative rispetto alla custodia cautelare, ove praticabili. D'altra parte, si deve tener conto del fatto che la norma condiziona l'applicabilità del regime in questione alla gravità della malattia (in quanto richiede esplicitamente che la malattia da cui è affetto l'imputato sia di natura grave): si ritiene, peraltro, che non sia necessario che si configuri una condizione di assoluta incompatibilità con il regime detentivo. Al fine si riconoscere la gravità in questione, si ritiene, infatti, che sia sufficiente che nel caso di specie risulti una qualificata impossibilità di garantire, all'interno dell'istituto carcerario, un trattamento terapeutico adeguato alla situazione e alla patologia. In ogni caso, risulta chiara la dicotomia che denota tale normativa: nel primo caso, il riferimento alle categorie di AIDS conclamata e grave deficienza immunitaria vale di per sé a delimitare la discrezionalità del giudice (in quanto determina automaticamente una situazione di incompatibilità); nel secondo caso, concernente altra malattia particolarmente grave, il divieto *de qua* opera ogniqualvolta le condizioni di salute del soggetto risultino di fatto incompatibili con lo stato di detenzione – dunque, trattasi di una soluzione decisamente più criptica, in ragione dell'ampio margine di discrezionalità riservato al giudice -.

Il comma 4-*ter* integra tale disciplina, prevedendo che, qualora le esigenze cautelari siano di eccezionale rilevanza, ma non sia possibile garantire adeguata assistenza sanitaria all'interno di strutture penitenziarie senza arrecare pregiudizio

alla salute dell'imputato o degli altri detenuti, il giudice debba disporre la misura degli arresti domiciliari presso strutture sanitarie, assistenziali o di accoglienza. Qualora, poi, l'imputato sia affetto da AIDS o da patologie infettive gravi, la misura dovrà essere eseguita, ove possibile, presso reparti ospedalieri specializzati: ossia unità operative di malattie infettive ospedaliere o universitarie o altre unità operative. Tuttavia, il comma 4-*quater* stabilisce un'eccezione a tale disciplina di favore, consentendo la custodia in carcere anche in presenza delle condizioni indicate nei commi precedenti, qualora l'indagato risulti imputato o già sottoposto a misura cautelare per uno dei delitti elencati nell'art. 380 c.p.p. e abbia commesso tali reati dopo l'applicazione delle misure previste dai commi 4-*bis* e 4-*ter*. Peraltro, si tenga conto che tale ultima disposizione sancisce una possibilità per il giudice, ma non un obbligo: l'aggravamento dello *status custodiae* è rimesso alla sua discrezionalità.

A chiusura del quadro normativo, l'art. 275, comma 4-*quinquies* c.p.p. prescrive un divieto assoluto di applicazione della misura custodiale inframuraria allorché l'imputato versi in uno stadio di malattia talmente avanzato da risultare refrattario a qualsiasi trattamento terapeutico, come attestato da idonea certificazione rilasciata dal servizio sanitario penitenziario o da strutture esterne.

Ultima questione rilevante attiene al rapporto tra i casi sopraesposti con la presunzione (in *malam partem*) prevista invece al terzo comma: si ritiene che la seconda presunzione, in *bonam partem*, abbia prevalenza sulla prima in quanto norma dal contenuto maggiormente specifico e, dunque, da considerarsi speciale. Il giudice, pertanto, in assenza di esigenze cautelari eccezionali, anche laddove sia stato contestato uno dei reati indicati dal terzo comma dell'art.275 – per cui vige presunzione assoluta di adeguatezza della misura custodiale in carcere – dovrà disporre delle misure coercitive meno afflittive[272].

[272] Soluzione confermata anche dal costante indirizzo della Suprema Corte. Tra le altre, si veda la recente pronuncia Cass. sez. II, 19/01/2023, n. 24515, secondo cui "la presunzione di cui all'art.275 comma cod. proc. pen. […] è superabile nei soli casi previsti dall'art. 275, commi 4 e 4-bis, cod. proc. pen., ossia laddove il destinatario del vincolo dimostri l'esigenza di accudire i propri figli di età inferiore a sei anni o di essere affetto da malattia incompatibile con la detenzione intramuraria.

CAPITOLO II
TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE E PROCEDIMENTO CAUTELARE

SOMMARIO: 1. Il procedimento applicativo delle misure cautelari – 2. Il principio della domanda e la separazione delle funzioni – 2.1 Contenuto della domanda cautelare – 3. L'interrogatorio di garanzia – 4. Il contraddittorio 'posticipato' nella procedura di riesame – 5. Il cosiddetto contraddittorio 'anticipato' in materia cautelare – 6. L'introduzione del contraddittorio anticipato ad opera del d. lgs. n. 231 del 2001 nel procedimento applicativo delle cautele interdittive a carico dell'ente – 7. La fine dell'era della "misura a sorpresa" ad opera della l. 9 agosto 2024 n. 114

1. Il procedimento applicativo delle misure cautelari

Il procedimento *de libertate*, finalizzato all'emissione di un provvedimento cautelare in presenza delle condizioni fin qui esaminate, si configura come una procedura incidentale[1], del tutto autonoma e distinta rispetto al procedimento principale, che si snoda in diverse sottofasi e si caratterizza per peculiari principi che ne dominano l'andamento. Esso risulta, infatti, delineato da un regime giuridico proprio, distinto quanto a finalità, presupposti, struttura, nonché garanzie rispetto al procedimento finalizzato all'accertamento nel merito della responsabilità penale dell'individuo. Trattasi, inoltre, di un procedimento che trova applicazione generalmente in una fase prodromica rispetto a quella dibattimentale e spesso contestuale a quella delle indagini preliminari. La disciplina relativa al procedimento applicativo delle misure cautelari limitative delle libertà personali è regolata in modo puntuale e dettagliato dal codice di rito, il quale articola tale fattispecie in tre snodi principali (ossia tre momenti indefettibili): richiesta motivata del Pubblico Ministero – che può essere qualificata come azione cautelare - , ordinanza motivata del giudice, possibilità dell'imputato nei cui confronti sia stata applicata la misura di esercitare tempestivamente il proprio diritto di difesa. Si comprende, dunque, che nel procedimento de quo siano ravvisabili i tratti tipici della giurisdizione penale: non può negarsi che il giudice *de libertate* eserciti una funzione (di fatto) giurisdizionale, tenuto conto che costui, «*nel corso di indagini oggettivamente e soggettivamente orientate, decide sulla fondatezza in fatto e in diritto di un'accusa (il c.d. addebito cautelare) già delineata in tutti i suoi elementi*

[1] A. A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2018, p.262;

essenziali e accidentali»[2], ed emana un provvedimento motivato che può gravare (fino a privare del tutto) sulla libertà personale di un individuo. Questi tre "poli" trovano la propria matrice all'interno di specifiche direttive e leggi delega cui bisognava dare attuazione: la legge delega 16 febbraio 1987, n.81, prevedeva espressamente, all'interno della direttiva 59, tra l'altro, il «potere-dovere del Pubblico Ministero di richiedere, presentando al giudice gli elementi su cui si fonda la sua richiesta, e del giudice di disporre, con provvedimento motivato, le misure di coercizione personale a carico della persona nei cui confronti ricorrono gravi indizi di colpevolezza»; mentre la direttiva numero 60 contempla «il diritto dell'imputato in stato di custodia cautelare ad essere interrogato nella fase delle indagini preliminari immediatamente e comunque non oltre cinque giorni dall'esecuzione del provvedimento privativo della libertà personale e l'obbligo di avvertire immediatamente la persona privata della libertà personale del diritto di nominare un difensore di fiducia; di comunicare immediatamente l'avvenuto arresto al difensore e disciplina delle modalità dell'interrogatorio in funzione della natura di strumento di difesa».

Si anticipa, già in questa sede, che tale iniziale impostazione ha subito una profonda e rilevante modifica ad opera della Legge 9 agosto 2024, n.114, che ha posto fine all'era della c.d. "misura a sorpresa", introducendo (in specifici e limitati casi) il contraddittorio con il destinatario della misura in una fase anticipata, ossia prima dell'adozione del provvedimento applicativo. Trattandosi di una novella ricca di retroscena, esigenze contrapposte meritevoli di tutela, orientamenti dottrinali discordanti ed aspettative (in larga parte) non soddisfatte, si rimanda, per una disamina più completa, ai paragrafi successivi.

Tornando alle matrici istitutive di tale disegno procedimentale, esso trae origine, oltre che dalla legge delega già menzionata, anche dagli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia (si fa riferimento alla C.e.d.u. e al Patto ONU sui diritti civili e politici): il risultato è dunque una procedura formalizzata, caratterizzata da una struttura bifasica che si articola, *in primis*, in un controllo giurisdizionale pieno e debitamente motivato, e *in secundis* in una fase

[2] F. CAPRIOLI, *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, p.1390

esecutiva delle misure. Come ampliamente evidenziato nel capitolo precedente, il procedimento cautelare si configura come uno strumento giurisdizionale avente un contenuto prevalentemente di natura prognostica, fondato, nella sua essenza, sul contemperamento di interessi tra loro antagonisti: libertà personale del singolo da una parte, esigenze di accertamento e di sicurezza collettiva (nei termini sopra esposti dall'altra). Per trovare un giusto equilibrio in grado di soddisfare (o perlomeno sacrificare nel minor modo possibile) tali interessi, è evidente l'estrema rilevanza di un procedimento regolamentato dettagliatamente in ogni suo aspetto, che consenta si valutare il rispetto di tutti i requisiti preposti dalla legge all'applicazione di una misura cautelare (ossia gravi indizi di colpevolezza, esigenze cautelari, proporzionalità, gradualità e adeguatezza della misura). Per tali ragioni il procedimento cautelare si connota per un elevato livello di garanzia, assicurato dalla presenza dell'organo giurisdizionale decidente, che ne garantisce l'inquadramento all'interno di un autonomo «segmento di giurisdizionalità». Ciò consente di attribuire alla fase cautelare una fisionomia del tutto peculiare, tale da qualificarla come un vero e proprio "incidente" processuale, nel quale risultano chiaramente distinguibili le fasi strutturali tipiche della predisposizione, del contraddittorio e della decisione[3]. L'impostazione derivante dal combinato disposto delle direttive e delle disposizioni sovranazionali richiamate sembra conferire forma e contenuto alla garanzia della doppia riserva di legge e giurisdizione imposta dalla Costituzione: l'art.13, seppur in negativo, traccia, infatti, le linee fondamentali del modello a cui il legislatore deve conformare il procedimento limitativo della libertà personale dell'individuo (cui si aggiungono, ai sensi della norma in questione, anche ipotesi limitative della libertà di circolazione e di disposizione di beni mobili e immobili). Del resto, la consapevolezza della necessità di conformare le scelte in materia cautelare con i limiti ed i parametri posti dalla Carta costituzionale, emerge chiaramente dalla Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale del 1988, ove in uno specifico passaggio si afferma che «prima e più che problemi di dinamica processuale attinenti a questa od a quella fase dell'iter che conduce alla sentenza, sono infatti qui in gioco problemi di equilibrio tra le esigenze che possono definirsi, appunto, "cautelari" (e che

[3]L. CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale,* II ed, Milano, 2005, p.481

coinvolgono il processo penale nel suo insieme) e le esigenze di rispetto di quel diritto alla libertà personale che nella Costituzione trova tutela primaria ed autonoma in quanto tale».

Sul punto è doveroso un breve *excursus* che ripercorra gli altri principi costituzionali (oltre il già nominato articolo 13) ai quali il procedimento cautelare deve necessariamente conformarsi: il quadro costituzionale, infatti, appare chiaro nel suo intento di conferire quanta più espansione possibile alla istanze sottotese ai diritti di libertà e di circoscrivere ogni possibile forma di loro restrizione, limitandola a finalità che siano strettamente connesse (e indispensabili) all'accertamento penale. I principi che, dunque, devono essere tenuti a mente in materia sono: a) primario e aprioristico riconoscimento dei diritti inviolabili dell'individuo (art.2 Cost.); inviolabilità dei diritti di libertà (art.13 comma 1 Cost.); riserva di legge e di giurisdizione, intesa in particolar modo come indefettibilità di intervento dell'autorità giudiziaria (art.13 comma 2 Cost.); principio di presunzione di innocenza (art.27 comma 2 Cost.); obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti limitativi della libertà personale (art.111 comma 6 Cost.); ricorribilità in Cassazione avverso tali provvedimenti (art.111 comma 7 Cost.); infine, fondamentale nell'ambito in esame, sono i capisaldi del "giusto processo" contemplati dall'art.111 comma 2, ossia contraddittorio, parità delle armi, terzietà ed imparzialità del giudice (i quali devono necessariamente trovare applicazione anche nel procedimento *de libertate*).

Trattando, in questa sede, del procedimento applicativo delle misure cautelari, assume particolare rilevanza l'indefettibilità dell'intervento da parte dell'autorità giudiziaria [4] : sul punto si è espressa la Corte Costituzionale, affermando che «il principio della riserva di giurisdizione sarebbe intimamente connesso con quello di legalità, infatti, la mancanza dell'uno vanifica l'altro, rendendolo meramente illusorio, poiché è innegabile che l'intervento del giudice non avrebbe significato sostanziale se non fosse preordinato a garantire

[4] Sul punto si veda M. L. DI BITONTO, *Fondamenti di procedura penale. La tutela cautelare*. Alberto Camon, Claudia Cesari, Marcello Daniele (a cura di), ed.4, Milano, 2023, p. 955, secondo cui «*La riserva di giurisdizione sancita nell'art. 13 comma 2 Cost. costituisce una guarentigia a salvaguardia dell'inviolabilità della libertà personale; di conse- guenza, ruolo e funzioni del giudice cautelare sono destinati a caratterizzarsi esclusivamente in funzione della salvaguardia della libertà*.»

l'accertamento di fattispecie legali predeterminate»[5]. Di particolare rilievo è la questione interpretativa relativa al significato dell'espressione "autorità giurisdizionale", già esaminata nel capitolo precedente, ove si è giunti a ritenere che il potere di disporre restrizioni alla libertà personale spetti esclusivamente all'organo giudicante, con esclusione di qualsiasi attribuzione in capo al pubblico ministero.

La riserva di giurisdizione in materia trova conferma anche nelle ipotesi in deroga previste dal terzo comma dell'articolo 13, ai sensi del quale «in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di Pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'Autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto». I poteri – conferiti da tale norma - dell'autorità di pubblica sicurezza si configurano come meramente sostitutivi rispetto a quelli dell'autorità giudiziaria: ne consegue l'esigenza che vi sia una chiara circoscrizione dei margini di manovra consentitogli, tramite la fissazione di limiti invalicabili (ad esempio, illegittimo sarà il provvedimento che sia stato adottato laddove vi sarebbe stato il tempo per ottenere la dovuta autorizzazione in via preventiva).

Altra fattispecie particolarmente rilevante nell'ambito in esame concerne l'obbligo di motivazione – imposto al giudice dall'art.111 comma 6 Cost. –: non può considerarsi legittimo l'esercizio del potere giurisdizionale di limitazione della libertà personale di un individuo senza che vi sia stata esplicita e chiara spiegazione delle ragioni giustificative poste alla base della decisione presa. Secondo quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità in materia: «è arbitrario quel provvedimento che contenga proposizioni approssimative e sterili in ordine alla sussistenza dei sufficienti indizi di colpevolezza, posto che in tal caso risulta anzitutto violato il preciso disposto dell'art.13 comma 2 Cost.»[6]. A tal proposito, doverosa è una precisazione riguardo la motivazione *per relationem*, in linea di principio ammessa: le Sezioni Unite si sono espresse ribadendone la legittimità, ma a condizione che la motivazione dia conto del percorso giustificativo e delle ragioni

[5] Corte Cost., 22 dicembre 1980, n.177, in Giur. It. 1981, I, 1, c.660
[6] Cass. sez. I, 13 maggio 1982, n.1037, De Stefano, in Mass. uff., 154048

di condivisione del provvedimento richiamato, non potendosi limitare ad una acritica recezione dello stesso (pena il ritorno ad un controllo meramente formale del provvedimento restrittivo della libertà personale)[7]. Ulteriore collegamento da evidenziare concerne l'impugnabilità: la motivazione si prefigge, infatti, altresì lo scopo di rendere più penetrante il sindacato del provvedimento in caso di impugnazione, consentendo di ricostruire il percorso logico seguito dall'autorità giurisdizionale nel prendere la decisione *de quo*.

L'*excursus* appena svolto consente di comprendere la rilevanza e l'indefettibilità di una lettura combinata dei principi costituzionali nell'ambito del procedimento cautelare: un'interpretazione sistemica del principio espresso dall'art.13 Cost. implica necessariamente un collegamento con gli altri principi costituzionali, primi fra tutti quelli attinenti alla difesa e al contraddittorio (in quanto pietre miliari del procedimento penale di tipo accusatorio). Si comprende, dunque, che in virtù di quanto disposto dalla Carta costituzionale il provvedimento restrittivo della libertà personale deve non solo essere disposto dall'autorità giurisdizionale, bensì deve altresì essere preceduto da un procedimento giurisdizionale, con le caratteristiche tipiche del c.d. "giusto processo", o, in caso contrario essere suscettibile di un successivo ed eventuale controllo giurisdizionale attraverso un "regolare giudizio" sempre in conformità con gli stilemi del "giusto processo"[8].

2. Il principio della domanda e la separazione delle funzioni

Le disposizioni procedimentali della disciplina relativa all'applicazione di una misura cautelare personale si aprono con l'art.291 comma 1 c.p.p. (rubricato, per l'appunto, "procedimento applicativo"), secondo il quale «le misure sono disposte su richiesta del Pubblico Ministero, che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda […] nonché tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate». Tale disposizione sancisce un principio fondamentale nella materia in esame: il principio dispositivo in materia cautelare – ossia della domanda cautelare – in forza del quale

[7] Cass. sez. Un., 27 ottobre 2004, n.44273, Labbia
[8] C. CARINI, *Le misure cautelari personali*. Il procedimento applicativo, G. Spangher e C: Santoriello (a cura di), Torino, 2009, p.107

la misura non potrà mai essere disposta *ex officio* dal giudice (pena la nullità ex art.178 lett .b) seconda parte c.p.p.), senza che tale decisione sia preceduta da un'esplicita richiesta da parte dell'organo requirente. Trattasi di una nullità intermedia, derivante dalla violazione di una disposizione concernente la partecipazione del Pubblico Ministero al procedimento penale – ma molteplici sono altresì le pronunce giurisprudenziali secondo cui si tratta, piuttosto, di una nullità di tipo assoluto (ossia rientrante nell'art.178 lett. b) prima parte c.p.p.), e in quanto tale insanabile e rilevabile in ogni stato e grado del procedimento[9].

Tale principio si configura, evidentemente, quale necessario corollario dei principi costituzionali richiamati nel paragrafo precedente, con particolare riferimento al fondamentale principio di giurisdizionalizzazione: quest'ultimo, infatti, riservando esclusivamente all'organo giudicante il potere di disporre limitazioni della libertà personale, trova un'ulteriore e complementare concretizzazione nella disposizione in esame, la cui funzione è quella di conferire, al Pubblico Ministero, unicamente il potere di iniziativa. La regola in questione è, dunque, strettamente coerente al principio che nel sistema vigente ispira in generale la distribuzione dei ruoli tra il titolare dell'azione e il titolare della giurisdizione: del potere di emanare i provvedimenti cautelari è, invero, il giudice il titolare esclusivo, ma per converso, in armonia con la massima *ne procedat iudex ex officio*, il giudice non può applicare misure cautelari senza che vi sia sollecitato dal Pubblico Ministero[10]. Il principio della domanda, pertanto, costituisce regola generale del procedimento penale perché tale schema procedimentale rappresenta lo strumento principale per assicurare l'imparzialità del giudicante[11].

Una questione particolarmente controversia, alla quale è stato dedicato ampio spazio interpretativo nel corso degli anni, ha riguardato la possibilità di contemplare un'assimilazione dell'esercizio dell'azione cautelare con l'esercizio dell'azione penale. Si anticipa, fin da subito, che la conclusione a cui tale dibattito è pervenuta è quella di una netta distinzione tra le due fattispecie, per molteplici

[9] Cass. pen. sez. IV, 17 novembre 2017, Teatro, in CED 271251
[10] M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Applicazione delle misure cautelari personali*, ed. 9, Milano, 2022, p. 1017
[11] G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, 1983, p. 14 e p. 54; M. L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004, p. 74 s.

ragioni. *In primis*, si deve escludere ogni forma di obbligatorietà dell'iniziativa cautelare (caratteristica, invece, indefettibile dell'azione penale): tale iniziativa, lungi da essere cogente, deve sempre essere contemplata come *extrema ratio*, nonché, in ogni momento, ritrattabile. Naturalmente – ed è questo il secondo punto da tenere in considerazione – ne consegue altresì l'assenza di un obbligo in capo al giudice di accogliere la richiesta presentatagli: costui potrà in ogni caso rigettare la domanda, o adottare una misura meno grave laddove la ritenga sufficiente per il soddisfacimento delle esigenze cautelari prospettate (ma, si anticipa sin da ora, non può invece applicare una misura più gravosa di quella richiesta dal Pubblico Ministero). Al contrario, la richiesta di rinvio a giudizio non è di per sé sottoposta ad un vaglio diretto da parte del giudice: quest'ultimo si esprimerà sulla fondatezza della stessa (e dunque sull'opportunità di procedere con la fase processuale) solo all'esito del giudizio da celebrare nel contraddittorio tra le parti in sede di udienza preliminare. L'azione penale cautelare, invece, non rappresenta una mera richiesta di intervento dell'organo decidente, quanto piuttosto una proposizione ed invocazione di applicazione di una misura cautelare, che avviene *inaudita altera parte.* D'altra parte, non può negarsi che sussistano inevitabilmente alcuni profili di affinità tra le due azioni sopra indicate. Un primo elemento da prendere in considerazione concerne le condizioni di procedibilità: in ambedue le fattispecie vi sono delle indefettibili condizioni di procedibilità senza le quali non può essere posta in essere né l'azione cautelare (si pensi ai gravi indizi di colpevolezza e alla sussistenza di esigenze cautelari), né tantomeno l'azione penale (si intende, ad esempio, la presenza di querela, istanza di procedimento, autorizzazione a procedere e via dicendo). Altro elemento in comune, facilmente intuibile, riguarda la legittimazione soggettiva dell'esercizio del potere: in entrambi i casi, il giudice non potrebbe procedere senza l'impulso di parte, ossia del Pubblico Ministero. L'affermazione dell'ipotesi di colpevolezza è tipica espressione della funzione di accusa – inconciliabile sul piano sia logico che gnoseologico con la funzione di giudice – e lo stesso discorso vale per l'iniziativa in ambito cautelare del pubblico ministero[12]. Da ultimo, deve evidenziarsi l'esistenza di un nesso intrinseco ed

[12] M. L. DI BITONTO, *Fondamenti di procedura penale. La tutela cautelare*. Alberto Camon, Claudia Cesari, Marcello Daniele (a cura di), ed.4, Milano, 2023, p. 956

obiettivo dell'azione cautelare rispetto all'azione penale, presupponendo necessariamente, la prima, l'esistenza della seconda. Tale dipendenza logico-funzionale si spiega alla luce della considerazione per cui i presupposti cui è subordinata l'applicazione di una misura cautelare sono intrinsecamente collegati e funzionali all'azione penale: *in primis*, i gravi indizi di colpevolezza, sono indizi relativi alla medesima colpevolezza che dovrà essere accertata in giudizio; *in secundis*, le esigenze cautelari disposte dall'art.274 c.p.p., come più volte sottolineato, sono finalizzate a soddisfare scopi ancillari e serventi rispetto all'accertamento della responsabilità penale. Le considerazioni finora esposte consentono di pervenire alla conclusione che vi è, indiscutibilmente, una sottospecie di connessione tra le due tipologie di azione: a conferma di quanto appena affermato, basti solo pensare al tema dell'incompatibilità del giudice e, segnatamente, il principio secondo cui il giudice che abbia già valutato il merito cautelare non può successivamente rivestire la funzione di giudice del merito.

Tornando, ora, alla disamina del principio dispositivo, doverosa è, anzitutto, una precisazione: esso opera non soltanto nel momento genetico della misura, bensì permane anche in tutte le vicende modificative della stessa, concernenti l'eventuale aggravamento, il ripristino, la sostituzione con cautela meno afflittiva, o la rinnovazione. Per questa ragione, si ritiene di dover contestare la fondatezza dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui la richiesta di custodia cautelare presentata dal Pubblico Ministero non perderebbe efficacia (e dunque non andrebbe rinnovata) laddove sia stata *ab origine* emessa un'ordinanza illegittima per carenza dei requisiti formali (sanciti a pena di nullità), poi sostituita con un nuovo provvedimento correttivo, integrativo o sostitutivo del precedente [13] . Tale conclusione pare, infatti, smentita da due ordini di considerazioni : *in primis* in virtù dell'ormai incontroverso monopolio dell'organo requirente in tema di iniziativa relativa alla limitazione della libertà personale – e pertanto sulla valutazione dei relativi presupposti – tale per cui, accogliendo l'orientamento citato, costui sarebbe privato del diritto/dovere di riesaminare la persistenza delle esigenze cautelari (valutazione che sarebbe doverosa quantomeno per analizzare l'eventuale incidenza il fattore temporale). *In secundis*, come evidenziato da autorevole dottrina,

[13] Cass. sez. II, 29 febbraio 2008, n.17362, Rossano, C.E.D. Cass, 2008

ragionando in questi termini, si consentirebbe al giudice di sanare d'ufficio vizi talmente gravi da determinare la nullità del provvedimento restrittivo oltre ogni previsione normativa[14]: si vanificherebbe, così, ogni potere di impugnazione e di eccezione della difesa.

Nell'ambito dell'esclusività del Pubblico Ministero nell'iniziativa di attivazione del procedimento cautelare rientrano altresì ulteriori elementi, meritevoli di apposita analisi. Sebbene al giudice non sia preclusa la possibilità di adottare misure diverse rispetto a quelle richieste dalla pubblica accusa, la sua discrezionalità incontra dei limiti: costui potrà disporre solo misure che siano meno afflittive di quelle richieste[15] (mai, dunque, più gravose, né per tipologia e né per modalità esecutive), e, in aggiunta, gli è fatto divieto di sostituire una misura di sicurezza provvisoriamente applicata (ai sensi dell'art.312 c.p.p.) con altra misura coercitiva non richiesta dall'accusa. Quanto al primo punto, esso emerge chiaramente dall'art.299 c.p.p., laddove al quarto comma, in tema di sostituzione delle misure per aggravamento delle esigenze cautelari, prevede che il giudice possa procedere alla sostituzione in questione «su richiesta del pubblico ministero». In realtà tale divieto era, in passato, desumibile anche dall'ormai abrogato comma 1-*bis* dell'art.291 c.p.p., ai sensi del quale il giudice poteva disporre misure "meno gravi" solo laddove il Pubblico Ministero non avesse espressamente richiesto di provvedere esclusivamente in relazione alle misure indicate: tale disposizione, letta a contrario, consentiva di escludere, in ogni caso, al giudice la possibilità di applicare invece misure più gravi. Tale comma è stato successivamente abrogato dalla legge n.332/1995, al fine di consentire al giudice *de libertate* un maggior spazio di manovra nel calibrare la misura da applicare con le esigenze del caso concreto – sempre tenendo conto del principio del minor sacrificio, nonché dei principi di proporzionalità e adeguatezza. In ogni caso, il venir meno di tale disposizione non avrebbe potuto comportare un mutamento di opinione relativamente alla preclusione summenzionata, essendo necessario, a tal fine, un'indicazione espressa da parte del legislatore: necessità derivante dal fatto che ciò implicherebbe una deroga al principio dispositivo, sancito sia dalla legge delega

[14] C. CARINI, *Le misure cautelari personali*. cit., p.136
[15] M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Milano, 2023, p. 392.

81/1987 (all'interno della direttiva n.59), sia nei lavori preparatori del nuovo codice di rito.

Il principio dispositivo, pertanto, riveste un duplice significato: da una parte svolge la funzione di precludere al giudice l'applicazione *ex officio* di misure cautelari; dall'altra, vincola altresì il potere impositivo in relazione al contenuto, dovendo questo rispettare (in parte e nei limiti suvvisti) la richiesta avanzata dall'organo requirente, secondo uno schema assimilabile al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (come formulato dall'art.112 c.p.c. – secondo cui il giudice può derogare a quanto richiesto solo *in meius*) e nel rispetto del prioritario principio del *favor libertatis*.

Peraltro, come già anticipato nel precedente capitolo, parte della dottrina ritiene che nel sistema sia prospettabile un'eccezione al principio dispositivo, rappresentata dall'art.275 comma 2-*ter* c.p.p., ai sensi del quale, nei casi di condanna pronunciata in appello, al ricorrere di determinate condizioni, le misure cautelari personali devono sempre essere applicate contestualmente alla pronuncia della sentenza. Come già evidenziato in precedenza, non può ritenersi condivisibile l'esegesi che ravvisa, in tale ipotetica deroga, un obbligo in capo al giudice di applicazione della misura cautelare anche in assenza di una specifica istanza in tal senso formulata dal Pubblico Ministero. Un simile approdo ermeneutico, infatti, si tradurrebbe in una sostanziale deroga al principio della domanda cautelare, con conseguente compromissione della sua portata garantistica, circostanza da ritenersi del tutto inammissibile nell'attuale sistema processuale: l'iniziativa officiosa cautelare sarebbe congeniale ad una logica repressiva che, al contrario, dovrebbe essere estranea alla funzione giurisdizionale[16].

2.1 Contenuto della domanda cautelare

Per quanto concerne gli elementi oggetto di trasmissione all'interno della richiesta cautelare, l'art.291 c.p.p. stabilisce che il Pubblico Ministero debba presentare tutti gli elementi su cui l'istanza si fonda[17], nonché tutti gli elementi *in*

[16] M. L. DI BITONTO, *Fondamenti di procedura penale. La tutela cautelare*. Alberto Camon, Claudia Cesari, Marcello Daniele (a cura di), ed.4, Milano, 2023, p. 957

[17] Si fa riferimento agli elementi dimostrativi della domanda, in relazione al fatto, alla gravità indiziaria, ai *pericula libertatis*, nonché al provvedimento richiesto.

favor per l'imputato e le eventuali deduzioni o memorie che costui abbia già depositato. A ben vedere, il primo obbligo si sostanzia, piuttosto, in un "onere" di allegazione: l'esiguità del materiale probatorio portato a sostegno della propria richiesta da parte del Pubblico Ministero porterebbe, senz'altro, al rigetto della stessa da parte del giudice. L'accusa, in pratica, è legittimata a "selezionare", all'interno del compendio di atti di indagine già acquisiti il materiale da trasmettere al giudice e da porre, quindi, a fondamento della richiesta cautelare. Tale materiale sarà oggetto di *discovery* (e dunque di conoscenza da parte dell'indagato), per quanto concerne la documentazione a sfavore dell'interessato: vi dovrà, dunque, essere, un abile bilanciamento da parte dell'organo requirente nel decidere quali atti *contra reum* allegare, fermo restando che una scelta poco avveduta potrebbe condurre alla reiezione dell'istanza. Tali conclusioni sono state confermate altresì da una risalente giurisprudenza, secondo cui «la mancata trasmissione, da parte del Pubblico Ministero, di tutti gli atti acquisiti nella fase delle indagini preliminari, per richiedere l'emissione del provvedimento di custodia cautelare da parte del G.I.P., non determina alcuna nullità, né risulta altrimenti sanzionata, ma determina soltanto l'ovvia impossibilità, per il G.I.P., di emettere il provvedimento cautelare richiesto dal Pubblico Ministero in base alle risultanze di atti non allegati[18]». Si precisa altresì che "gli elementi su cui la richiesta di fonda" sono, indubbiamente, atti di indagine, ossia atti di regola non finalizzati ad assolvere una funzione probatoria (in quanto posti in essere al di fuori del contraddittorio): trattasi, dunque, di una delle ipotesi in cui atti di indagine non destinati a finalità probatorie possono invece assumere il valore di conoscenze utilizzabili dal giudice in sede di decisione. Diversa, invece, è la situazione relativa agli elementi a favore[19]: in tal caso la norma sembra delineare un vero e proprio obbligo in capo alla pubblica accusa (e non un mero onere) di allegazione. Conclusione dettata, oltre che dall'evidente spirito normativo della disposizione, anche dalla necessità di una coerenza logico-argomentativa nella fattispecie: se esso fosse inquadrabile come onere, ci si troverebbe dinanzi una completa contraddittorietà, essendo impensabile che il titolare dell'potere dispositivo alleghi tutti gli elementi che per loro natura si presentano come antitetici

[18] Cass. sez. II, 6 settembre 1994 n.3668, Mammoliti, in Riv. pen., 1994, 1248
[19] La cui inclusione è avvenuta con legge 8 agosto 1995, n.332, non essendovi prima alcun riferimento ad essi nell'originaria formulazione.

rispetto alla sua richiesta e che possono condurre al risultato opposto (ossia al rigetto della misura). La locuzione "elementi a favore" sembra contenere sia gli atti raccolti dall'organo inquirente, che i risultati delle eventuali investigazioni difensive che siano state presentate dal difensore: trattasi, tuttavia, di un concetto di non semplice individuazione, essendo il discrimine tra natura oggettiva e soggettiva del significato favorevole dell'elemento probatorio molto labile. La *ratio*, chiaramente, è quella di «imporre alla parte pubblica l'ostensione di ogni conoscenza che potrebbe indurre il giudice a non disporre la misura richiesta, o a disporne una meno afflittiva» [20]. L'inserimento di tale locuzione, infatti, ha rappresentato un primo correttivo nei confronti dell'eccessivamente preponderante e discrezionale potere della pubblica accusa, derivante dalla possibilità di selezionare gli atti raccolti durante le indagini preliminari da sottoporre al vaglio del giudice. Problema rimasto irrisolto, tuttavia, riguarda la mancanza di una sanzione processuale nell'ipotesi in cui il Pubblico Ministero ometta di adempiere tale obbligo. Gli ultimi elementi presi in considerazione dalla norma sono, infine, deduzioni e memorie difensive eventualmente già depositate: trattasi di una formula comprensiva di ogni tipologia di atto che sia stata presentato dalla difesa. L'onere e l'obbligo sanciti dall'art.291 c.p.p., dunque, rispondono a logiche differenti: nel primo caso si da attuazione al principio della domanda, nel secondo, la finalità è quella soddisfare esigenze di tutela del soggetto nei cui confronti si voglia esercitare il potere in questione.

Tra gli "elementi" su cui si fonda la richiesta del Pubblico Ministero, possono essere ricompresi anche eventuali dati probatori che si ricavano dai verbali sommari delle intercettazioni: il d.l. 161/2019 (convertito con legge n.7 del 2020) ha introdotto un comma 1-*ter* all'interno dell'art.291 c.p.p., imponendo alla pubblica accusa di riprodurre, quando necessario, soltanto «soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate». La fattispecie in esame ha subito poi un'ulteriore modifica per il tramite della Riforma Nordio (avvenuta con L.114/2024), la quale è intervenuta aggiungendo alla disposizione la formula «in ogni caso senza indicare i dati personali dei soggetti diversi dalle parti, salvo

[20] M. L. DI BITONTO, *Fondamenti di procedura penale. La tutela cautelare*. Alberto Camon, Claudia Cesari, Marcello Daniele (a cura di), ed.4, Milano, 2023, p. 958

che ciò sia indispensabile per la compiuta esposizione»: la *ratio* di tale affermazione risiede nel bilanciare le esigenze processuali con la tutela della riservatezza, evitando, pertanto, indebite invasioni fattuali non indefettibili ai fini della valutazione della faccenda cautelare.

Doverosa è, a questo punto, una breve analisi di un (criticabile) profondamente consolidato orientamento della Suprema Corte, secondo cui l'accusa, al fine di soddisfare esigenze investigative, può persino limitarsi a presentare stralci di indagine (dunque non nella loro integrità), nonché atti coperti da *omissis* [21] . Le pronunce in esame sembrano prestarsi ad un'indebita sovrapposizione di due istituti giuridicamente autonomi, con conseguente rischio di commistione concettuale e applicativa: quello della selezione degli atti di indagine ai fini cautelari (*ex* art.291 c.p.p.) e quello della segretazione degli stessi (ex art.329 c.p.p.). Se il potere di segretazione degli atti di indagine fosse ricondotto nell'alveo del più ampio potere di selezione dell'organo requirente, ci si troverebbe di fronte a un esercizio del medesimo in forma del tutto autonoma e, soprattutto, priva di qualsivoglia obbligo motivazionale, in aperto contrasto con quanto espressamente previsto dall'art. 329 comma 3 c.p.p.: si negherebbe, in tal modo ogni forma di sindacato da parte del giudice sull'esercizio di ambedue i poteri. La dottrina[22] arriva, pertanto, alla conclusione per cui l'unica soluzione legittima - e soprattutto compatibile sia con i principi costituzionali, che con le regole proprie della disciplina *de libertate* – sarebbe imporre al Pubblico Ministero, nel caso in cui ritenga di dover oscurare verbali tramite *omissis* (esercitando, dunque, il suo potere di segretazione), di adottare apposito decreto motivato dalla necessità di prosecuzione delle indagini, con l'ulteriore condizione che la conoscenza della parte segretata dell'atto potrebbe ostacolare le indagini relative a persone diverse dall'interessato (si prescrive, così, il rispetto dei requisiti richiesti dalla norma regolatrice della fattispecie anche se tale operazione viene posta in essere in ambito cautelare). Il decreto in questione, naturalmente, dovrà essere allegato alla richiesta

[21] Cass. pen. sez. VI, 26 gennaio 2016, P.C, in DPP 2017; Cass. sez. II, 9 febbraio 2006, n.7610, Noto, in Cass. pen., 2007, 2567; Cass. sez. I, 17 giugno 2005, n.25589, Plaku, in Mass. uff., 232105; Cass. sez. V, 24 settembre 2004, n.37938, Grillo, in Arch. Nuova proc. pen., 2006, 227
[22] C. CARINI, *Le misure cautelari personali*. cit., 159

di applicazione della misura cautelare, al fine da consentire un sindacato sia al giudice, sia alla difesa, di vagliarne la legittimità.

Quanto alla procedura applicativa concernente la domanda cautelare, la disciplina si presenta particolarmente scevra di formalità, con riferimento sia ai termini che al modo: non vi è, infatti, alcun termine ultimo per la presentazione della richiesta da parte dell'organo requirente, né tantomeno per la decisione del giudice. Nessun rilievo potrebbe rivestire (neanche) l'eventuale scadenza del termine ultimo per la conclusione delle indagini preliminari: l'unica conseguenza, in tal caso, sarebbe l'inutilizzabilità degli atti di indagine posti in essere dopo la scadenza del termine. Quanto alla forma, se presentata al di fuori dell'udienza, la richiesta deve presentare la forma scritta.

Il D.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106 ha introdotto, tramite l'art.3, un principio di centralizzazione dell'iniziativa cautelare in capo al titolare dell'ufficio dell'accusa: si prevede che ogni richiesta di applicazione di misure personali o reali debba sempre, inderogabilmente, essere sottoposta al previo assenso scritto da parte del Procuratore della Repubblica, ovvero di un Procuratore aggiunto, o ancora di un magistrato che sia stato formalmente delegato. La *ratio* di tale fattispecie è stata quella di sottoporre a rigorose garanzie e forme di tutela rafforzata l'esercizio del potere cautelare, tramite una limitazione dell'autonomia del Pubblico Ministero e l'inserimento di una più pregnante forma di controllo interno sull'azione di costui. Il fondamento si rinviene nella Relazione governativa al decreto, secondo cui l'intento era quello di «delineare per l'ufficio del Pubblico Ministero un assetto nel quale la titolarità del potere organizzativo dell'ufficio e dell'esercizio dell'azione penale sia riconosciuta in via esclusiva al procuratore della Repubblica, il quale, sotto la sua responsabilità, li esercita personalmente ovvero mediante delega ai magistrati dell'ufficio, assicurando il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale e delle norme sul giusto processo[23]». In caso di disaccordo tra il Pubblico Ministero titolare del fascicolo ed il Procuratore capo potrebbero determinarsi le condizioni per la revoca dell'assegnazione del procedimento, trattandosi di un chiaro esempio di contrasto circa le modalità di esercizio della delega (si intende, tra delegato e Procuratore della Repubblica). La fattispecie in esame non è esente

[23] Relazione governativa al D.lgs. n.106/2006, in Guida al diritto, 2006, n.16, 18

da deroghe: si prevede che la necessarietà di tale consenso preventivo venga meno nelle ipotesi di una misura cautelare richiesta in sede di convalida di fermo, arresto o sequestro (in tali casi, il legislatore sembra privilegiare la tempestività dell'azione dell'organo requirente). Ultima considerazione concerne le conseguenze di una richiesta avanzata in assenza del preventivo assenso da parte dell'ufficio, non essendovi alcuna specificazione normativa in relazione a tale ipotesi: nonostante tale lacuna, una fattispecie del genere comporterebbe una violazione dell'art.3 del D.lgs. 106/2006, ossia una violazione di legge che non può non comportare alcuna conseguenza sulla legittimità della richiesta, soprattutto considerando la portata degli interessi in gioco. Si ritiene, pertanto che, in tal caso, il G.I.P sarebbe legittimato a respingere la misura, mentre il giudice dell'impugnazione, laddove essa sia stata applicata nonostante la violazione, potrebbe procedere con l'annullamento della stessa. Allo stesso modo, si ritiene che il giudice possa altresì vagliare l'eventuale illegittimità dell'assenso del Procuratore della Repubblica *incidenter tantum*: autorevole dottrina [24], infatti, facendo leva sui valori costituzionali e sovranazionali in gioco, ritiene di non poter esimere il giudice da un sindacato – con conseguente efficacia invalidante della misura adottata – sulla legittimità del provvedimento di assenso. Trattasi, tuttavia, di una soluzione non accolta dalla giurisprudenza di legittimità: la Corte di Cassazione, al contrario, ritiene che l'assenso scritto del Procuratore della Repubblica non si configuri come condizione di ammissibilità della richiesta di misure cautelari, né tantomeno di validità della conseguente ordinanza cautelare del giudice – bensì come semplice organizzazione "interna" dell'ufficio di Procura, avente valenza meramente disciplinare[25]. Conclusione non pacifica, essendo, la centralizzazione dell'iniziativa cautelare introdotta nel 2006, particolarmente rilevante per due ragioni: a) *in primis*, è funzionale ad un miglior coordinamento organizzativo degli uffici e assicura omogeneità dei comportamenti dei suoi componenti; b) *in secundis*, innalza il livello di tutela dei diritti individuali, assicurando una maggiore protezione della persona sottoposta alle indagini dal rischio di iniziative cautelari azzardate[26].

[24] C. CARINI, *Le misure cautelari personali*. cit., 187
[25] Cass. sez. Un. 22 gennaio 2009, Novi, in Cass. pen., 2009, p. 4157.
[26] M. L. DI BITONTO, *Fondamenti di procedura penale. La tutela cautelare*. Alberto Camon, Claudia Cesari, Marcello Daniele (a cura di), ed.4, Milano, 2023, 958

Spostando la disamina sulla seconda sottofase in cui si articola il procedimento cautelare, essa si caratterizza per l'intervento del giudice: ai sensi dell'art.279 c.p.p., giudice competente ad applicare (nonché revocare o modificare) le misure cautelari è il «giudice che procede». Laddove la misura sia stata richiesta in un momento antecedente l'esercizio dell'azione penale, si specifica, provvederà il giudice per le indagini preliminari. Trattasi di un'ipotesi di competenza c.d. "funzionale": tale disposizione attribuisce, infatti, la competenza a decidere sul procedimento *de libertate* al medesimo giudice – nel senso di organo giudiziario, non di persona fisica – titolare del potere di decidere sulla *res iudicanda* (il quale verrà identificato seguendo gli ordinari criteri sulla competenza per territorio e per materia ex artt.4 ss. c.p.p.). Unica eccezione è rappresentata dall'ipotesi di arresto o fermo: in tal caso, competente all'udienza di convalida sarà il giudice nella cui circoscrizione si trova il luogo di esecuzione dell'arresto o del fermo

Il giudice dovrà, pertanto, in seguito alla ricezione della richiesta da parte del Pubblico Ministero, verificare *in primis* la sussistenza della propria competenza. Della regolamentazione dell'eventuale incompetenza se ne occupa il secondo comma dell'art.291 c.p.p., ai sensi del quale, laddove il giudice investito riconosca la propria incompetenza (per qualsiasi ragione), potrà ugualmente disporre la misura – con il medesimo provvedimento con cui dichiara la propria incompetenza – in presenza di determinate condizioni: è necessario che, oltre a sussistere i presupposti normativi previsti per l'emissione del provvedimento, vi sia l'urgenza di soddisfare taluna delle esigenze cautelari risposte dall'art.274 c.p.p. L'urgenza affermata dalla disposizione *da qua*, tuttavia, non viene meglio specificata dal legislatore: la valutazione circa la sussistenza o meno della stessa sarà dunque rimessa al giudice procedente, ma in ogni caso non potrà essere rappresentata dalla semplice esigenza di prevenire i *pericula libertatis,* dovendo, piuttosto, consistere in un *quid pluris* . Nel tentativo di qualificare tale dubbia fattispecie, la dottrina ha ritenuto che il giudice possa applicare (in via provvisoria) la misura cautelare solo laddove i *pericula libertatis* da tutelare possano subire un grave ed irreparabile pregiudizio dalla mancata tempestiva adozione della misura[27]. In altri termini,

[27] Si veda M. MARGARITELLI, *Art.291. Procedimento applicativo*, in Codice di procedura penale ipertestuale. A. Gaito (a cura di), Torino, 2006, 1212

dovrebbe trattarsi di un'esigenza improrogabile al punto che, se si differisse l'applicazione della misura, vi sarebbe un elevato rischio di totale frustrazione delle istanze di tutela del processo e della collettività. Trattasi di una valutazione complessa, ma indubbiamente indefettibile, essendo finalizzata a consentire una deroga alle norme sulla competenza (in generale prive di eccezioni). Naturalmente, essendo tale fattispecie derogatoria del tutto eccezionale, ne consegue che la motivazione (relativa alla prospettata urgenza) sarà oggetto di valutazione in sede di riesame dell'ordinanza. La norma fa poi espresso riferimento alle disposizioni dell'articolo 27 c.p.p.: il che implica che dovrà sopraggiungere uno specifico atto da parte dell'organo giudiziario competente entro il termine perentorio di 20 giorni a partire dalla data di trasmissione degli atti, pena la caducazione (*ope legis*) dell'ordinanza cautelare. Tale disposizione sancisce, dunque, il differimento dell'efficacia del provvedimento adottato dal giudice incompetente, il quale sarà tenuto, naturalmente, a tramettere al più presto gli atti nei confronti del giudice individuato come competente. La giurisprudenza di legittimità, inoltre, - essendo stato, in passato, particolarmente discusso il rapporto giuridico tra i due titoli cautelari - sul tema ha specificato che con riferimento a tale provvedimento, anche laddove siano trascorsi i venti giorni (ossia il limite temporale di efficacia della misura cautelare disposta dal giudice incompetente), non opera alcuna preclusione endoprocessuale connessa al c.d. giudicato cautelare formatosi su di esso, essendo, il provvedimento successivo (emanato dal giudice competente), lungi dall'essere "reiterato" o di "conferma" del precedente, del tutto autonomo da quest'ultimo[28].

La decisione del giudice circa l'esito della richiesta formulata dal Pubblico Ministero deve pervenire, ai sensi dell'art.292 c.p.p., nella forma di ordinanza, di regola *inaudita altera parte*. La scelta dell'ordinanza quale forma del provvedimento (in luogo del decreto) oltre a risultare maggiormente coerente con la necessità di evidenziarne il carattere incidentale (e non meramente organizzativo), si rivela altresì funzionale a corroborare l'interpretazione che ne riconosce la natura propriamente giurisdizionale. Tale natura giurisdizionale emerge sia dalla necessarietà che il provvedimento venga debitamente motivato, sia dal fatto che si sostanzia, di fatto, in una "decisione", intesa a porre fine ad un

[28] Cass. sez. Un., 29 luglio 1993, Silvano, in Riv. pen., 1994, 436

dibattito. L'estrema rilevanza della motivazione in questione è stata sottolineata anche dalla stessa Corte di legittimità, secondo la quale, in tema di misure cautelari personali, gli elementi oggettivi e soggettivi posti alla base della loro adozione, «impongono al giudice, in motivazione, un approccio argomentativo giuridicamente corretto e ispirato ad un criterio logico, plausibile e convincente, nel trovare la equilibrata composizione degli interessi attinenti all'esercizio della potestà di giustizia e della sfera personale del soggetto, garantita dalla Costituzione in termini assai rigorosi»[29]. Il medesimo proposito ha portato il legislatore a descrivere in modo particolarmente analitico e strutturato il contenuto dell'ordinanza in questione, tramite una riscrittura del secondo comma della disposizione *de qua* con legge n.332 del 1995, al fine di perseguire una duplice ratio: *in primis*, imporre al giudice un vaglio rigoroso dei presupposti legittimanti l'adozione delle misure cautelari, tramite un aggravio dei suoi oneri motivazionali (pena la nullità della decisione); *in secundis* consentire al difensore (si intende, di colui che subisce la misura) una conoscenza piena, esaustiva e approfondita degli elementi su cui si fonda la decisione restrittiva, così da assicurare l'effettivo esercizio del diritto di difesa. Le argomentazioni appena affermate sono dimostrate altresì dal fatto che tali oneri motivazionali sono prescritti nell'esclusivo interesse dell'indagato/imputato: non sono, invero, imposti per l'ordinanza di rigetto della domanda dell'accusa, ma solo con riferimento all'ordinanza applicativa della misura.

L'ordinanza, dunque, ai sensi dell'art.292 comma 2 c.p.p., deve contenere (a pena di nullità rilevabile d'ufficio), *in primis* le generalità dell'imputato o quanto altro valga ad indentificarlo (lett. a): l'utilizzo della congiunzione "o" consente di pervenire alla conclusione per cui l'eventuale erronea indicazione di talune generalità non inficia la validità del provvedimento, purché non vi sia, naturalmente, incertezza relativamente alla persona sottoposta alla misura cautelare. Affermazione confermata altresì dal comma 3 della medesima disposizione (ai sensi del qual l'eventuale incertezza circa la persona nei cui confronti è disposta la misura, esimerebbe gli agenti incaricati a darvi esecuzione), nonché dalla giurisprudenza della Cassazione, secondo cui l'eventuale

[29] Cass. sez. VI, 7 luglio 1995, n.1825, Pellecchia, in Mass. uff., 202841

imprecisione del solo "nome", laddove risultino esatti gli altri dati identificativi e non vi siano dubbi circa la corretta identificazione dell'indagato, costituisce mero errore materiale[30].

Gli elementi più rilevanti prescritti da tale comma sono, tuttavia, quelli relativi alla contestazione dell'addebito cautelare e, come suddetto, alla motivazione del provvedimento.

La lettera b) richiede che vi sia la descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate (c.d. addebito preliminare). Trattasi di una previsione fondamentale ai fini di un corretto esercizio di difesa, coperta da molteplici garanzie costituzionali e sovranazionali: art.111 comma 3 Cost., laddove impone che la persona accusata di reato sia, nel più breve tempo possibile, informata della natura e dei motivi dell'accusa; art.24 comma 2 Cost, che sancisce l'inviolabilità del diritto di difesa (per la quale indefettibile è la conoscenza di tutti gli elementi del fatto contestato); art.5 paragrafo 2 C.e.d.u. In tale ottica assume rilevanza in particolar modo la conoscenza del *tempus commissi delicti*, sia al fine di fornire un eventuale alibi, che per escludere l'attualità dell'esistenza delle esigenze cautelari (tanto maggiore è il tempo trascorso dal fatto senza che il soggetto abbia compiuto atti integranti le fattispecie previste nell'art.274 c.p.p., tanto più è improbabile il loro successivo verificarsi). La rilevanza del tempo trascorso emerge, in modo esplicito, altresì dalla lettera c) della medesima disposizione, laddove richiede che nell'esposizione delle ragioni che giustificano la misura si debba altresì' tener conto del tempo trascorso dalla commissione del reato. L'utilizzo dell'aggettivo "sommaria" – contrapposto, invece, alla formula utilizzata dall'art.429, lett. c) c.p.p. per l'imputazione (la quale richiede che l'enunciazione sia chiara e precisa) – non deve essere inteso come sinonimo di genericità: si tratta semplicemente di un'evidenziazione circa la natura di giudizio incidentale del procedimento *de quo*, avente cognizione sommaria in virtù del fatto che il materiale probatorio sia ancora in fase di evoluzione. La sommarietà, pertanto, si riferisce unicamente all'ipotesi che l'accusa cautelare possa subire delle ulteriori specificazioni nel corso delle indagini: in ogni caso, l'addebito preliminare dovrà contenere un "nucleo originario", consistente nella

[30] Cass. sez. VI, 9 marzo 2006, n.21393, Ruggiero, in Mass. uff., 234616

specifica e dettagliata descrizione di tutti gli elementi del fatto storico già desumibili (in particolare: tempo, luogo, condotta, evento, soggetto attivo e passivo). Questione delicata attiene alla possibilità per il giudice di fornire una diversa qualificazione giuridica al fatto: la giurisprudenza di legittimità si è espressa in modo affermativo, ritenendo che sia consentito modificare la qualificazione giuridica data dal Pubblico Ministero al fatto per cui si procede e che trattasi di una facoltà spettante al tribunale anche in sede di riesame o di appello[31]. Si specifica, peraltro, che tale eventuale diversa qualificazione sarà rilevante esclusivamente dell'ambito del procedimento cautelare: ciò significa che nulla vieta all'organo requirente di insistere, all'interno dell'atto di elevazione dell'imputazione, sulla qualificazione giuridica inizialmente prospettata. Ancora, ulteriore doverosa specificazione concerne quanto (legittimamente) affermato da autorevole dottrina, secondo cui la diversa qualificazione operata dal giudice può attribuire al fatto un titolo di reato più grave rispetto a quello prospettato dal Pubblico Ministero, ma, in virtù del principio del divieto di *reformatio in peius* (avente valenza generale nell'ambito delle impugnazioni), ciò non può avvenire in sede di riesame o appello: l'eventuale affermazione di un *nomen iuris* più grave operata dal giudice cautelare rimarrebbe circoscritta (quanto ad operatività) all'argomentazione contenuta all'interno dell'ordinanza, senza avere alcuna incidenza esterna oltre il procedimento cautelare[32].

L'elemento più rilevante, nel contesto dell'ordinanza cautelare, è senza dubbio rappresentato dall'obbligo di motivazione prescritto dalla lettera c), secondo cui il giudice deve fornire l'esposizione e l'autonoma valutazione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato. Trattasi di una formulazione normativa analitica e stringente, che appare «diretta a responsabilizzare al massimo il giudice nell'esposizione delle ragioni che lo abbiano indotto ad adottare la misura[33]». Si onera, pertanto, il giudice, di indicare

[31] Cass. sez. un., 19 giugno 1996, n.16, Di Francesco, Arch. Nuova proc. pen., 1996, p.719
[32] VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, Padova, 2004, p.95
[33] V. GREVI, *Misure cautelari*, in G. Conso-V. Grevi (a cura di), Compendio di procedura penale, IV ed., Padova, 2008, 418

non soltanto i presupposti applicativi sui quali la misura di fonda (ossia *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), ma altresì di esporre in modo puntale la valutazione di tutti gli elementi da cui tali presupposti sono evinti, nonché le ragioni per cui essi, nel loro complesso, si ritiene possano efficacemente soddisfare i parametri normativi imposti dal legislatore. Ancora una volta, le ragioni sottotese ad una così analitica specificazione degli elementi di cui si richiede la valutazione, risiedono in una duplice *ratio*: da un parte consentono un effettivo e rigoroso controllo, in sede di eventuale impugnazione, circa l'iter logico seguito dall'organo decidente; dall'altra riempiono di significato il diritto di difesa, concorrendo a rafforzare il complesso delle garanzie, tanto sul piano sostanziale quanto su quello procedimentale, a presidio di un bene giuridico fondamentale quale la libertà personale, rispetto a possibili indebite compressioni. In altre parole, ci si trova dinanzi ad una «classica garanzia "ancipite": forma di tutela rafforzata di un diritto fondamentale e garanzia epistemica [34] ». Garanzia espressa anche a livello strutturale, essendo prescritto un preciso percorso logico e argomentativo nella redazione della motivazione *de qua*: il giudice dovrà *in primis* addure tutti i presupposti che legittimano in positivo l'emanazione del provvedimento cautelare, *in secundis* i motivi per cui essi assumono rilevanza, tramite un'esposizione che non si limiti ad evidenziare il carattere della rilevanza in termini meramente sintomatici, bensì che comprenda un compiuto apprezzamento degli elementi di fatto e della ragione per cui tali fatti medesimi "assumono", ancorché con riguardo alla fase procedimentale in corso, "rilevanza" [35] . La rilevanza dei principi evidenziati risiede altresì nel principio di separazione dei poteri: la disposizione in esame, nel prevedere espressamente la sanzione della nullità in caso di omissione di specifica esposizione delle esigenze cautelari, impone che vi sia un puntuale riscontro, all'interno del tessuto motivazionale, con i *pericula libertatis* già prospettati dalla pubblica accusa ai sensi dell'art.274 c.p.p., anche per quanto concerne la valutazione di proporzionalità e adeguatezza della misura scelta. Per quanto riguarda il fattore del tempo trascorso dalla commissione del reato (menzionato nella parte finale della disposizione in esame), si osserva che si tratta

[34] C. CARINI, *Le misure cautelari personali*, cit., 227
[35] In questo senso Cass., sez. VI, 19 settembre 1995, n.3109, Lorenzetti, in Arch. nuova proc. pen., 1995 p.844

di un elemento da correlare, specificatamente, all'esigenza social-preventiva prospettata dalla lettera c) dell'art.274 c.p.p., piuttosto che al pericolo di inquinamento probatorio e al pericolo di fuga – rispetto ai quali semmai potrebbe rilevare il tempo trascorso dal momento in cui l'interessato ha avuto conoscenza delle indagini, essendo difficile presumere il verificarsi di tali pericoli prima di questo momento -. Una delle fattispecie più frequentemente oggetto di intervento giurisprudenziale (nell'ambito della dimensione temporale di cui ci si sta occupando) è rappresentata dal reato di associazione per delinquere di stampo mafioso – e precisamente dai delitti sottoposti alla presunzione di adeguatezza ex art.275 comma 3 c.p.p. – su cui la più recente giurisprudenza ha puntualizzato il principio per cui va sempre considerato attentamente il tempo trascorso dalle condotte contestate, in quanto «la partecipazione attiva e funzionale in un'associazione mafiosa, piuttosto che una mera adesione ideologica, è essenziale per valutare la permanenza nel sodalizio e la reale pericolosità dell'indagato. Il tempo "silente" senza ulteriori condotte sintomatiche di pericolosità può incidere sulla valutazione della persistente adesione al sodalizio criminale[36]».

Sempre in tema di motivazione, altri elementi indefettibili sono sanciti dalla lettera c-*bis*) – introdotta anch'essa con la novella del 1995 – la quale impone al giudice l'esposizione ed autonoma valutazione dei motivi per i quali gli elementi forniti dalla difesa non siano stati ritenuti prevalenti rispetto quelli legittimanti l'applicazione della misura, nonché, nel caso in cui sia stata disposta la più grave misura delle custodia cautelare in carcere, le ragioni per cui le esigenze prospettate non possano essere soddisfatte tramite altre misure più miti. Con tale previsione, il legislatore ha inteso imporre al giudice un ulteriore vincolo metodologico nell'iter di formazione del proprio convincimento, obbligandolo ad esporre esplicitamente le ragioni per cui l'ipotesi d'accusa non sia stata confutata da alcun elemento, prospettato dalla difesa, favorevole al soggetto. Il giudice *de libertate*, pertanto, dovrà non soltanto dimostrare (e debitamente motivare) la non contraddittorietà degli elementi *in favor* con quelli accusatori, bensì anche il grado di resistenza di questi ultimi dinnanzi ai primi: in altri termini, l'ipotesi di colpevolezza deve risultare quanto più credibile e probabile rispetto a quella antagonista. L'esigenza

[36] Cass., sez. VI, 18 settembre 2024, n.36577 in www.onelgale.wolterskluwe.it

di esternare esplicitamente tale ulteriore vincolo derivava, oltre che dalle ragioni già esposte concernenti il rafforzamento del diritto di difesa, dalla necessità di correggere talune pratiche disfunzionali consistenti nell'emissione di motivazioni redatte in larga parte *per relationem*. D'altra parte, non ci si può esimere dal sottolineare come risulti alquanto difficile, per la difesa, disporre di un corredo probatorio sufficientemente completo tale da sostenere efficacemente il confronto con gli elementi prospettati dalla pubblica accusa: invero, le misure cautelari sono solitamente adottate durante la fase delle indagini preliminari, ossia in un momento in cui verosimilmente l'indagato non ha ancora conoscenza dell'esistenza di un procedimento penale a suo carico. Tale complicazione subisce un'attenuazione solo nelle ipotesi, di cui si è accennato, di interrogatorio anticipato contemplate dalla novella del 2024: in tali casi, il comma 3-*ter* dell'art.292 afferma esplicitamente la nullità dell'ordinanza che non contenga una specifica valutazione degli elementi esposti dalla persona sottoposta alle indagini nel corso dell'interrogatorio. L'indagato, in questo caso, avrà a disposizione del tempo (seppur molto breve, ossia cinque giorni) a partire dalla conoscenza del procedimento penale a suo carico, al fine di preparare del materiale difensivo da prospettare durante l'interrogatorio. Negli altri casi, il primo momento in cui potranno essere utilizzati gli elementi probatori raccolti nelle investigazioni difensive sarà rappresentato dall'interrogatorio delineato dall'art.294 c.p.p. (dunque *ex pos*t rispetto all'applicazione della misura).

Gli ultimi elementi indicati dal secondo comma dell'art.291 c.p.p. come indefettibili al fine della validità dell'ordinanza del giudice *de libertate* concernono la data di scadenza della misura (lett. d); la data e la sottoscrizione del giudice (lett. e). Con riferimento al primo elemento, la sua obbligatorietà è circoscritta all'ipotesi in cui l'esigenza cautelare da soddisfare consista nel pericolo di inquinamento probatorio: ciò in quanto, in tale ipotesi, la finalità perseguita tramite la misura cautelare adottata è quella di garantire l'integrità e l'efficacia delle indagini ancora da svolgere. Pertanto, si richiede che la pubblica accusa precisi, all'interno della propria istanza, quantomeno le direttrici investigative che intende seguire ai fini dell'acquisizione di elementi probatori rilevanti; mentre l'organo decidente, a sua volta, dovrà determinare – attenendosi a tali indicazioni – l'arco temporale ritenuto

strettamente indispensabile per lo svolgimento dell'attività investigativa prospettata.

Per completare la disamina della disposizione in esame, si enucleeranno le ulteriori ipotesi di nullità prospettate dai successivi commi. L'ordinanza è nulla, ai sensi del comma 2-*ter*, in mancanza di una motivazione autonoma e specifica sugli elementi a carico e a favore dell'indagato (nonché, come già anticipato, in assenza di valutazione relativa alle dichiarazioni rilasciate dall'imputato in caso di interrogatorio anticipato). Infine, la sanzione della nullità è prospettata in caso di omesso interrogatorio nei casi previsti dall'art.291 comma 1-*quater* c.p.p., o qualora quest'ultimo sia nullo per violazione delle condizioni previste dalla medesima disposizione.

In conclusione, si vuole sottolineare un aspetto contrastante caratterizzante la materia appena descritta: a fronte dell'intervento del legislatore la cui *volunta legis* consisteva nell'imporre al giudice, nel tessuto della motivazione, una rigorosa, omnicomprensiva ed individualizzata descrizione degli elementi legittimanti l'applicazione della misura cautelare, si registrano innumerevoli indirizzi esegetici giurisprudenziali che "tradiscono" lo spirito di fondo della novella, fornendo un'interpretazione particolarmente riduttiva delle prescrizioni esaminate e riconoscendo la validità dell'ordinanza cautelare pur in assenza di un puntuale rispetto delle condizioni ivi elencate. La giurisprudenza di legittimità, infatti, è più volte intervenuta al fine di prestare adesione a prassi interpretative volte ad "alleggerire" gli oneri motivazionali del giudice *de libertate,* di fatto frustrando la *ratio* ispiratrice e la finalità sostanziale dell'intervento normativo del 1995.

3. L'interrogatorio di garanzia

Il riconoscimento dell'inviolabilità della libertà personale di cui all'art.13 Cost., ed in generale la salvaguardia della libertà fondamentali sancita a livello costituzionale, implica l'inevitabile conseguenza di dover attuare e garantire l'esplicazione di meccanismi difensivi in ogni fase dell'iter giudiziario, inclusovi il procedimento *de libertate*. La rotta attraverso cui si dispiega tale esplicazione non è segnata unicamente dalle disposizioni esplicitamente attinenti alla libertà personale (ossia gli articoli 13 e 27 comma 2 Cost.), bensì le relative coordinate

sono tracciate altresì dal (relativamente) nuovo art.111 Cost., fondamento costituzionale e sede di positivizzatone del principio – affermatosi a livello europeo – del giusto processo (c.d. *fair trial*). Nonostante un'iniziale incertezza circa l'applicabilità della disposizione *de quo* al procedimento cautelare, ad oggi non vi è alcun dubbio: il primo comma «costituisce il giusto processo quale naturale ed insopprimibile modalità di estrinsecazione della giurisdizione[37]», per cui è impensabile ritenere che tale fattispecie non riguardi anche la materia della limitazione della libertà personale. L'art.111 Cost., rappresenta, dunque, la cornice costituzionale di riferimento in cui vengono positivizzate tutte le insopprimibili garanzie riconosciute alla persona umana nel contesto del procedimento penale: in esso trovano fondamento il principio di legalità, le imprescindibili condizioni di parità delle parti dinanzi al giudice, la terzietà ed imparzialità di quest'ultimo, sino al principio cardine per cui il processo debba svolgersi nel contraddittorio tra le parti. Quest'ultimo, in quanto espressione e manifestazione del diritto di difesa, assume naturalmente un'importanza cruciale all'interno del procedimento *de libertate,* avendo questi ad oggetto una restrizione della libertà personale in via anticipata rispetto al momento di definitività della sentenza di condanna: esso rappresenta una garanzia effettiva di partecipazione dialettica, ponendo le parti in posizione del tutto paritaria. Peraltro, nonostante l'incontestabile rilevanza di tale fattispecie, essa necessita di essere calibrata in modo diverso a seconda del tipo di procedimento, nonchè della fase processuale in questione. A differenza del processo civile, imperniato essenzialmente sul soddisfacimento di interessi privati, quello penale si fonda, di fatto, sul perseguimento di un interesse prettamente pubblicistico (consistente nel reprimere il fatto di reato): per tale ragione il canone del giusto processo non può «implicare una meccanica e automatica identità di diritti e di doveri per l'accusa e la difesa[38]» (ciò porterebbe all'assurda conseguenza di configurare la pubblica accusa come una sorta di difensore della persona offesa). Pertanto, più che di parità delle armi deve parlarsi di "equilibrio di poteri", il che implica la ricerca di una ponderazione tra i poteri spettanti alle due parti

[37] DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2007, p.866.
[38] M. CHIAVARIO, *Le garanzie della giurisdizione e il processo penale*, in *Le garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della Commissione bilaterale*, Milano, 1999, p.122.

contrapposte, in particolar modo in una fase delicata come quella delle indagini preliminari.

Le ragioni esposte hanno portato il legislatore a configurare il contraddittorio nell'ambito del procedimento cautelare in modo peculiare: del resto, «nella tradizione del nostro Paese è prevalsa l'idea che l'esercizio ordinario del potere coercitivo da parte del giudice penale debba avere luogo secondo forme connotate dall'imprevedibilità, per non vanificare l'adozione del provvedimento restrittivo [39] ». L'idea di base è che se l'imputato avesse conoscenza del procedimento cautelare anteriormente all'emissione della relativa ordinanza, potrebbe in qualche modo eludere l'esecuzione del provvedimento stesso, sottraendovi o frustrandone le ragioni. Pertanto, anche il legislatore del 1988 – sulla scia di quello del 1930 - ha protratto tale tradizione, posticipando il contraddittorio in materia cautelare ad una fase successiva rispetto all'adozione della misura. Secondo l'impostazione seguita dal legislatore, dunque, il potere di limitazione della libertà personale non può che costituire un atto a sorpresa, che precluda cioè, alla persona nei cui confronti viene emessa la misura, la partecipazione anticipata all'*iter* applicativo. Scelta che si rivela, d'altronde, non contrastante con i principi costituzionali: la stessa Consulta ammette che il diritto ad interloquire possa essere limitato (solo) in presenza della necessità di evitare l'assoluta compromissione delle esigenze processuali prioritarie che, per loro natura, risulterebbero, nell'economia del processo, altrimenti vanificate dal contraddittorio anticipato[40]. La fisionomia del giusto processo delineata nell'art.111 della Costituzione, pertanto, non sarebbe preclusiva dell'ipotesi di emissione di provvedimenti *inaudita altera parte* laddove estremamente necessario. Su diverso fronte, neanche la prospettiva europea sembra imporre soluzioni diverse: ciò che risalta da una lettura combinata delle disposizioni della C.e.d.u. e delle decisioni relative ad essa è la mera necessarietà di una tutela assicurata attraverso procedure di "controllo" ex post sulla detenzione, essendo

[39] M. L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2007, p. 875.
[40] Corte Cost., 8 giugno 1994, n. 219, in Giur. Cost., 1994, p.1882

evocato chiaramente uno scenario che colloca quella udienza in un momento successivo alla privazione della libertà[41].

In ogni caso, il diritto al contraddittorio, previamente sacrificato dinanzi le esigenze esposte, deve essere prontamente recuperato al fine di garantire l'effettivo esercizio di difesa dell'interessato – dovendosi, seppur in un secondo momento, conformare i parametri procedurali del procedimento cautelare all'assetto garantistico fondato sul contraddittorio -: diritto la cui esplicazione si realizza per il tramite di due strumenti, ossia l'interrogatorio di garanzia e il riesame.

L'interrogatorio di garanzia può ritenersi come il principale (nonché unico) presidio di tutela effettiva, essendo tutti gli altri strumenti difensivi caratterizzati da eventualità (in quanto subordinati ad una apposita istanza dell'interessato). Esso assume un rilievo particolarmente imponente nell'ambito del procedimento cautelare, tale da giustificare (ex art.302 c.p.p.) la perdita stessa di efficacia della misura applicata in caso di suo mancato espletamento entro i termini previsti. Tale istituto trova compiuta positivizzazione all'interno dell'art.294 comma 1 c.p.p., ai sensi del quale – sino alla dichiarazione di apertura del dibattimento – il giudice che abbia deciso in relazione all'applicazione di una misura cautelare (laddove non vi abbia proceduto precedentemente nei casi previsti dall'art.291 comma 1-*quater,* oppure durante l'udienza di convalida di arresto o fermo) deve procedere all'interrogatorio della persona che sia stata sottoposta alla misura della custodia cautelare in carcere immediatamente, e comunque non oltre cinque giorni. Tale adempimento viene esteso, dal comma 1-*bis*, anche nei confronti di chiunque sia stato sottoposto a qualsiasi altra misura cautelare (sia coercitiva che interdittiva), prevedendo però, in tal caso, un termine ultimo di dieci giorni dall'esecuzione del provvedimento. È ammessa, infine, un'anticipazione, dal comma 1-*ter*, entro il termine di 48 ore, laddove ne faccia richiesta il Pubblico Ministero (ma solo nei confronti della persona in stato di custodia cautelare).

In realtà l'attuale versione della norma si presenta come profondamente diversa rispetto a quella originale: interventi legislativi e censure costituzionali ne

[41] L. GIULIANI, Editoriale del Dossier "Libertà personale dell'imputato e misure cautelari restrittive della libertà individuale nel processo penale" – La Libertà personale dell'imputato tra principi e prassi in attesa di una riforma organica della giustizia penale italiana, *Revista brasileira de Direito Processual Penal* 7(3), 202, p.1572

hanno, infatti, progressivamente esteso il perimetro operativo e risolto determinati punti problematici. La versione originale circoscriveva l'esperibilità dell'interrogatorio alla sola fase delle indagini preliminari (e dunque non quando il Pubblico Ministero avesse già promosso l'azione penale), e solo con riferimento alla misura custodiale da soffrire in carcere o nel domicilio. Sotto il primo profilo, la previsione – che inizialmente si giustificava in ragion del fatto che, una volta esercitata l'azione penale, il sistema processuale consente altri strumenti difensivi - venne dichiarata costituzionalmente illegittima per contrasto con gli art.3 e 24 Cost., nella parte in cui non prevedeva che il giudice, sino alla trasmissione degli atti al giudice del dibattimento, dovesse procedere all'interrogatorio della persona sottoposta a custodia cautelare in carcere [42] : si affermava, dunque, che l'interrogatorio di garanzia, lungi da avere scopi investigativi, fosse uno strumento indefettibile per garantire la difesa dell'interessato, indipendentemente dalla fase procedimentale in cui ci si trovi. Il legislatore ha dato attuazione a quanto affermato dalla Corte con d.l. 22 febbraio 1999 n.29 (convertito con legge 21 aprile 1999 n.109), con cui ha esteso la necessità di svolgere tale interrogatorio «fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento». Nella fase di merito, invece, il soggetto sarà garantito dalla completezza del contraddittorio e dalla sua presenza dinnanzi ad un giudice caratterizzato dalla pienezza dei poteri cognitivi (cui si aggiunge, naturalmente, la disponibilità di ulteriori strumenti difensivi attraverso cui avanzare le proprie istanze). Sotto il secondo profilo, invece, originariamente, l'obbligo del giudice di interrogare l'indagato era, pertanto, circoscritto ai casi di privazione della libertà personale in forma detentiva, sia essa in istituto penitenziario, struttura sanitaria o mediante arresti domiciliari – essendo le misure caratterizzate da maggior afflittività -: per i destinatari delle altre misure, invece, gli unici strumenti posti a disposizione dal sistema erano la revoca, sostituzione ed i mezzi di impugnazione. Tale asimmetria applicativa è stata rimossa con legge 332 del 1995, con cui è stato introdotto il nuovo comma (sovra menzionato) 1-*bis* all'interno dell'art.294 c.p.p. che ha, pertanto, esteso il diritto ad avere un contatto diretto con l'autorità giurisdizionale anche nei confronti dei soggetti sottoposti a misure non custodiali: unico elemento che si contrappone all'omologazione delle due

[42] Corte Cost., 3 aprile 1997, n.77, in Giur. Cost. 1997, p.741

fattispecie continua ad essere il fattore temporale (ossia la diversità del termine entro il quale debba essere posta in essere l'audizione). Con la novella *de quo*, l'operatività del meccanismo in esame fu estesa anche alle misure interdittive, inizialmente escluse dalla sfera applicativa del contraddittorio posticipato, in virtù del diverso grado e del differente carattere dei diritti su cui interferisce il provvedimento (si rammendi che trattasi di un'epoca in cui il concetto di libertà veniva ancora inteso come valore finalizzato a salvaguardare la sola piena disponibilità del corpo).

Ulteriore aspetto su cui soffermarsi concerne altresì il rapporto tra l'interrogatorio in parola e quello investigativo del Pubblico Ministero: a tal proposito, opportunamente il comma 6 sancisce la regola per cui tale seconda audizione non può precedere quella del giudice. Trattasi di una fattispecie che non era stata sufficientemente determinata dal legislatore del 1988, il quale non aveva posto delle precise cadenze temporali tra i due atti – il che suscitava non poche perplessità -: invero, nonostante la loro uniformità morfologica, le due attività realizzano scopi diversificati a vantaggio, e rispettivamente, a carico del dichiarante[43]. La norma, dunque, nella sua originaria struttura, concedeva alla pubblica accusa ampia discrezionalità nel decidere l'*an* e il quando procedere a siffatto interrogatorio dopo che fosse stata applicata la misura custodiale, con l'unica preclusione di procedere nell'eventualità che tale atto potesse rendere non tempestiva l'esecuzione dell'interrogatorio da parte del giudice. Nella prassi applicativa si iniziarono a registrare indebite conseguenze: in *primis*, l'interrogatorio *de libertate* veniva così ridotto ad una sorta di mera ripetizione dell'atto già compiuto; in *secundis* vi erano degli inevitabili condizionamenti in capo all'imputato, dovuti ad indebite pressioni poste in essere dall'organo accusatorio al fine di ottenere confessioni o contributi collaborativi. Tale inaccettabile situazione ha trovato una risoluzione solo con la legge 332 del 1995 (con la quale è stata introdotta l'attuale formulazione): la *ratio* di questa manovra era, evidentemente, quella di evitare che l'eventuale precedente contatto con l'accusatore, rispetto all'interrogatorio di garanzia, potesse inquinare o

[43] A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006, 194

indebitamente influenzare la difesa dell'indagato attraverso le indebite pressioni di cui si è detto, avvalendosi dell'indubbia situazione di maggior debolezza in cui versa il soggetto in *vinculis*. Questa scelta di posticipare l'attività investigativa dell'accusa, tuttavia, non è stata effettuata senza un doveroso contemperamento degli interessi in gioco (ossia di quelli investigativi con quelli difensivi): al fine di evitare che la posticipazione *de quo* si risolva in un eccessivo sacrificio delle esigenze investigative, è stato opportunamente inserito il comma 1-*ter* che consente all'organo requirente di richiedere la compressione dei tempi di interlocuzione tra giudice e custodito entro le quarantotto ore successive all'esecuzione della misura. In ogni caso, anche tale bilanciamento non è stato esente da critiche, in quanto l'esercizio del diritto potestativo consentito dal nuovo comma rischia di ridurre ad una pura formalità l'interrogatorio del giudice, visti in particolar modo i difficili contatti che già vi sono tra soggetto in *vinculis* e difensore (che vengono in tal modo ancor più compromessi).

Le modalità con cui viene esperito l'interrogatorio di garanzia sono sancite dal quarto comma, ai sensi del quale il giudice (*rectius*, colui che ha deciso in ordine all'applicazione della misura cautelare) deve osservare le regole dettate dagli articoli 64 e 65 c.p.p.: il che significa che costui dovrà *in primis* disporre la documentazione nelle forme previste dall'art.141-*bis* c.p.p [44], dovrà poi far precedere l'interrogatorio dagli avvertimenti previsti dal terzo comma dell'art.64 (concernenti sia lo storico diritto al silenzio, che la possibilità di assumere qualità di testimone relativamente a dichiarazioni contro terzi), ed infine sarà tenuto ad enunciare, alla persona interrogata, in forma chiara e precisa il fatto che le è attribuito, rendendogli noti altresì gli elementi di prova a carico. Trattandosi di un atto difensivo previsto a garanzia della libertà personale, queste regole sono inderogabili e la loro osservanza deve essere attuata nel modo più scrupoloso possibile. L'intervento del soggetto, inoltre, seppur sottoposto a misura custodiale,

[44] Trattasi di una norma il cui scopo è quello di rafforzare l'incombenza documentale a carico dell'autorità (al fine di tutelare la libertà morale della persona sottoposta all'atto istruttorio), tramite l'imposizione, a pena di inutilizzabilità, dell'obbligo di documentare integralmente, in forma fonografica o audiovisiva e con verbale in forma riassuntiva, qualsiasi interrogatorio di persona «che si trovi a qualsiasi titolo in stato di detenzione». Per una disamina più completa, si veda A. MARANDOLA, La documentazione, in *L'interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006, p. 282 ss.

dovrà sempre avvenire "libero nella persona" (con le giuste cautele che consentano di prevenire il pericolo di fuga). A partire dalla legge 63 del 2001, il medesimo comma sancisce l'obbligatorietà della partecipazione del difensore al colloquio cautelare: intervento che deve essere inteso in termini di possibilità per costui di presenziare fisicamente all'atto, in modo tale da assicurare una prestazione difensiva adeguata al proprio assistito. Al difensore, inoltre, dovrà esser dato "tempestivo" avviso del compimento dell'atto (insieme anche al Pubblico Ministero): la formulazione utilizzata dal legislatore, lungi da consentire l'immediata ed effettiva conoscenza legale delle attività giudiziarie, finisce per legittimare il ricorso a notificazioni del tutto estemporanee.

Essendo il fine primario dell'interrogatorio quello di assicurare al soggetto la possibilità di introdurre elementi istruttori idonei a controbilanciare le prospettazioni accusatorie, esso non avrà luogo ogniqualvolta egli abbia avuto la possibilità di interloquire con il giudice in una fase antecedente all'adozione del provvedimento cautelare. Dunque, nel nostro ordinamento si rivengono quattro casi in cui l'interrogatorio non troverà applicazione: a) quando il provvedimento sia stato applicato in esito al giudizio di convalida dell'arresto o del fermo (in quanto durante tale udienza il giudice è tenuto all'interrogatorio dell'indagato); b) in caso di applicazione della misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio (in virtù dell'obbligatorietà di interrogatorio preventivo, in tal caso, prevista dall'art.282 comma 2 c.p.p.); c) quando la misura sia applicata (*ex novo*) in esito al giudizio di primo grado che si sia concluso con condanna dell'imputato; d) secondo la giurisprudenza, ormai consolidata, in caso di rinnovazione ex art.27 c.p.p. di ordinanza disposta da giudice incompetente (in quanto il giudice competente, in base al principio generale della conservazione degli atti, può trarre gli elementi per la conferma o meno della misura cautelare dall'interrogatorio già reso).

La logica dell'interrogatorio di garanzia, pertanto, consiste nel realizzare una forma "differita" di contradditorio relativamente all'esercizio del potere limitativo della libertà personale: la dicitura adottata dal legislatore consente, ancora una volta, di comprendere che non si tratta di una fattispecie avente finalità investigativa al fine di accertare la sussistenza del *fumus* della colpevolezza

dell'individuo, quanto piuttosto riveste una finalità difensiva, che consente cioè di valutare la legittimità iniziale ed attuale del provvedimento cautelare. Quanto detto emerge chiaramente dal terzo comma, che nel delinearne le finalità espressamente prevede che mediante l'interrogatorio il giudice valuta se permangono le condizioni di applicabilità e le esigenze cautelari previste dagli articoli 273, 274 e 275 c.p.p.: vi sarà dunque una nuova valutazione dei presupposti, alla luce dei nuovi elementi che siano stati eventualmente forniti dall'interessato durante l'interrogatorio.

L'istituto sin qui delineato, pur avendo l'indubbio merito di assicurare un contatto diretto tra giudice e persona ristretta, non può tuttavia essere considerato esplicazione del contraddittorio, in quanto non riproduce il rapporto triadico che ne costituisce l'indefettibile presupposto[45]. Osservazione che si giustifica alla luce della mancanza di parità tra gli strumenti di cui dispongono le parti al fine di "persuadere" l'organo giudicante: la deposizione dell'imputato difficilmente risulterà idonea a controbilanciare le articolate allegazioni formulate dalla pubblica accusa. Situazione aggravata, peraltro, da una partecipazione difensiva che, nella prassi, si configura sovente in termini meramente passivi. Ciò che emerge, è un assetto in cui la difesa sarà posta nelle condizioni di interloquire in un reale contraddittorio pieno solo in sede di impugnazione, per il tramite dell'istituto del riesame, atteso che i rilevanti limiti strutturali dell'interrogatorio di garanzia ne impediscono una compiuta assimilazione all'istituto del contraddittorio. Invero, si ritiene [46] che un'eccezione al principio del contraddittorio anticipato sarebbe legittima solo in presenza di una duplice condizione: in *primis* che vi sia una successiva attuazione dello stesso dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale; in *secundis* che sia assicurato un equilibrio di poteri spettanti ad accusa e difesa (inteso quale parità di armi a disposizione di costoro), assicurando un'effettiva partecipazione dialettica di quest'ultima. Con riferimento alla prima condizione, non sembra potersi ritenere soddisfatta in ragione del fatto che il giudice dinanzi al quale si svolge l'interrogatorio di garanzia coincide con colui che ha adottato il provvedimento coercitivo: costui, sotto il profilo cognitivo, risente inevitabilmente dell'influenza derivante della conoscenza di atti selezionati in via discrezionale

[45] DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, cit., p.879
[46] F. VARONE, *La difesa nel procedimento cautelare personale*. Il contraddittorio nell'applicazione delle misure *de libertate* Milano, 2012, p.394

dall'organo requirente in sede di richiesta cautelare, nonché dalla naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso, avendo già accolto la domanda cautelare sulla base dei medesimi presupposti. La considerazione svolta evidenzia il concreto rischio di una compromissione dell'autonomia valutativa del giudice, soprattutto in considerazione del fatto che la facoltà riconosciuta alla difesa di depositare atti investigativi non appare idonea a controbilanciare in modo effettivo l'asimmetria informativa esistente. Come sostenuto da autorevole dottrina, è innegabile come il giudice della cautela si ritrovi, di fatto, vincolato dalle prospettazioni dell'accusa, in quanto il fatto che costui abbia una conoscenza in un certo senso "orientata" dal Pubblico Ministero ne implica una terzietà depotenziata dall'insufficienza dei poteri di verifica del fondamento delle richieste accusatorie[47]. Per quanto riguarda invece la seconda condizione enunciata, si può osservare come l'interrogatorio di garanzia non consenta un effettivo confronto dialettico tra le parti, ma piuttosto una mera possibilità di "discolpa" da parte dell'accusato, al fine di smentire la valutazione di sussistenza dei presupposti applicativi della misura: ciò emerge sia dal fatto che l'intervento della pubblica accusa costituisca una mera eventualità (non essendo indefettibile), che dalla difficoltà per il difensore di addivenire ad un contributo difensivo strutturato, idoneo a confutare le prospettazioni accusatorie, visti i tempi estremamente brevi e la significativa estensione del materiale probatorio allegato alla domanda cautelare. A ciò si aggiunga altresì la possibilità, contemplata dall'art.104 comma 3 c.p.p. in relazione a taluni gravi delitti, per il giudice – su richiesta del Pubblico Ministero – di dilazionare, per un tempo non superiore a cinque giorni, l'esercizio del diritto di conferire con il difensore, laddove, durante la fase delle indagini preliminari, sussistano specifiche ed eccezionali ragioni di tutela. Il che rende plausibile l'eventualità che l'interrogatorio di garanzia venga celebrato senza che vi sia stato un preventivo colloquio tra difensore e assistito, indebolendo ancor di più la sua incidenza dialettica. Le considerazioni sin qui svolte consentono di addivenire alla conclusione per cui l'istituto in esame non sembra in alcun modo soddisfare le condizioni minime che consentano di affermare la compatibilità costituzionale di

[47] CONFALONIERI, *Il controllo giurisdizionale sulla custodia cautelare. Esperienza italiana e francese a confronto,* Padova, 1996, p.10

tale procedura con l'art.111 comma 2 Cost. Né può ritenersi che tale discrasia sia colmata dall'istituto del riesame (in quanto mezzo di impugnazione interamente devolutivo), costituendo, quest'ultimo, espressione di un diverso tratto distintivo della giurisdizione penale, relativo alla possibilità di controllo (nel merito) da parte di altro giudice, sui provvedimenti che incidano sulla libertà personale dell'imputato. Pertanto, «il contraddittorio che si esplica nel giudizio di riesame consente di considerare come assunta secondo il relativo schema dialettico la decisione del tribunale di seconda istanza, ma lascia immutata la situazione di totale assenza di contraddittorio nella quale è stata adottata in origine la misura restrittiva[48]».

4. Il contraddittorio 'posticipato' nella procedura di riesame

Rimedio tipico avverso i provvedimenti che dispongono una misura coercitiva è rappresentato dall'istituto del riesame. Trattasi di una fattispecie da sempre segnata da incertezza (e conseguente ampia controversia) in relazione alla natura da attribuirle - problematica da ricondurre in particolar modo a molteplici asimmetrie definitorie e classificatorie vigenti nel previgente codice -. Ripercorrendo le varie fasi esegetiche, vi sono stati momenti in cui è stato qualificato come *novum iudicium* (essendovi sostanziale omogeneità di poteri tra il giudice che ha disposto la misura ed il successivo tribunale); altri in cui è stato definito come uno strumento atipico la cui funzione sarebbe quella di assicurare l'esercizio del contraddittorio; ancora, è stato identificato come una specie di stadio finale del procedimento cautelare, il cui scopo sarebbe di fornire un'ulteriore garanzia costituzionale all'imputato. La giurisprudenza risalente, in particolar modo, ne escludeva la natura di mezzo di impugnazione – ritenendo che si trattasse piuttosto di un meccanismo di controllo *sui generis* – facendo leva sull'inapplicabilità del principio *tantum devolutum quantum appellatum* (essendovi effetti devolutivi particolarmente ampli) e sulla non necessarietà dell'indicazione dei motivi (caratteristica, invece, tipica, delle impugnazioni). Tali dubbi interpretativi hanno trovato una risoluzione nell'attuale assetto codicistico, in cui tale istituto è stato collocato nel capo VI del libro IV, dedicato alle impugnazioni:

[48] M. L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, cit., 881

tale collocazione sistematica consente dunque di porre fine alle incertezze definitorie e considerare il riesame come un vero e proprio mezzo di impugnazione. Nonostante residuino ancora opinioni contrastanti, la natura di mezzo di impugnazione, ancorché avente profili di atipicità, è stata da tempo riconosciuta anche dalla giurisprudenza di legittimità[49].

Indipendentemente dalla qualificazione giuridica, il riesame svolge una funzione estremamente garantista che consente alla parte di sottoporre a vaglio giurisdizionale un provvedimento ritenuto erroneo, all'interno di un'udienza in cui viene assicurato un contraddittorio pieno – tipico dei mezzi di impugnazione – che consente anche di colmare la mancata partecipazione dialettica del soggetto nei cui confronti sia stata applicata la misura nelle fasi precedenti: il riesame viene considerato, a tal proposito, una sede di un contraddittorio postumo.

La disciplina di questo istituto è sancita dall'art.309 c.p.p., ai sensi del quale entro dieci giorni dalla esecuzione o notificazione del provvedimento, l'imputato può proporre richiesta di riesame, anche nel merito, della ordinanza che dispone una misura coercitiva. Il sindacato demandabile al giudice del riesame investe tanto la legittimità formale dell'ordinanza cautelare (con riferimento al rispetto dei requisiti prescritti dall'art.292 c.p.p.), quanto la sussistenza dei presupposti sostanziali per l'applicazione della misura, come delineati dagli articoli 273, 274, 275 e 280 c.p.p., al fine da valutare l'opportunità, l'adeguatezza e la proporzionalità della misura cautelare applicata: in altri termini, si configura un controllo che abbraccia profili sia di legalità che di merito. Trattasi di un istituto a vocazione essenzialmente difensiva, essendo contemplato solo nell'interesse dell'indagato/imputato, il quale sarà l'unico legittimato (insieme, naturalmente, al difensore) a proporre la relativa istanza: il Pubblico Ministero che voglia impugnare l'ordinanza emessa dal giudice cautelare avrà a disposizione solo lo strumento dell'appello disciplinato dalla norma successiva. La *ratio* effettiva di tale istituto, infatti, consiste proprio nell'assicurare in tempi brevi il controllo sulla legittimità (come ribadito, formale e sostanziale), del provvedimento, in conformità a quanto espressamente disposto dall'articolo 5 paragrafo 4 della C.e.d.u.: «l'ascendenza convenzionale del riesame ne giustifica la peculiare fisionomia, senz'altro

[49] Cass. sez. Un., 5 luglio 1995, Galletto, in Cass. pen. 1998, p.2874

eccentrica rispetto ai mezzi di impugnazione ordinari e al consueto atteggiarsi del fattore tempo in relazione alla decisione del giudice»[50]. Sono infatti molteplici le peculiarità che caratterizzano l'istituto in esame rispetto agli ordinari mezzi di impugnazione. In primo luogo, come già affermato, risulta essere l'unico mezzo di impugnazione esperibile esclusivamente da parte dell'imputato: l'esclusione della pubblica accusa dal novero dei soggetti legittimati rimarca ancora una volta la vocazione difensiva di tale istituto, ed è altresì comprensibile alla luce del fatto che l'impugnazione *de quo* sia avverso un provvedimento coercitivo che «trova la sua genesi necessaria proprio in una richiesta dell'organo dell'accusa»[51]. Resta inoltre fermo, per entrambi i soggetti, il diritto a rinunciare all'istanza di riesame dagli stessi presentata (ai sensi dell'art.589 commi 2 e 3 c.p.p.). Per quanto concerne l'interesse ad impugnare (sussistente, secondo i principi generali del processo penale, in presenza di un provvedimento lesivo di un diritto soggettivo ovvero di un interesse giuridico), particolarmente significativo è stato un apporto giurisprudenziale in base al quale esso permarrebbe anche nel caso in cui la misura sia stata nel frattempo revocata: ciò in quanto un'eventuale pronuncia (inoppugnabile) di annullamento potrebbe fondare il diritto dell'indagato alla riparazione per ingiusta detenzione ex art.314 comma 2 c.p.p. (naturalmente a condizione che la misura applicata sia stata la custodia cautelare in carcere o agli arresti domiciliari).

Altra caratteristica peculiare di tale istituto concerne il giudice competente: ai sensi del comma 7, la richiesta di riesame dovrà essere avanzata nella cancelleria del Tribunale – in composizione collegiale – del luogo nel quale ha sede la Corte d'Appello, o la sezione distaccata di Corte d'Appello nella cui circoscrizione è ricompreso l'ufficio del giudice che ha emesso l'ordinanza (c.d. Tribunale della libertà). Peraltro, l'originaria formulazione della norma indicava come competente il Tribunale del capoluogo della provincia in cui fosse stato emesso il provvedimento, ma ciò portava con sé il pericolo del cumulo dei ruoli (tra chi avrebbe svolto la funzione di Tribunale della libertà e chi invece sarebbe stato chiamato ad accertare la responsabilità penale del medesimo soggetto): tale

[50] M. L. DI BITONTO, *Fondamenti di procedura penale. La tutela cautelare*. Alberto Camon, Claudia Cesari, Marcello Daniele (a cura di), ed.4, Milano, 2023, 972
[51] N. LA ROCCA, *Il riesame delle misure cautelari personali,* Assago, 2012*,* p.450

incompatibilità ha condotto ad una pronuncia di illegittimità costituzionale da parte della Consulta [52], seguita dalla legge 652/1996 che ha modificato la norma introducendo l'attuale enunciazione. Trattasi, dunque, di una competenza di tipo funzionale *ad hoc*, in deroga all'ordinario criterio di determinazione della competenza per territorio, generale ed esclusiva per l'impugnazione dei provvedimenti aventi ad oggetto misure cautelari personali (mentre per quelle reali resta ferma la competenza del tribunale capoluogo di provincia). Seppur non vi siano regole espresse in relazione ad eventuali cause di incompatibilità, è chiaro che la *ratio* di tale disposizione sia quella di impedire che il giudice che abbia emanato il provvedimento coercitivo (esaminando, dunque, la vicenda procedimentale con riferimento in particolar modo alla sussistenza delle condizioni legittimanti l'applicazione della misura) entri a far parte del Tribunale delle libertà in funzione di controllo.

Terzo profilo caratterizzante il riesame concerne il contenuto della relativa istanza: dopo alcune iniziali incertezze, si è consolidato l'orientamento secondo cui non è necessario che la richiesta contenga la specifica indicazione dei motivi di impugnazione. Quanto detto si desume dal sesto comma dell'art.309 c.p.p., il quale afferma che con la richiesta di riesame "possono" essere enunciati anche i motivi: l'enunciazione dei motivi, dunque, a differenza di quanto avviene negli altri mezzi di impugnazione, non costituisce un requisito di ammissibilità, ma, al contrario, rappresenta un diritto dell'indagato/imputato, il quale conserva la facoltà di esporre eventuali doglianze in ordine alla misura cautelare applicata sino all'apertura della discussione dinanzi al giudice competente. Tale facoltatività concerne non solo i motivi, bensì anche i capi o punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione, attesa la natura totalmente devolutiva dell'istituto in esame. La disposizione, pertanto, configura lo strumento in esame quale "gravame puro", ossia mezzo di impugnazione interamente devolutivo, preordinato ad un controllo generalizzato concernente tutti gli aspetti rilevanti della questione cautelare. Gli unici elementi indefettibili dell'istanza saranno, in conclusione, l'indicazione del provvedimento impugnato, data e giudice che lo ha emesso, sottoscrizione e richieste finali.

[52] Corte Cost., 24 aprile 1996, n.131, in Foro it., 1996, I, c.2636

Proseguendo con l'analisi degli aspetti salienti dell'istituto del riesame, bisogna evidenziare che si tratta del primo giudizio "a tempo" codificato, in quanto si prevedono stringenti termini entro i quali deve pervenire la pronuncia del Tribunale, pena la perdita di efficacia della misura. In tale procedura le formalità preparatorie costituiscono, infatti, pilastri determinanti, in quanto consentono l'esplicarsi dei ruoli spettanti ai diversi protagonisti della vicenda cautelare: per comprendere tale rilevanza, bisogna partire dal presupposto per cui, naturalmente, il giudice del riesame non ha conoscenza del provvedimento impugnato né tantomeno degli atti che ne costituiscono il presupposto. In tale prospettiva, la scansione temporale del procedimento di riesame si articola in due distinti momenti processuali: un primo termine entro il quale il Tribunale deve acquisire la disponibilità degli atti su cui si fonda il procedimento cautelare oggetto di impugnazione; un secondo entro cui lo stesso è tenuto a fissare l'udienza di comparizione e pronunciarsi sull'istanza. Il primo spazio temporale è sancito dal comma 5, il quale impone che la trasmissione degli atti avvenga di regola entro il giorno seguente a quello dell'avviso e in ogni caso entro cinque giorni. Più precisamente, tale trasmissione deve essere realizzata dall'autorità giudiziaria procedente che materialmente possiede gli atti (ossia, in tale fase, il Pubblico Ministero): la *ratio* di tale termine, particolarmente ristretto, risiede nell'evitare che i tempi del procedimento di riesame possano essere dilazionati, a discrezione della pubblica accusa, dal ritardo di quest'ultima nell'inoltro degli atti, come avveniva usualmente nella prassi prima della modifica di tale disposizione (tramite introduzione di tempi perentori) avvenuta con l. 8 agosto 1995, n.332. D'altra parte, affinchè possa avvenire la trasmissione da parte dell'autorità giudiziaria, condizione prodromica imprescindibile è che quest'ultima venga informata, mediante la ricezione del relativo avviso da parte del Tribunale del riesame. A tal proposito, il comma 5 si limita a prevedere che il Presidente cura che sia dato "immediato" avviso all'autorità giudiziaria procedente: la mancanza di un termine preciso e di una relativa sanzione in caso di violazione dello stesso potrebbe dar luogo ad una disfunzione del meccanismo procedurale così delineato, consentendo una pacifica elusione di tutti i termini sanciti. Per colmare tale lacuna, è intervenuta la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Cassazione: secondo la prima,

il termine "immediato" implica la necessità che non vi sia alcun intermezzo fra la presentazione della richiesta di riesame e l'avviso all'autorità giudiziaria, per cui il termine perentorio per la trasmissione degli atti (presidiato dalla sanzione della decadenza della misura in caso di inosservanza), decorre dal giorno stesso della presentazione della richiesta di riesame[53]. Quanto al secondo arco temporale, prevede il nono comma che il Tribunale debba pronunciarsi entro dieci giorni dalla ricezione degli atti dal tribunale, anche in tal caso a pena di perdita di efficacia della misura. Con riferimento alla trasmissione degli atti, è doverosa un'ulteriore precisazione attinente al contenuto degli stessi: il quinto comma impone alla pubblica accusa di trasmettere al Tribunale tutti gli atti che siano stati già presentati al giudice a norma dell'art.291 comma 1, nonché tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini. Il Decreto Nordio, sul punto, ha aggiunto altresì la previsione per cui, laddove vi sia stato contraddittorio preventivo rispetto l'emissione della misura, dovranno essere presentate anche tutte le dichiarazioni rese dalla persona sottoposta alle indagini durante l'interrogatorio ex art.191 comma 1-*quater* c.p.p. L'obbligo di trasmettere gli elementi in *bonam partem* sopravvenuti è ancora una volta espressione della tendenza volta a rafforzare le garanzie e la tutela della difesa. D'altra parte, un problema interpretativo è sorto con riferimento al verbale dell'interrogatorio di garanzia: nonostante quest'ultimo «dovrebbe costituire esempio paradigmatico di elemento favorevole sopravvenuto da trasmettere al giudice del riesame»[54], le Sezioni Unite della Cassazione, intervenute in materia, hanno contrariamente affermato che tra tali elementi non rientri necessariamente il verbale dell'interrogatorio suddetto che, pertanto, andrà trasmesso solo se in concreto contenga tali elementi[55]. Trattasi di una conclusione particolarmente discutibile, non del tutto rispondente alla *ratio* garantista che connota l'istituto del riesame.

Avendo analizzato tutte le formalità propedeutiche al procedimento di riesame, si procederà ora con una disamina dell'istituto in relazione all'udienza vera e propria (e dunque al dispiegarsi del tanto ambito contraddittorio). Il procedimento di riesame si articola all'interno dello schema tipico dell'udienza in camera di

[53] Corte cost., 11 giugno 1998, n. 232, in Cass. pen. 1998, p.2850
[54] G. TODARO, *La difesa nel procedimento cautelare personale*, Milano, 2012, p.610
[55] Cass. sez. Un. 26 settembre 2000, Mennuni, in Cass. pen., 2001, p.3392

consiglio, disciplinato dall'art.127 c.p.p.: trattasi di un'udienza non aperta al pubblico, cui avranno diritto di partecipazione (ma solo su richiesta) la persona ristretta, il suo difensore ed il Pubblico Ministero presso il Tribunale del riesame, e, se diverso, anche colui che ha richiesto l'applicazione della misura. Il richiamo a tale procedura – da parte del comma 8 dell'art.309 c.p.p. – impone un obbligo di avviso nei confronti dei soggetti legittimati a partecipare, a pena di nullità, nonché il rispetto di un intervallo minimo tra quest'ultimo e la data dell'udienza: tale avviso dovrà essere notificato almeno tre giorni prima della data fissata per l'udienza. Sino alla celebrazione dell'udienza, gli atti che siano stati trasmessi dalla pubblica accusa resteranno depositati in cancelleria, al fine di consentire al difensore di consultarli ed estrarne copia (possibilità, quest'ultima, espressamente introdotta con L.332/1995, al fine di superare i precedenti contrasti interpretativi). L'aspetto più rilevante di tale procedura, tuttavia, concerne la partecipazione all'udienza del soggetto sottoposto alla misura cautelare: tale facoltà, costituente massima espressione del diritto di difesa, è stata valorizzata e normativamente riconosciuta dalla legge 47/2015, tramite la modifica dei commi 6 e 8-*bis*. La prima disposizione riconosce il diritto dell'imputato, nell'ambito della richiesta di riesame, di chiedere di comparire personalmente; la seconda, invece, dispone che l'imputato il quale «ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha diritto di comparire personalmente»: «risulta cosi espressamente sancito un principio che, fino agli ultimi tempi, era stato in balia di una ambigua riaffermazione da parte della giurisprudenza della Corte costituzionale, e che pur a seguito della cristallizzazione normativa non ha mancato di provocare incertezze e oscillazioni interpretative sulla sua effettiva portata»[56]. Le problematiche interpretative si presentano, in particolar modo, nell'evenienza in cui il soggetto sia detenuto in un luogo posto fuori dalla circoscrizione del Tribunale della libertà (*nulla quaestio* invece, in caso contrario, che debba automaticamente essere disposta la traduzione in udienza). La procedura da seguire in tal caso – ai sensi del combinato disposto dei commi 3 e 5 dell'art.127 c.p.p. -, dovrebbe comportare una preventiva audizione del custodito da parte del magistrato di

[56] L. GIULIANI, Editoriale del Dossier "Libertà personale dell'imputato e misure cautelari restrittive della libertà individuale nel processo penale" – La Libertà personale dell'imputato tra principi e prassi in attesa di una riforma organica della giustizia penale italiana, *Revista brasileira de Direito Processual Penal* 7(3), 202, p.1577

sorveglianza del luogo, il quale dovrebbe poi trasmettere gli atti contenenti tali dichiarazioni al Tribunale competente. Peraltro, rimane controverso il diritto del ristretto di essere, poi, tradotto dinanzi al giudice della libertà, in quanto tale traduzione minerebbe la rapidità caratterizzante la procedura in esame. A tal proposito, parte della giurisprudenza valorizza in modo significativo il diritto dell'imputato a partecipare personalmente all'udienza dinanzi al tribunale del riesame, qualora tale comparizione sia stata espressamente richiesta, ritenendo che l'omesso accoglimento della stessa determini una nullità - qualificabile, a seconda degli orientamenti, come assoluta o a regime intermedio - in quanto incidente su un diritto processuale essenziale. Secondo tale orientamento, infatti, la presenza fisica dell'imputato assume rilievo non meramente formale, bensì sostanziale, in quanto funzionale sia alla diretta confutazione delle risultanze probatorie offerte dalla pubblica accusa, sia alla possibilità di sottolineare la presenza di elementi favorevoli non adeguatamente valorizzati. Nondimeno, permane in giurisprudenza un indirizzo esegetico differente, secondo cui l'adempimento dell'audizione personale dell'imputato risulterebbe soddisfatto mediante la sua comparizione innanzi al magistrato di sorveglianza del luogo in cui egli si trova ristretto, escludendosi la necessità di una sua partecipazione fisica all'udienza dinanzi al collegio del riesame. Trattasi di orientamenti (questi ultimi) da non condividere in quanto non tengono conto dell'effettivo valore pratico che risiede nella partecipazione dell'interessato all'udienza, al fine di consentire una piena esplicazione del proprio diritto di difesa, nonché attuazione del contraddittorio, già eccessivamente sacrificato nelle fasi precedenti.

Per quanto concerne l'andamento dell'udienza, il comma 6 dell'art.309 c.p.p., prevede la facoltà per l'imputato di presentare non solo doglianze relative al provvedimento impugnato, bensì anche motivi nuovi: sebbene la norma sembrerebbe consentire tale facoltà al solo imputato e difensore, la giurisprudenza pare ormai unanime nel ritenere tale diritto esteso anche nei confronti della pubblica accusa, al fine di garantire un assetto di parità nei poteri di intervento delle parti. In aggiunta, il nono comma consente altresì la presentazione di elementi ulteriori (ad ambo le parti) nel corso dell'udienza: si tratterà di elementi sopravvenuti sfavorevoli all'imputato (per quanto concerne la documentazione eventualmente

presentata dal Pubblico Ministero), ovvero i risultati delle investigazioni difensive svolte.

Il giudice del riesame, come già evidenziato, sarà tenuto ad effettuare un controllo che concerna profili sia di legittimità che di merito della misura applicata: «l'ampiezza insita in tale potere di controllo fa si che nel procedimento di riesame la devoluzione della fattispecie della cognizione del giudice dell'impugnazione trovi attuazione con la stessa pienezza del controllo effettuato dal giudice che ha emesso l'ordinanza impugnata[57]». Da ciò si evince il fatto che si tratti di un gravame puro, che si differenzia dagli altri mezzi di impugnazione in quanto totalmente devolutivo: in tal modo, la *ratio* di tale strumento consisterà nel rimuovere ogni illegittima compressione del diritto di libertà dell'indagato/imputato, indipendentemente dall'avvenuta denuncia della stessa, tramite un giudizio *ex novo* (con cognizione piena) relativo alla sussistenza dei presupposti legittimanti l'adozione della misura cautelare. L'ampiezza della cognizione del giudice del riesame trova la propria giustificazione, come più volte sottolineato, nella vocazione eminentemente garantista dell'istituto in esame. Si desume, pertanto, che tale giudizio investirà non solo la situazione cautelare previgente (ossia quella sussistente al momento dell'emissione del provvedimento istitutivo della misura), bensì anche la stessa nella sua attualità, intesa cioè in divenire. Quanto alla decisione, prescrive il nono comma, che il giudice, se non dichiara l'inammissibilità della richiesta, pronuncia ordinanza (ricorribile per Cassazione) con cui annulla, riforma o conferma il provvedimento applicativo della misura coercitiva impugnato. Avendo sottolineato la natura garantista dell'istituto del riesame, si può notare come, in realtà, la possibilità per il giudice di confermare il provvedimento impugnato per ragioni diverse da quelle indicate dal giudice precedente, risulti in realtà essere particolarmente pregiudizievole per il soggetto. Ciò in quanto, tale possibilità consente di sanare un'ordinanza precedentemente viziata da difetto di motivazione o non sufficientemente supportata da adeguate evidenze, per il tramite di nuovi elementi probatori o motivazionali, a discapito del soggetto sottoposto a misura. L'unica soluzione in capo al soggetto per eludere tale insidiosa conseguenza è quella di ricorrere direttamente in Cassazione (tramite ricorso *per saltum*), al fine

[57] S. LA ROCCA e N. LA ROCCA, *Le misure cautelari personali*, cit., 476

di ottenere l'annullamento di un'ordinanza cautelare non motivata o non supportata da effettivi elementi probatori (non potendo, la Corte di legittimità, integrare eventuali carenze motivazionali del provvedimento impugnato).

Al di là di tale ultima precisazione, si ritiene possibile concludere tale disamina con l'affermazione per cui l'istituto del riesame, per il tramite del carattere dialettico che lo connatura, consente di esplicare un pieno contraddittorio – finalizzato ad offrire un controllo dinanzi ad un diverso organo giurisdizionale relativo alla correttezza del provvedimento *de libertate* – che costituisce, tuttavia, espressione di «un altro connotato fondamentale del fenomeno giurisdizionale penale, consistente nell'esigenza che i provvedimenti pregiudizievoli per l'imputato non siano sottratti alla possibilità di controllo anche nel merito da parte di un altro giudice[58]». Pertanto, sebbene debba riconoscersi il meritevole intento del legislatore di rafforzare le garanzie difensive della persona sottoposta a misura cautelare per il tramite di tale istituto, non può omettersi di rilevare come quest'ultimo, per la sua collocazione sistematica all'interno del procedimento penale e per le finalità cui è preordinato, si riveli pur sempre inidoneo a realizzare compiutamente le istanze sottese al principio del giusto processo, come sancito dall'art. 111 della Costituzione. Il riesame, dunque, per le ragioni evidenziate non appare in grado di colmare il *vulnus* determinato dalla mancata istaurazione di un contraddittorio preventivo rispetto all'emissione del provvedimento coercitivo.

5. Il cosiddetto contraddittorio 'anticipato' in materia cautelare

Le riflessioni sin qui svolte forniscono un chiaro quadro di inadeguatezza ed insufficienza di tutela prestata nei confronti del soggetto sottoposto a misura cautelare: la funzione di controllo giurisdizionale dell'interrogatorio, il rilievo costituzionale dei diritti posti in gioco, sono elementi sufficienti per riaprire il dibattito sulla necessità che il contraddittorio (*rectius*: la possibilità per l'indagato/imputato di esperire la propria difesa dinanzi ad un organo giurisdizionale) sia destinato a svolgersi solo quando la lesione della libertà sia già avvenuta. Invero, trattasi di un dibattito particolarmente longevo, che ha visto la

[58] M.L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2007, p.881.

luce per la prima volta già negli anni Novanta - a partire dal momento in cui si è assicurata la separazione tra l'organo che richiede la misura e colui che la applica - : pur riconoscendo al contraddittorio anticipato la funzione di garanzia maggiormente idonea ad assicurare l'obiettività del procedimento, l'introduzione di una fase dialettica all'interno del procedimento *de libertate* ha, da sempre, sollevato timori circa i possibili effetti pregiudizievoli derivanti dalla preventiva conoscibilità della misura cautelare destinata a essere adottata.

Anzitutto, sovente si comincia tale disamina da una precisazione terminologica: si definisce "contraddittorio anticipato" quello che deve preesistere il provvedimento giurisdizionale che decida sull'applicazione della misura cautelare, ma ci si chiede rispetto a cosa effettivamente tale contraddittorio debba essere anticipato. Autorevole dottrina sostiene, sul punto, che non possa farsi riferimento alla decisione in sé, essendo fisiologico che il contraddittorio debba precedere il provvedimento da adottare, nonché connaturale al concetto stesso di giurisdizione: «un provvedimento può essere considerato sostanzialmente giurisdizionale in quanto, fra le altre cose, sia preceduto dal contraddittorio»[59]. Si arriva, pertanto, alla conclusione per cui abbia senso parlare effettivamente di contraddittorio anticipato (e non solo di contraddittorio) solo in contrapposizione alla situazione (attuale) in cui l'organo decidente sente solo le ragioni della pubblica accusa. Situazione di cui Enzo Zappalà (sostenitore in una pronta riforma), nel 1993 parlava nei termini di "giurisdizione senza cognizione" in relazione al giudice per le indagini preliminari.

A questo punto, avendo evidenziato da sempre l'inadeguatezza dell'impostazione adottata dal nostro ordinamento, la dottrina ha cercato delle soluzioni tecniche con le quali attuare il contraddittorio nel procedimento *de libertate*. Anzitutto, si rileva l'inopportunità di optare per un unico modulo procedimentale, che non tenga conto della differenza (in termini di gradualità) delle diverse misure cautelari: sarebbe opportuno privilegiare scelte differenziate in relazione alle singole misure. Con riferimento alla custodia cautelare in carcere,

---

[59] G. ILLUMINATI, Relazione, in Aa. Vv. *G.I.P. e libertà personale – Verso un contraddittorio anticipato?* Conso, Amodio, Corbi, G. Illuminati, Pecorella, Riccio, P, Tonini, Vanni, Vigna (a cura di), Napoli, 1997, p. 23

essendo il problema principale evitare che l'imputato, venendo preventivamente a conoscenza della misura, possa sottrarvisi con la fuga, si necessita uno strumento coercitivo che assicuri la presenza dell'imputato all'udienza. Si è, pertanto, ipotizzato di poter utilizzare gli istituti del fermo di iniziati e dell'accompagnamento coattivo: tuttavia, quanto al primo, si avrebbe la conseguenza (negativa) di un indebito ampliamento del potere di disporre il fermo al di là delle ipotesi già codificate; quanto al secondo si presenta il dilemma della titolarità di adozione del provvedimento (se attribuirla al giudice o al Pubblico Ministero). Dunque, le soluzioni cui si perviene – al fine di assicurare la celebrazione di un'udienza in cui partecipino Pubblico Ministero, difensore e imputato - si articolano attraverso quattro diversi modelli. Il primo concerne il suddetto fermo allargato, tramite un'udienza di convalida in cui il giudice, laddove ritenga sussistenti i presupposti previsti dalla legge, applicherà la misura. Il secondo ipotizza invece l'adozione da parte dell'organo requirente del provvedimento che impone l'accompagnamento coattivo ad un'udienza che dovrà essere celebrata dinanzi al giudice non oltre le ventiquattro ore (al fine di non ampliare il termine attuale). Ancora, il terzo modello prevede che sia invece il giudice, su richiesta della pubblica accusa, ad ordinare l'accompagnamento coattivo con il medesimo fine. Infine, il quarto modello ipotizza il mantenimento dell'attuale disciplina relativa alla richiesta di applicazione della misura da parte del Pubblico Ministero, seguita però da una preliminare e succinta valutazione da parte del giudice circa l'ammissibilità della stessa (senza però che sia valutata la fondatezza della richiesta, al fine di non subire un condizionamento nella successiva decisione sul merito): laddove costui non ritenga che la richiesta sia manifestamente infondata, dovrà fissare un'udienza entro un termine ragionevole e disporre l'accompagnamento coattivo (ovvero autorizzare la pubblica accusa ad emetterlo) non prima delle ventiquattro ore che precedono l'udienza; in caso contrario, respingerà la richiesta. Tale ultimo modello consente al soggetto interessato di prendere parte a un momento dialettico volto a garantire che il giudice possa ascoltare entrambe le parti prima di adottare la propria decisione (senza però essere a conoscenza della misura, che rimane a sorpresa); al contempo, offre a quest'ultimo l'opportunità di esaminare preventivamente il fascicolo, così da giungere a una determinazione più

consapevole e meno influenzata dalla sola prospettazione offerta dal Pubblico Ministero. Si tratterebbe, dunque, di un vero e proprio interrogatorio dell'imputato, che ovviamente andrebbe a sostituire quello di garanzia attualmente previsto. La criticità insita in tale impostazione, tuttavia, risiede nel poco tempo a disposizione del difensore per preparare il contraddittorio (essendo i tempi particolarmente celeri): inevitabile sarebbe contemplare la possibilità di richiedere la proroga dell'udienza. Altro aspetto problematico (invero, il principale) è cosa accada all'imputato nella pendenza dei termini previsti: con ogni evenienza dovrà essere tenuto in custodia, ma bisognerebbe individuare un luogo diverso dal carcere (al fine di minimizzare le eventuali implicazioni pregiudizievoli nel caso in cui emerga che la misura non doveva essere applicata). Ancora, di fragilità teorica si può parlare in relazione all'istituto del riesame (per quanto concerne la sua eventuale abolizione): si ritiene che dovrebbero essere modificate le modalità, essendo ora prescritte in sostituzione del contraddittorio sull'applicazione della misura, ma bisognerebbe comunque far salva la previsione del mezzo di impugnazione in generale (che dovrebbe diventare, dunque, un appello a tutti gli effetti). Al di là delle complicazioni ora citate, innumerevoli sarebbero gli aspetti positivi di una riforma in tal senso: si otterrebbe non soltanto un decisivo ampliamento della tutela offerta nei confronti dell'imputato (e, soprattutto, maggiormente conforme a Costituzione), bensì si andrebbe a potenziare anche la funzione giurisdizionale e si avrebbe una maggior celerità (in quanto, un'unica udienza andrebbe a sostituire un procedimento ora scandito in tre tempi diversi).

Diversa dottrina [60] contesta, invece, il modello appena declinato, in particolar modo in relazione all'inevitabile pregiudizio del giudice: si ritiene che laddove si concretizzi la scelta di introdurre un contraddittorio anticipato, sia necessario eliminare tutte le situazioni nelle quali il giudice abbia modo di venire a conoscenza del materiale probatorio prima dello stesso. Tale dottrina, protende, pertanto, per un modello in cui vi sia un primario intervento della pubblica accusa, seguito da un controllo del G.I.P. che si limiti a verificare esclusivamente il rispetto del termine, evitando invece ogni valutazione sul merito. In tale prospettazione, si

[60] G. SPANGHER, Relazione, Aa. Vv. *G.I.P. e libertà personale – Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p.47.

ribadisce la problematica derivante dal tempo particolarmente ristretto (al fine di consentire la preparazione di una difesa che sia in grado di condurre il giudice alla convinzione dell'inesistenza delle esigenze cautelari): si ammette, dunque, sia l'eventualità della proroga dell'udienza, che la possibilità di effettuare un'integrazione probatoria (a condizione, però, che entrambe le fattispecie siano previste esclusivamente a favore dell'imputato).

Ancora, un'opinione divergente con l'idea di contraddittorio anticipato perviene anche da G. Pecorella[61], il quale ribadisce il timore di una significativa compromissione dell'efficienza del sistema giudiziario (a causa del grave rallentamento che la sua operatività subirebbe laddove si prevedesse la celebrazione di un contraddittorio anticipato, specialmente nei processi con una moltitudine di imputati). Un'ipotesi risolutiva di quest'ultima problematica è stata individuata da Fabrizio Corbi (nel medesimo dibattito dottrinale) nel ridurre la possibilità di concretizzare intorno ad un unico collaborante tutta una serie di procedimenti che, se non vi fosse il principio dello spostamento di competenza, sarebbero celebrati in sedi giudiziarie diverse. La dottrina da ultimo citata, infatti, si presenta come uno dei principali sostenitori del contraddittorio anticipato, sottolineandone la rilevanza imprescindibile con riferimento (persino) a qualsivoglia processo, tipologia di misura cautelare e fattispecie criminosa.

Degne di nota sono, infine, le critiche mosse da Paolo Tonini[62] in relazione al procedimento *de libertate,* il quale individua ben tre problematiche che necessitano di immediata risoluzione: a) il fatto che il giudice sia costretto a basare la propria decisione solo su determinati atti di indagine, senza poter correttamente valutare le ragioni della difesa; b) la circostanza che l'ordine decidente debba anticipare "al buio" una decisione, che successivamente sarà difficile da revocare (in quanto dovrebbe implicitamente ammettere di aver commesso un errore); c) il meccanismo per cui, in fin dei conti, le modeste possibilità di controllo sono "scaricate" tutte sul tribunale del riesame, il quale risulta così oberato di impugnazioni.

---

[61] G. PECORELLA, Intervento, in *Aa. Vv. G.I.P. e libertà personale – Verso un contraddittorio anticipato*?, cit., p.66.
[62] P. TONINI, Intervento, in *Aa. Vv. G.I.P. e libertà personale – Verso un contraddittorio anticipato*?, cit., p.101

Al dibattito sin qui delineato si accompagna, altresì, una differente prospettiva di riforma che, pur avendo la medesima finalità (ossia l'irrobustimento delle garanzie difensive dell'imputato) si basa non sull'introduzione di un contraddittorio anticipato, bensì un contraddittorio successivo rispetto all'esecuzione dell'ordinario procedimento cautelare, che ricalchi lo schema previsto per il decreto penale di condanna. Si sostiene la possibilità di introdurre la facoltà per l'imputato di porre opposizione entro un congruo termine, il cui effetto sarebbe quello di instaurare un "processo cautelare" che realizzi un pieno contraddittorio[63]. Quest'ultima prospettiva propone di risolvere, inoltre, il problema del netto squilibrio tra le due parti contrapposte, da un lato operando sulle prerogative riconosciute alla difesa (ossia consentendole di avere una piena conoscenza di tutti gli atti posti a fondamento della richiesta di adozione del provvedimento restrittivo da parte del Pubblico Ministero), dall'altro aumentando i presidi che garantiscano l'imparzialità del giudice (tramite la previsione di un giudice del "processo cautelare" diverso rispetto a quello che abbia adottato la misura, nonché inibendo ogni possibilità della pubblica accusa di interloquire con il giudice prima dell'udienza).

Questo vivace dibattito dottrinale, pur non traducendosi in innovazioni normative (eccetto quanto modificato, come si dirà, dalla legge Nordio), ha tuttavia dato vita a molteplici interlocuzioni in sede parlamentare, in merito alla possibilità di assicurare al soggetto destinatario di una misura cautelare strumenti di tutela maggiormente adeguati rispetto a quelli tradizionalmente previsti. I tentativi posti in essere dal legislatore in passato (seppur falliti) si sono dipanati tra la Commissione Dalia e la Commissione Riccio.

Quanto alla prima, istituita con d.l. 29 luglio 2004, si poneva l'obiettivo di una riforma organica del codice di rito, al fine di attuare, in primo luogo, quanto richiesto dall'art.111 Cost., nonché i principi derivanti dalla normativa comunitaria e internazionale. Con riferimento al tema in esame, si ipotizzava l'introduzione di un contraddittorio anticipato da realizzare in forme diverse a seconda della tipologia di misura cautelare da adottare (ossia da un lato misure non custodiali o interdittive;

[63] DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2007, p. 885

dall'altro misure detentive). Quanto alle prime, si prevedeva che il giudice dovesse procedere direttamente all'interrogatorio dell'indagato. In riferimento alle seconde, invece, si assumeva che, a fronte della richiesta di applicazione di una misura coercitiva detentiva avanzata dalla pubblica accusa, il giudice effettuasse un vaglio preliminare sulla fondatezza dell'istanza, disponendo dapprima l'arresto dell'indagato e, successivamente, entro il termine di cinque giorni, la convocazione di un'udienza in camera di consiglio. In tale sede, il giudice avrebbe dovuto procedere all'interrogatorio dell'indagato, ascoltare le parti e, ove necessario, assumere i mezzi di prova ritenuti decisivi ai fini della decisione cautelare. Nel corso dell'udienza, all'indagato sarebbe stato riconosciuto il diritto di richiedere l'instaurazione di un giudizio direttissimo, così da accedere a un immediato esame del merito, oppure di avanzare richiesta di definizione anticipata del procedimento mediante patteggiamento o giudizio abbreviato. Al di fuori di tali ipotesi, il giudice sarebbe stato tenuto a pronunciarsi entro dieci giorni dalla richiesta e, in ogni caso, l'arresto provvisorio non avrebbe potuto protrarsi per oltre trenta giorni. Tuttavia, tali previsioni hanno suscitato un ampio dissenso, in particolare nella parte in cui il progetto attribuiva al giudice il potere di acquisire prove nella fase del contraddittorio, consentendo al contempo il mantenimento del fermo dell'indagato per un periodo esteso. Sul punto, è stato osservato che il giudice, indipendentemente dalla fase procedimentale in cui si colloca, deve mantenere una posizione di terzietà e non assumere un ruolo attivo nell'accertamento della verità, che risulterebbe incompatibile con le sue funzioni di garanzia.

La commissione Riccio, invece, è stata istituita il 27 luglio 2006: l'idea posta a fondamento della riforma del codice è stata articolata nella consapevolezza condivisa circa l'insostenibile stato di crisi in cui versa la giustizia penale, determinato – tra le altre cause – dalla fragilità strutturale e dall'instabilità del vigente *corpus* normativo. Quest'ultimo risulta, infatti, compromesso da una stratificazione disorganica di riforme settoriali, interventi emergenziali, norme di contingenza e pronunce della Corte costituzionale, che ne hanno progressivamente disarticolato l'impianto originario e ne hanno ridotto l'efficacia applicativa. Tale condizione è stata efficacemente definita come una vera e propria "crisi di autorevolezza della giurisdizione penale". La proposta riformatrice in esame non si

proponeva di abbandonare l'impostazione adottata dal legislatore del 1988, quanto piuttosto di correggerla alla luce del principio della ragionevole durata del processo. Le proposte relative al procedimento *de libertate* vertevano sulla piena esplicazione della funzione giurisdizionale anche nella fase delle indagini preliminari, realizzando un significativo avanzamento sul piano delle garanzie processuali: si auspicava l'individuazione di un meccanismo che assicurasse la presenza dell'indagato all'udienza. In conclusione, l'ipotesi di introdurre un contraddittorio anticipato rispetto all'adozione delle misure cautelari è rimasta confinata al piano delle elaborazioni teoriche, senza trovare concreta attuazione. Tale proposta si è scontrata, da un lato, con la contrarietà espressa da una parte significativa dell'avvocatura, preoccupata per la partecipazione a un'udienza nella quale la difesa si troverebbe in una posizione di oggettiva debolezza, a causa della mancanza di *discovery* e dunque dell'impossibilità di accedere pienamente agli elementi informativi a fondamento della richiesta cautelare; dall'altro lato, con le riserve della magistratura – in particolare della componente inquirente – che ha sottolineato le difficoltà operative e applicative derivanti da una simile modifica procedurale. In tale contesto, venne formulata una proposta alternativa, volta a conciliare l'esigenza di rafforzare le garanzie processuali con quella di preservare l'efficienza della fase delle indagini preliminari. Si ipotizzava che le decisioni relative alle richieste di misure cautelari personali coercitive venissero adottate dal giudice per le indagini preliminari mediante ordinanza motivata, entro un termine prestabilito, prorogabile una sola volta in caso di comprovata complessità della richiesta, mediante atto comunicato unicamente al pubblico ministero. Solo nei procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata o aventi finalità di terrorismo, e in casi espressamente predeterminati, si prevedeva la possibilità che la decisione venisse assunta da un giudice per le indagini preliminari in composizione collegiale, restando comunque ferma la facoltà di impugnazione del provvedimento da parte dell'indagato. Questa proposta, in particolare nei procedimenti a carico di una pluralità di imputati, rifletteva un equilibrio tra l'intento di innalzare le garanzie processuali e la necessità di rinunciare all'introduzione di un contraddittorio preventivo, in quanto si riteneva che l'audizione anticipata avrebbe richiesto una temporanea restrizione della libertà personale mediante provvedimento fondato

unicamente sulla richiesta del pubblico ministero, in potenziale contrasto con il principio di eccezionalità che deve caratterizzare l'applicazione delle misure cautelari.

In conclusione, risulta evidente come la necessità di attuare una riforma della disciplina delle restrizioni della libertà personale fosse qualcosa di impellente già da tempo anteriore rispetto al (seppur parziale) intervento legislativo odierno. Sebbene sia sempre stata chiara la complessità - se non l'apparente irrisolvibilità - dell'introduzione di un contraddittorio anticipato nell'ambito delle misure cautelari personali, alla luce delle inevitabili criticità e delle controindicazioni sistemiche che ogni proposta riformatrice solleva, non per questo poteva essere elusa l'urgenza di un intervento correttivo. Risultava (e risulta) infatti difficilmente compatibile con i principi fondamentali del nostro ordinamento che un procedimento idoneo a incidere su un diritto primario quale la libertà personale sia strutturato in modo da garantire un confronto dialettico tra le parti solo in sede di impugnazione, e non già nella fase genetica della misura.

6. L'introduzione del contraddittorio anticipato ad opera del d. lgs. n. 231 del 2001 nel procedimento applicativo delle cautele interdittive a carico dell'ente

Il decreto legislativo 231 del 2001 ha introdotto, per la prima volta, la responsabilità "amministrativa" degli enti per gli illeciti dipendenti da reato, incidendo profondamente sull'assetto tradizionale e sancendo il definitivo superamento del canone di antica matrice rappresentato dal brocardo *societas delinquere non potest*. Trattasi di una fattispecie che ha richiesto una lunga gestazione affinchè si addivenisse ad una positivizzazione in tal senso (si pensi che la dottrina ha iniziato a discutere a riguardo già dagli anni Settanta), a causa dei numerosi ostacoli sia di carattere ontologico che di compatibilità con la Carta Costituzionale che si frapponevano ad essa. Indubbio era (ed è ancora oggi) che la responsabilità da reato degli enti avesse avuto una emblematica e rapida diffusione a livello internazionale, nonché una compiuta disciplina nella maggior parte dei sistemi giuridici: è stata proprio la necessità di rispondere ad una serie di obblighi di natura sovranazionale (specialmente la Convenzione OCSE del 17 dicembre 1997) a spingere il legislatore italiano ad introdurre anche nel nostro ordinamento

tale responsabilità. La l. 29 settembre 2000 n. 300 ha pertanto delegato il Governo a introdurre la responsabilità (di cui ancora dubbia rimane la qualificazione giuridica) da reato degli enti, sancendo due criteri di ascrizione di responsabilità: sul versante oggettivo ha qualificato i c.d. interesse e vantaggio; su quello soggettivo, ha distinto le figure di "apicale" e dipendente "sottoposto all'altrui direzione". In estrema sintesi, il decreto risulta incentrato su una disciplina che induce l'ente a predisporre un modello organizzativo idoneo a ridurre il rischio di verificazione di illeciti, orientando la propria politica di impresa verso la legalità. La preventiva adozione di tali modelli, inoltre, in caso di effettiva verificazione del reato, può consentire l'esenzione di responsabilità dell'ente; nonché, in caso di adozione successiva, consentire altri benefici di natura sanzionatoria. Il sistema sanzionatorio, del resto, si caratterizza per una pregnante valenza rieducativa, valorizzando al contempo sia l'aspetto della prevenzione che quello della deterrenza: il primo, tramite la centralità attribuita alle misure organizzative che l'ente è tenuto a predisporre al fine di minimizzare il rischio-reato (fattispecie che trova la sua espressione più evidente nei programmi di *compliance*); il secondo, tramite la predisposizione di molteplici modelli premiali in cui a condotte riparatorie consegue una riduzione del *quantum* sanzionatorio.

Sul versante processuale, il d.lgs. 231/2001 configura un procedimento che si discosta notevolmente dal modello tradizionale relativo alla responsabilità delle persone fisiche: nonostante la struttura si articoli nelle medesime fasi (indagini preliminari, udienza preliminare, giudizio o procedimenti speciali, eventuali impugnazioni), vi sono delle connotazioni peculiari che danno centralità, ancora una volta, al perseguimento dell'obiettivo principale, consistente nel stimolare in tempi brevi il recupero dell'ente, attraverso la rimozione delle disfunzioni organizzative che hanno determinato il verificarsi della fattispecie delittuosa. Più precisamente, quanto detto si manifesta in particolar modo nella possibilità di anticipare l'applicazione delle misure interdittive già nella fase delle indagini preliminari, insieme alla eventualità di sospendere le stesse laddove vengano poste in essere delle condotte riparatorie delle conseguenze del reato. Si nota, pertanto, il rilievo che assume il procedimento cautelare, il quale si configura quale strumento idoneo a offrire all'ente un percorso di fuoriuscita dal circuito punitivo,

inducendolo all'adozione di appropriate misure di carattere reintegrativo, compensativo e riorganizzativo, finalizzate alla preservazione e al ripristino degli interessi compromessi dall'illecito. Ma il rilievo assunto dal procedimento cautelare si manifesta, altresì, nell'introduzione di un contraddittorio anticipato, che diviene il vero fulcro del processo punitivo degli enti: la maggior parte dei contenziosi in materia, infatti, si esauriscono durante la fase preliminare per il tramite dell'istituto della sospensione della misura interdittive adottata seguita dall'adozione di condotte riparatorie, il che consente la definizione del procedimento in via alternativa (tramite giudizio abbreviato, patteggiamento o procedimento per decreto). Sin da subito occorre evidenziare che ciò che consente di applicare tale regime differenziato senza eccessive criticità e controindicazioni sistemiche (evidenziate nel paragrafo precedente con riferimento alla persona fisica) è proprio la natura di soggetto collettivo della "persona": risulta pacifico che, in tale ambito, non debbano essere prese in considerazione quelle esigenze cautelari che, per loro natura, presuppongono comportamenti tipici della persona fisica, quali, ad esempio, pericolo di fuga o rischio di inquinamento probatorio.

Le misure cautelari interdittive si caratterizzano, come summenzionato, per una pregnante valenza anticipatoria, in quanto sono essenzialmente finalizzate alla neutralizzazione della pericolosità dell'ente: esse realizzano una completa sovrapposizione delle misure applicabili in sede cautelare rispetto alle sanzioni definitive. Più precisamente, tali misure sono applicate al fine di «paralizzare o ridurre l'attività dell'ente quando la prosecuzione dell'attività stessa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri reati»[64]. Quanto al procedimento applicativo, le prime fasi risultano equivalenti a quelle previste nel procedimento cautelare a carico delle persone fisiche: indefettibile rimane la domanda cautelare da parte dal Pubblico Ministero (che dimostri la sussistenza del *fumus commissi delicti* e del *periculum in mora*), nonché la conseguente valutazione richiesta al giudice relativamente alla sussistenza dei presupposti cui la legge subordina l'applicazione di una misura. Quest'ultimo dovrà, infatti, verificare *in primis* la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza

[64] Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001 n.231, in Aa. Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, G. Garuti (a cura di), Padova, 2002, p.448

della responsabilità dell'ente, tenendo conto della fattispecie complessa che integra l'illecito stesso (l'ambito di valutazione dovrà comprendere non solo il fatto di reato, ma anche la sussistenza dell'interesse o vantaggio, il ruolo ricoperto dai soggetti indicati dall'art.5 del medesimo decreto, nonché individuare il modello di imputazione soggettivo previsto dall'art.6 o 7). Secondo presupposto è la ricorrenza delle condizioni previste dall'art.13 comma 1 lett. a) o b): è necessario, cioè che l'ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità e/o che abbia reiterato nel tempo gli illeciti. Infine, bisognerà verificare la sussistenza delle esigenze cautelari, costituite dal solo pericolo di recidiva: tale carattere monofunzionale del sistema cautelare degli enti trova la propria giustificazione nel fatto che «si rivolge ad un soggetto collettivo, la cui caratteristica strutturale non consente di prendere in considerazione esigenze cautelari relative al pericolo di fuga o di inquinamento delle prove, condotte legate necessariamente all'azione di una persona fisica»[65]. Medesimi risultano altresì i criteri in base ai quali dovrà essere scelta in concreto la misura: proporzionalità e adeguatezza, nonché principio di gradualità.

Il fondamentale elemento di divergenza rispetto al procedimento cautelare "ordinario" si manifesta nelle fasi successive alla presentazione dell'istanza da parte della pubblica accusa: l'art.47 commi 2 e 3 d.lgs. 231/2001 consente l'espletazione del contraddittorio nella fase antecedente l'emanazione del provvedimento cautelare (e dunque prodromica rispetto alla decisione giurisdizionale), consentendo così che quest'ultimo perda del tutto la connotazione di atto a sorpresa. Il contraddittorio, pertanto, non è differito: solo dopo aver sentito ambo le parti il giudice sarà in grado di pronunciare la decisione relativa all'oggetto del procedimento incidentale. Trattasi di un contraddittorio che si articola secondo lo schema disciplinato dall'art.127 c.p.p., ossia in camera di consiglio, con la partecipazione di Pubblico Ministero, ente (che partecipa tramite il proprio rappresentate legale) e difensore, con possibilità per le parti di presentare memorie e di essere sentite qualora decidano di comparire (l'unica differenza con il modello codicistico consiste nella riduzione dei termini).

[65] G. FIDELBO e P. SILVESTRI, *Responsabilità da reato deli enti*, G. Lattanzi e P. Severino (a cura di), vol. II, Torino, 2020, p.147

Tale contraddittorio indubbiamente rappresenta il fulcro del procedimento cautelare: «in questo modo la richiesta cautelare del pubblico ministero viene a misurarsi con la prospettazione di ipotesi alternative dirette a paralizzare o attenuare l'iniziativa accusatoria, con l'effetto di ampliare l'orbita cognitiva del giudice e di evitare i rischi di una decisione sulla scorta del materiale unilaterale[66]». Si configura, così, un contraddittorio pieno, in cui l'ente ha la possibilità di far valere a pieno le proprie ragioni al fine di dimostrare l'insussistenza delle condizioni di applicabilità della misura richiesta, avendo la facoltà di interloquire direttamente su ogni profilo prospettato dalla controparte. D'altra parte, tale contraddittorio non assolve una funzione unicamente difensiva: il giudice, oltre a verificare la sussistenza dei presupposti applicativi, può compiere una serie di ulteriori valutazioni relative, ad esempio, alla necessità di consentire la prosecuzione dell'attività dell'ente – attraverso la nomina di un commissario giudiziale – laddove trattasi di un pubblico servizio la cui interruzione potrebbe arrecare un grave pregiudizio alla collettività, ovvero causare rilevanti ripercussioni sull'occupazione. Fondamentale è altresì la possibilità dell'ente, nell'ambito di tale contraddittorio, di formulare una seria proposta di rimozione delle carenze organizzative che hanno determinato la commissione dell'illecito (ovvero al fine di prevenire illeciti della specie di quello per cui si procede) nell'intento di ottenere un'eventuale contestuale sospensione dell'applicazione della misura. Tale ultima eventualità consentirebbe di soddisfare prontamente l'esigenza primaria del decreto: rieducare al più presto l'ente alla legalità. Ancora, il giudice potrà, venendo a contatto con i rappresentati legali dell'ente, apprendere le effettive caratteristiche della persona giuridica al fine di individuare la misura cautelare che meglio si adatta al caso di specie (tenendo conto della tendenza pressoché inibitoria dell'attività dell'ente di tali misure). In sostanza, si comprende come l'aspetto collaborativo in tale sede prevale su quello difensivo: le informazioni acquisibili durante l'udienza in esame rappresentano un'effettiva garanzia al fine di addivenire alla migliore decisione da parte del giudice.

La scelta e l'opportunità di attuare tale contradditorio anticipato si lega alla duplice ragione della natura del destinatario e delle tipologie di esigenze

[66] Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001 n.231, cit.

prospettate: «l'esclusiva finalità di prevenzione delle misure qui considerate comporta delle valutazioni meta-processuali che impongono la verifica della consistenza organizzativa dell'ente, da un lato, e la ricerca di soluzioni cautelari più confacenti alla "personalità dell'ente", col minimo pregiudizio degli interessi diffusi e collettivi che la vita di quest'ultimo comporta, dall'altro»[67]. In altre parole, poco importa nel caso di specie l'adozione di un provvedimento a sorpresa, non essendo prospettabili i *pericula* di inquinamento probatorio e fuga dell'ente - ostacoli, invece, insormontabili, nel procedimento cautelare concernente le persone fisiche, rispetto alle quali le misure perseguono una pluridimensionalità funzionale -. Quanto detto vale a far comprendere come sia soprattutto la natura delle sanzioni applicabili ad imporre questo incontro dialettico con l'autorità di tipo preventivo: si tratta di un giudizio decisamente più articolato rispetto a quello ordinario, che giustifica e richiede tale modello differenziato. Nonostante l'evidente opportunità del modello sin qui esposto (in considerazione, soprattutto, delle conseguenze positive che ne derivano), si è consapevoli del fatto che lo stesso non possa essere esportato nel procedimento a carico delle persone fisiche, avendo, le misure cautelari, in tal caso, la puntuale funzione di non vanificare i risultati del processo (piuttosto che l'anticipazione della sanzione come avviene nel caso dell'ente).

7. La fine dell'era della "misura a sorpresa" ad opera della l. 9 agosto 2024 n. 114

La legge Nordio, n.114/2024, è stata da molti ritenuta una riforma avente portata sistematica, destinata ad incidere in modo rilevante sull'assetto complessivo della giustizia penale, tanto sul versante sostanziale che su quello processuale. Con particolare riguardo a quest'ultimo ambito, la riforma si presenta come un tentativo sistematico di razionalizzazione dell'assetto vigente, attraverso il recupero e la rielaborazione di proposte di modifica già formulate a partire dagli anni Novanta, ma rimaste inattuate a causa di persistenti ostacoli di natura politico-istituzionale e prasseologica. Le innovazioni introdotte si propongono, in tal senso, non soltanto di modernizzare la struttura del processo penale, ma anche di incidere su ambiti

[67] A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006, p.70

nevralgici del sistema, cercando di conciliare esigenze di efficienza con il rispetto delle garanzie fondamentali dell'imputato, in un quadro di progressivo avvicinamento ai modelli di giustizia europei. I profili centrali attorno ai quali si struttura l'intervento normativo in esame possono essere ricondotti a tre direttrici di matrice garantista: tutela della segretezza delle conversazioni, salvaguardia della riservatezza del soggetto sottoposto ad indagini e, da ultimo, tutela della libertà personale. Proprio in relazione a quest'ultima dimensione si colloca una delle innovazioni di più elevato impatto sistematico e da tempo auspicata in sede dottrinale e applicativa (come ampiamente dimostrato nei paragrafi precedenti): la modifica della disciplina del procedimento cautelare mediante l'introduzione del c.d. contraddittorio anticipato, da esperirsi in una fase anteriore all'adozione del provvedimento *de libertate*. Il provvedimento cautelare, pertanto, perde il suo carattere di atto a sorpresa, tramutandosi in una sequenza procedimentale che include e contempla (seppur in determinati casi e senza soluzione di generalità) il coinvolgimento dell'indagato/imputato già nella fase intercorrente tra la presentazione della richiesta da parte della pubblica accusa e la decisione del giudice. La ragione fondante tale innovazione è stata anticipata nelle trattazioni precedenti: la conformazione originale dell'interrogatorio di garanzia si è rivelata, sul piano applicativo, scarsamente funzionale nell'assicurare l'effettiva tutela del soggetto sottoposto a misura cautelare. Numerosi sono gli elementi di criticità che hanno accompagnato l'istituto nella prassi, tra cui spicca, in particolare, la posizione di marcata debolezza in cui versa il soggetto già privato della libertà personale, aggravata dalla ristrettezza del lasso temporale entro cui la difesa è chiamata a predisporre una strategia effettivamente articolata. In reazione a tali limiti strutturali, l'intervento riformatore promosso dal Ministro Nordio ha inteso offrire una risposta sistemica, elevando a regola generale l'anticipazione dell'interrogatorio a un momento anteriore rispetto all'esecuzione della misura coercitiva.

La fattispecie modificativa in esame ha trovato concretizzazione attraverso la modifica del dispositivo dell'art.291 c.p.p., tramite l'aggiunta dei commi da 1-*quater* a 1-*nonies*: la prima disposizione – dopo aver esordito con la clausola di salvezza relativa a quanto previsto dall'art. 289 comma 2 c.p.p. (unica ipotesi di

contraddittorio preventivo sin ora contemplata) – impone al giudice di procedere con l'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini preliminare con le modalità indicate dagli articoli 64 e 65. La previsione *de quo*, pur muovendosi legittimamente nella direzione di un rafforzamento delle garanzie, è tuttavia accompagnata da una serie di eccezioni normative che ridimensionano notevolmente la portata innovativa dell'istituto: il coinvolgimento preventivo opera, infatti, solo allorquando l'istanza formulata dalla pubblica accusa abbia prospettato, quale esigenza cautelare, il pericolo di reiterazione del reato (ossia il *periculum libertatis* di cui alla lettera c. dell'art.274 c.p.p.). Al contempo tale procedimento troverà applicazione solo a condizione che non si stia procedendo in relazione ad uno dei delitti indicati nell'art. 407 comma 2 lettera a, o nell'articolo 362 comma 1-*ter*, ovvero a gravi delitti commessi con uso di armi o con altri mezzi di violenza personale. Infine, sono escluse dal novero legittimante l'anticipazione del contraddittorio anche le misure interdittive. L'interrogatorio preventivo, pertanto, non avrà luogo laddove il Pubblico Ministero abbia prospettato, quali *pericula libertatis*, l'inquinamento probatorio o il pericolo di fuga (ovvero il pericolo di reiterazione del reato ma in relazione ai delitti sopraelencati). La *ratio* di tale esclusione risulta di esile comprensione: in presenza di tali pericoli, l'efficacia della misura cautelare potrebbe essere vanificata e compromessa dalla previa conoscenza della stessa da parte dell'interessato: l'interrogatorio di garanzia sarebbe percepito come un segnale di allarme che potrebbe scatenare l'azione finalizzata alla concretizzazione del pericolo individuato[68]. Si comprende dunque l'esatto punto di depotenziamento della riforma: il contraddittorio anticipato è stato previsto esclusivamente in relazione alle ipotesi in cui non è indefettibile l'adozione a sorpresa del provvedimento restrittivo della libertà personale. In linea teorica, infatti, non vi è dubbio della maggior effettività di tutela assicurata dall'interpolazione normativa nei confronti dell'indagato: assicurare un contraddittorio preventivo, da una parte consente di far pervenire al giudice, argomenti a sostegno dell'innocenza (o, in ogni caso, favorevoli al *reo*) senza dover auspicare di far affidamento sull'onere dell'organo requirente; dall'altra limita

[68] A. BARLETTA, *La riforma Nordio in materia penale. Una panoramica d'insieme ed alcune considerazioni critiche*, in Osservatorio Costituzionale AIC, fasc. 5/2024, p.97

altresì il pregiudizio del giudice *de libertate*, indubbiamente influenzato dalla constatazione di aver già adottato la misura. Sul piano pratico, tuttavia, manifesta diviene la difficoltà di codificare un istituto che sia in grado di bilanciare e contemperare correttamente le opposte esigenze che vengono in rilievo: la misura cautelare è da sempre contemplata quale provvedimento "a sorpresa" al fine di prevenire la neutralizzazione delle esigenze cautelari che si propone di soddisfare[69]. Per queste ragioni, autorevole dottrina contesta profondamente la novella, ritenendola "truffaldina e irragionevole", in quanto annuncia l'anticipazione del contraddittorio come regola, mentre in realtà ha natura di eccezione molto limitata: «a ben considerare, dunque, l'impressione è quella di un istituto bandiera al quale non crede sino in fondo neanche il legislatore: lo inserisce nell'ordinamento, ma si premura di circoscriverne la portata solo ad alcune, limitate, ipotesi. E, in effetti, i difetti procedurali del congegno sono tali che si comprende e si condivide la cautela adottata dal riformatore»[70]. A tal proposito, vi sono talune problematiche di non poco conto. In primo luogo, vi è un effetto paradossale derivante dal confronto con l'istituto di garanzia: in quest'ultimo si prevede la presenza obbligatoria del difensore, a differenza del nuovo istituto in cui non si registra analoga obbligatorietà. In secondo luogo, altra problematica deriva fatto che la nuova disciplina non contempla un termine dilatorio minimo per l'attuazione del contraddittorio: di regola, secondo il comma 1-*sexies*, l'avviso dovrà essere comunicato almeno cinque giorni prima, ma la medesima disposizione consente di abbreviare il termine per ragioni di urgenza, riducendo così sensibilmente il tempo a disposizione della difesa per studiare la documentazione. Ancora, nel delineare i criteri per accertare in concreto la ricorrenza del presupposto che legittima l'attivazione, ovvero l'omissione, del contraddittorio, non risulta del tutto chiaro se la valutazione debba essere ancorata alla sola richiesta del pubblico ministero o se, al contrario, presupponga un autonomo scrutinio da parte del giudice. La formulazione normativa appare, sotto questo profilo, fortemente ambigua, in quanto fa riferimento alla generica "sussistenza" di determinate esigenze cautelari, senza

[69] G. COLAIACOVO, G. D. MONACA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia. Appunti sul d.d.l. Nordio*, in Dir. pen. proc., 2024, p.64
[70] M. GIALUZ, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*. In Sistema penale, www.sistemapenale.it

specificare in capo a chi ricada il compito di accertarne l'effettiva presenza. Le criticità sin qui evidenziate inducono a ritenere che la novella normativa possa non raggiungere appieno gli obiettivi auspicati, risultando potenzialmente compromessa da rilevanti difficoltà applicative e da talune incoerenze sistemiche di carattere paradossale[71]. La dottrina summenzionata, si spinge al punto da ritenere che probabilmente l'"inconfessabile intento" del legislatore fosse proprio quello da rendere tale istituto talmente complesso da indurre il Pubblico Ministero a prospettare, nella propria istanza, le esigenze per cui il contraddittorio anticipato è precluso.

Per quanto concerne gli aspetti procedurali dell'istituto in esame, il comma 1-*quinquies* stabilisce che la competenza all'istaurazione del contraddittorio spetti al presidente del collegio (o ad un componente dello stesso da lui delegato). L'invito a comparire, ai sensi del comma 1-*septies*, deve contenere le medesime indicazioni già previste nell'ambito dell'interrogatorio di garanzia (compresa la facoltà di prendere visione ed estrarre copia di tutti gli atti depositati). Risulta, poi, modificato, anche lo schema motivazionale del provvedimento che dispone la misura: quest'ultimo dovrà contenere (ai sensi dell'art.292 comma 2-*ter* c.p.p.), a pena di nullità, anche la «specifica valutazione degli elementi esposti dalla persona sottoposta alle indagini nel corso dell'interrogatorio».

Infine, il decreto Nordio ha apportato un ulteriore modifica alla materia cautelare: si introduce il giudice collegiale quale autorità competente ad adottare la misura cautelare più grave (ossia la custodia cautelare in carcere), laddove essa viene disposta nella fase delle indagini preliminari. Quest'ultimo sarà competente altresì laddove sia necessario sostituire una misura già in esecuzione con quella, *in peius*, della custodia cautelare in carcere. Disposizioni, queste ultime, che, tuttavia, troveranno applicazione dopo che siano trascorsi due anni dall'entrata in vigore della novella (come sancito dall'art.9 della l.114/2024). Peraltro, anche quest'ultima novella non ha trovato pieno accoglimento in dottrina: si teme che l'adozione del provvedimento restrittivo da parte di un collegio di triumviri possa cristallizzare un pesante pregiudizio di colpevolezza nel successivo giudizio di

[71] Rischi evidenziati anche da G. SPANGHER, in *Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio prospettiva*, Dir. proc. pen., 2023; nonché F. PORCU, *Le modifiche al codice di rito nel d.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, Dir. proc. pen. 2023.

merito[72]. Altra critica è stata mossa con riferimento alla revoca della misura, dove non vi sono state interpolazioni normative: ciò significa che una decisione disposta dal collegio potrà essere eventualmente smentita dal giudice singolo. Da ultimo, si rileva criticamente come la previsione della collegialità sia stata limitata esclusivamente alla fase delle indagini preliminari, mentre risulta consentito al giudice monocratico l'adozione della misura della custodia cautelare in carcere nelle fasi processuali successive, con un'evidente disomogeneità sistematica sotto il profilo delle garanzie procedimentali. Disomogeneità che si manifesta altresì con riferimento alle altre misure custodiali (quali arresti domiciliari e custodia in luogo di cura), per le quali, pur essendo equiparate alla più grave misura negli effetti, non vi è stata alcuna previsione di collegialità nella decisione.

In conclusione, la prima impressione sulla modifica normativa introdotta dalla legge Nordio lascia emergere l'impressione che, in considerazione della delicatezza della materia, sarebbe stato opportuno un intervento di maggiore organicità e respiro sistematico. Se, infatti, si ritiene – come appare condivisibile – che il contraddittorio rappresenti uno strumento imprescindibile per garantire la terzietà del giudice e, con essa, una più elevata qualità decisionale nonché una tutela effettiva della libertà personale, ne consegue la necessità di affiancare a tale principio un meccanismo idoneo a disciplinare la restrizione provvisoria della libertà, che sia in grado di salvaguardare sia l'efficacia sostanziale della misura cautelare, sia la celebrazione di una reale udienza di confronto tra le parti.

[72] In questo senso si esprimono F. RUGGIERI, *Del potere dell'autorità giudiziaria: le recenti proposte di riform*a, in Dir. pen. proc., 2023, p. 1548; G. SPANGHER, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare*, in Giust. insieme, 6 settembre 2023., par. 4.

CAPITOLO III
ESIGENZE CAUTELARI E PROCEDIMENTO APPLICATIVO DELLE MISURE CAUTELARI

SOMMARIO: 1. La funzione delle esigenze cautelari – 2. I *pericula* cautelari – 2.1 Pericolo di inquinamento probatorio – 2.2. Pericolo di fuga – 2.3 Pericolo di reiterazione del reato. Cenni – 3. I presupposti dei *pericula* cautelari: concretezza e attualità – 3.1 La concretezza – 3.2 L'attualità – 3.2.1 La Legge 16 aprile 2015, n.47 – 4. Esigenze cautelari nella prassi applicativa – 4.1 Evidenza della prassi applicativa in un caso specifico: Delitto di Perugia, 2007 (caso Amanda Knox e Raffaele Sollecito) – 5. Il pericolo di reiterazione del reato: un pericolo controverso dal codice di procedura penale del 1930 al vigente art. 274 c.p.p. – 6. Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di pericolo di reiterazione del reato – 7. Profilassi criminale, indeterminatezza e crisi del concetto di pericolosità sociale – 8. La centralità del pericolo di reiterazione del reato nel nuovo procedimento cautelare introdotto dalla l. 114/2024

1. La funzione delle esigenze cautelari

L'incompletezza dell'art.13 Cost., in relazione ai profili di determinatezza della funzione sostanziale delle misure cautelari, viene colmata, come ampiamente sostenuto nei capitoli precedenti, oltre che dalla presunzione di non colpevolezza, da talune specifiche disposizioni del codice di procedura penale. L'art.274 c.p.p. introduce e descrive analiticamente il secondo elemento costituente presupposto necessario per l'applicabilità delle misure cautelari: i c.d. *pericula libertatis,* i quali «*integrano quelle situazioni prognostiche che esigono il ricorso alla cautela al fine di assicurare le esigenze di giustizia*»[1] . Come sostenuto da autorevole dottrina, infatti, la specificazione di tipizzate esigenze cautelari (da intendere, naturalmente, come *numerus clausus*) «*affronta e risolve con chiarezza sistematica il c.d. vuoto dei fini, arguibile da una lettura monistica dell'art.13 Cost., individuando le finalità di impiego delle misure cautelari*»[2]. Le esigenze cautelari si inseriscono nell'ambito più ampio del rapporto cautela-processo, mettendo nuovamente in luce l'imprescindibile strumentalità che deve sussistere tra i due. In assenza di un effettivo e concreto bisogno di tutela di specifici beni giuridici o valori fondamentali, l'applicazione di una misura limitativa nel corso del procedimento

[1] G. SPANGHER, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*. Vol. II, A. MARANDOLA (a cura di), Milano, 2015, p.18
[2] V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Bargis (a cura di), Milano, 2018, p. 394

penale risulta priva di legittimazione. Un provvedimento siffatto, ove non sorretto da tale necessità, si porrebbe in oggettivo contrasto con i principi costituzionali e internazionali che regolano la materia e ne delineano l'impianto sistematico. Per questa ragione, l'odierno sistema processuale penale individua tassativamente le specifiche esigenze da salvaguardare per il tramite dello strumento cautelare. I rischi che, dunque, lo strumento cautelare si propone di eludere, sono articolati in una struttura triadica che, distinguendo tra finalità probatorie, situazioni di cautela finale e di prevenzione, individua, rispettivamente: il pericolo di inquinamento probatorio, il pericolo di fuga e il pericolo di recidiva o che siano commessi determinati reati[3]. Trattasi, inoltre, di ipotesi tra loro alternative, essendo sufficiente la sussistenza di una sola di esse per consentire l'applicazione della restrizione[4]. L'indefettibile presenza di almeno una di tali esigenze trova il proprio fondamento su un semplice (quanto rilevante) appuramento: la misura coercitiva applicata nei confronti di un soggetto il cui *status* è ancora quello di "presunto innocente" sarebbe profondamente illegittima laddove priva di una specifica finalità da perseguire. Tali pericoli, d'altra parte, devono essere esaminati con riferimento allo specifico e singolo caso in cui la misura cautelare va applicata: lo si desume dall'espressione utilizzata dal legislatore, che richiede l'ulteriore sussistenza (per tutte le fattispecie enucleate) di un "pericolo concreto". La discrezionalità decisionale riconosciuta al giudice risulta, infatti, nuovamente circoscritta e ridimensionata dall'esigenza di accertare la concretezza e l'attualità del pericolo che la misura cautelare è chiamata a prevenire: essendo ormai scomparso l'istituto della cattura obbligatoria, «*l'applicazione delle misure cautelari si impernia su meccanismi di c.d. discrezionalità controllata che ruotano attorno alla valutazione delle c.d. esigenze cautelari*[5]». Sul punto bisogna altresì sottolineare come proprio la calibratura della misura sulla singola situazione impone di ritenere non escluse la coesistenza della misura con un preesistente stato di detenzione (fattispecie già esaminata nei capitoli

[3] D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ*, Diritto processuale penal*e, Milano, 2006, p. 426.
[4] Conclusione confermata anche dalla giurisprudenza, secondo cui, una volta indicato un elemento a giustificazione della scelta da parte del giudice di merito, quest'ultimo non è tenuto a dimostrare anche l'esistenza delle altre condizioni alle quali è subordinata la legittimità della privazione della libertà personale dell'indagato o imputato (Cass. pen., sez. III, 16 aprile 2020, CED 278944)
[5] M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, ed. 8°, Torino, 2019, p.735

precedenti), con l'esecuzione di misure alternative e la concessione di benefici penitenziari[6]. In aggiunta, per quanto concerne la fisionomia specifica di ciascuna delle esigenze cautelari, il passaggio dalla legge delega alla codificazione, e successivamente all'intera produzione normativa di modifica, rivela una particolare attenzione del legislatore nel definire in modo rigoroso e puntuale le singole esigenze. Tale intento si manifesta attraverso l'impiego sistematico di attributi qualificativi, avverbi, incisi esplicativi e affermazioni di principio, tutti volti a evitare un uso distorto o improprio delle misure cautelari. L'obiettivo perseguito è, dunque, quello di garantire che tali misure siano sempre adottate nel pieno rispetto del principio del "minor sacrificio" dei diritti e delle libertà fondamentali, sancito dagli articoli 13 della Costituzione e 275 del codice di procedura penale. Obiettivo, d'altra parte, di non facile raggiungimento: pur se delineati in modo particolarmente preciso, sovente i *pericula libertatis* risultano apparire evanescenti, sicché l'apprezzamento della loro sussistenza finisce per rientrare nella discrezionalità del giudice, consentendo la prevalenza del soggettivismo rispetto al necessario estremo oggettivismo. Tale rischio, tuttavia, trova un ridimensionamento grazie alla motivazione dell'ordinanza applicativa della misura, imposta dall'art.292 c.p.p.: tale disposizione, come già visto, pone in capo al giudice un rigoroso obbligo di motivazione, esigendogli di esplicitare in modo chiaro, puntuale e coerente le esigenze cautelari individuate e poste a fondamento del provvedimento restrittivo adottato.

La disposizione in esame, pertanto, assume un'importanza centrale nel codice, in quanto fornisce le «*coordinate fondamentali per le valutazioni su cui han da basarsi le scelte concrete sul "se" e sul "come" esercitare, nel corso del processo penale, poteri cautelari in personam, una volta soddisfatta la "condizione" preliminare dei gravi indizi di colpevolezza*»[7].

[6] G. SPANGHER, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*. Vol. II, A. Marandola (a cura di), Milano, 2015, p.19
[7] M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1989, Vol. III, p.39

2. I *pericula* cautelari

2.1 Pericolo di inquinamento probatorio

La prima situazione di pericolo individuata dal legislatore quale presupposto legittimante l'applicazione della misura cautelare è rappresentata dal pericolo di inquinamento probatorio. L'attuale versione dell'art.274 comma 1 lett. a) individua tale finalità probatoria nella sussistenza di «*specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto e attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio*[8]».Trattasi indubbiamente della cautela che rappresenta in modo più compiuto l'essenza stessa della limitazione della libertà personale, essendo quest'ultima costituzionalmente ammissibile solo in quanto i suoi scopi si esauriscono entro i confini del processo, senza mai poter degenerare in una forma surrettizia di anticipazione della pena. Viene, a tal proposito, considerata la cautela processuale più "ortodossa" - a fronte dei principi costituzionali e, in particolare, in rapporto alla presunzione di non colpevolezza sancita dall'art.27 Cost.[9] – nonché la più "processuale di tutte"[10].

La norma in esame ha subito varie evoluzioni nel tempo. *In primis*, va evidenziato che un generico riferimento al pericolo per l'acquisizione delle prove era già presente nel codice del 1930 (all'interno dell'articolo 254, comma 2, c.p.p.). L'originaria formulazione del sistema codicistico vigente, rispetto al passato, aveva introdotto l'aggiuntivo riferimento alla necessaria "concretezza" del pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, nonché all'inderogabilità dell'acquisizione stessa. Significative modificazioni sono, infine, state introdotte con la l. 332/1995, tramite l'inserimento del criterio della specificità delle indagini e dell'attualità del pericolo, nonché della regola di esclusione posta a conclusione della disposizione.

La disposizione *de quo* è composta da una pluralità di elementi che meritano di essere analizzati separatamente, tramite una concreta scomposizione degli stessi.

---

[8] V. art.274 comma 1 cpp

[9] M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1989, Vol. III, p.44

[10] M. L. DI BITONTO, *Fondamenti di procedura penale. La tutela cautelare*. Alberto Camon, Claudia Cesari, Marcello Daniele (a cura di), ed.4, Milano, 2023, p. 946

In primo luogo, si evince la necessità che vi siano "specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per cui si procede": deve escludersi, pertanto, il riferimento alla ricerca di nuovi fatti di reato, diversi da quelli contestati dall'organo requirente. Tale specifico collegamento tra esigenze delle indagini e fatti per cui si procede ha, infatti, consentito di superare quella giurisprudenza e prassi per cui l'esigenza *de qua* potesse essere prospettata anche con riferimento alla ricerca di nuovi fatti di reato o in relazione ad altri indagati o addirittura persone non ancora identificate[11]. Questo segmento di disposizione individua, inoltre, il momento in cui sorge l'esigenza in esame, ossia la fase adibita alle "indagini": tuttavia tale momento cronologico non può essere circoscritto alle sole indagini preliminari, potendo sorgere anche in fasi successive alla chiusura di esse[12]. In aggiunta, (a differenza di quanto si dirà in seguito con riferimento al secondo elemento) le esigenze ivi invocate richiamano l'assoluta necessità di preservare l'integrità del potenziale probatorio che le indagini sono in grado di offrire, tutelandolo dal rischio concreto di condotte volte a sopprimere le fonti o gli elementi di prova già esistenti, ovvero a ostacolare l'acquisizione di nuovi elementi istruttori[13]. In chiave più specifica, deve trattarsi di un'esigenza assoluta - di evitare i rischi che possono compromettere la completa salvaguardia del potenziale probatorio – attinente a «*possibili interventi, da parte dell'indagato, soppressivi di fonti probatorie reali già esistenti o impeditivi nei confronti di persone che sono fonti di prove*»[14]. Ancora, con riferimento alla specificità delle indagini, si è osservato che il legislatore del 1995 abbia voluto richiamare l'attenzione sulla necessità che venga preventivamente individuato dal giudice l'oggetto della tutela: ne consegue l'illegittimità dell'adozione di misure cautelari, ai fini della tutela processuale quando ancora non si conosce la natura delle prove da acquisire e il tipo di atti da compiere[15].

[11] Tra le altre, Cass. pen. sez. I, 26 giugno 1995, Pontillo, in CED 201915; Cass. pen. sez. VI, 7 luglio 1994, Stilo, in CED 202820
[12] Cass., sez. un., 12 dicembre 1994, Di Lorenzo, in CED n.199396
[13] Cass. pen., 1° marzo 1994, Massari, in *CED* n.197369.
[14] A. GIARDA, G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, Tomo II, ed. VI, Milano, 2023, p.68
[15] G. ILLUMINATI, *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332,* V. Grevi (a cura di), Milano, 1996, p. 78.

Secondo elemento da prendere in considerazione concerne le situazioni di "concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova": esse, a differenza delle esigenze sovra esplicate, coinvolgono l'effettiva possibilità di acquisire elementi probatori al patrimonio conoscitivo giudiziario, ovvero di conservarli indenni da eventuali manipolazioni. Il pericolo *de quo* deve essere concreto e deve essere identificato in tutte quelle situazioni da cui si possa desumere realmente che l'indagato possa turbare il processo formativo della prova. Tali situazioni devono essere fondate su circostanze di fatto, che siano tali da «*evidenziare un collegamento eziologico del pericolo con dati di fatto specifici (non congetturali), individualizzati e necessariamente muniti di base fattuale*»[16]. La formulazione impiegata è volutamente ampia e onnicomprensiva: essa non individua un ambito meramente topografico – inteso come il luogo o la fase processuale in cui si procede all'acquisizione della prova – bensì delinea un criterio di tipo funzionale, ossia riferito all'attività di acquisizione di elementi probatori[17]. Significativo, a tal proposito, nella casistica giurisprudenziale, l'orientamento secondo cui non possono ritenersi sussistenti esigenze specifiche e inderogabili qualora sia decorso un lasso di tempo rilevante dalla conoscenza, da parte dell'indagato, dell'esistenza di indagini nei suoi confronti per determinati reati, senza che egli abbia posto in essere comportamenti idonei a compromettere l'integrità o l'autenticità del compendio probatorio[18].

La c.d. profilassi probatoria, pertanto, secondo una prima interpretazione, consisterebbe di due segmenti differenziati (non necessariamente coesistenti): le esigenze connesse alle indagini da una parte, quelle direttamente collegate all'attività di acquisizione probatoria dall'altra. Questa tesi dicotomica, tuttavia, lascia il posto ad una preferibile tesi unitaria, che considera i riferiti elementi in modo sostanzialmente omogeneo e monolitico, facendo leva sull'espressione utilizzata dalla norma "in relazione", la quale unirebbe i due segmenti letterali orientandoli in un'unica direzione finalistica. I due momenti risulterebbero così

[16] G. SPANGHER, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*. Vol. II, Antonella Marandola (a cura di), Milano, 2015, p.21
[17] DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi,* in AA.VV., *Trattato di procedura penale,* diretto da SPANGHER, vol. II, tomo II, 2008, p.65
[18] Cass. pen. sez. III, 3 dicembre 2003, n. 306/04, in Guida dir. 2004, n.17

interconnessi, al punto che solo la loro coesistenza può legittimare l'intervento limitativo della libertà personale.

L'estrema chiarezza e articolazione della disposizione in esame mira ad eludere ogni eventuale rischio di genericità in modo tale da rendere quanto più concreto possibile il dato probatorio da proteggere. Il significato complessivo che si ricava da una lettura sistematica e coordinata della disposizione sembra circoscrivere in maniera significativa il campo operativo della norma, orientandone l'applicazione verso una prospettiva funzionale, nella quale il pericolo deve riferirsi a una specifica attività investigativa da compiere. Ulteriore profilo di rilievo, che merita specifica considerazione, riguarda la delimitazione dell'ambito delle esigenze connesse alla fase investigativa, le quali si riferiscono unicamente alla tutela dell'integrità e della genuinità del compendio probatorio. Ne consegue che non può rientrare in tale ipotesi di *periculum libertatis* la finalità di impedire all'imputato di sottrarsi all'esecuzione di determinati atti procedimentali[19].

Assume, infine, indubbia rilevanza sistematica la clausola conclusiva della disposizione (introdotta dalla l.332/1995): essa specifica che "*le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti*". La precisazione introdotta dalla riforma trae origine dalla consapevolezza del rischio di un utilizzo distorto della norma, laddove impiegata in modo strumentale quale mezzo di pressione psicologica sull'indagato, al fine di indurlo a confessare sotto la minaccia implicita dell'adozione di una misura cautelare. Tale specificazione costituisce una regola di esclusione di singolare rilievo, finalizzata ad impedire una finalizzazione "confessoria" delle misure cautelari[20]. Trattasi, dunque, di una «regola di prova legale negativa[21]» la cui violazione darebbe luogo ad un vizio della motivazione del provvedimento coercitivo. D'altro canto, non sono mancate perplessità in merito alla portata effettiva di tale regola di esclusione, poiché è evidente come un'eventuale

[19] M. L. DI BITONTO, *Fondamenti di procedura penale. La tutela cautelare*. Alberto Camon, Claudia Cesari, Marcello Daniele (a cura di), ed.4, Milano, 2023, p. 946
[20] K. LA REGINA, *Art.274, in Codice di procedura penale*, G. Lattanzi, E. Lupo (a cura di), vol. II, Milano, 2020, p. 695
[21] G. ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari* in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332,* V. Grevi (a cura di), Milano, 1996, p. 81

sollecitazione a collaborare o ad ammettere le proprie responsabilità difficilmente verrebbe esplicitata nella motivazione del provvedimento cautelare. A partire da tale considerazione, si è giunti a sostenere che la norma in questione altro non sia che una "norma manifesto" (dunque una sorta di mera petizione di principio), che potrebbe risultare addirittura controproducente ove intesa nel senso di ricavare una prognosi sfavorevole circa il pericolo di fuga o di commissione di atri reati a partire dal rifiuto di rispondere[22]. Trattasi, tuttavia, di una conclusione inammissibile: in nessun caso l'esercizio del diritto al silenzio da parte dell'imputato può essere posto a fondamento di una misura cautelare a suo carico. Tale ultima assunzione è stata confermata anche dalla giurisprudenza, la quale appare unanime del ritenere che l'esercizio da parte dell'indagato della facoltà di non rispondere non consente di desumere alcuna prognosi sfavorevole in relazione agli altri *pericula libertatis*, o, in generale, altra conseguenza negativa diversa dall'impossibilità di accedere a eventuali benefici che potrebbero derivare dalla collaborazione [23] . Questa disposizione, pertanto, non fa altro che esplicitare uno dei principi fondamentali posti alla base della procedura penale: il diritto dell'indagato e dell'imputato al silenzio, presidiato da garanzie costituzionali, riconosciuto come diritto fondamentale tanto a livello internazionale quanto nell'ambito dell'ordinamento europeo, e ritenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo come ricompreso tra le norme internazionali generalmente riconosciute che costituiscono il nucleo della nozione di "processo equo" (consacrato nell'art.6 C.e.d.u.)

Ultima considerazione meritevole di analisi in relazione al *periculum* di inquinamento probatorio concerne il tema (già accennato) delle fasi successive a quelle delle indagini preliminari. Trattasi di una questione che sorge dall'introduzione del nuovo requisito dell'attualità del pericolo – riferito non solo all'esigenza di acquisizione della prova, bensì anche alla necessità di assicurarne la genuinità -: ci si è chiesti, dunque, se tale presupposto consente ugualmente di giustificare misure limitative della libertà personale anche nelle fasi successive alle indagini preliminari. Come affermato nella parte iniziale della trattazione, la

[22] G. ILLUMINATI, *Art.3, legge 8 agosto 1995, n.332,* in Aa. Vv.., *Modifiche al codice di procedura penale*, Padova, 1995, p.75
[23] V. Cass. pen. sez. VI, 24 settembre 2008, in CED 241321; Cass. pen. sez. VI, 8 gennaio 2007, n. 14120, *ivi*, n.236377

precedente giurisprudenza (De Lorenzo) aveva sostenuto la piena riferibilità dell'esigenza cautelare in esame anche alle fasi successive alla conclusione delle indagini preliminari, facendo leva sull'assunto per cui, secondo la formulazione dell'art.274 c.p.p., le esigenze cautelari non riguardano solo quelle investigative in senso stretto, bensì anche l'acquisizione della prova e la conservazione della sua genuinità. Tale orientamento giurisprudenziale appare, allo stato, consolidato e pressoché unanime, in ragione dell'evidenza per cui il pericolo di inquinamento probatorio – o, più in generale, di compromissione del regolare sviluppo del processo di formazione della prova – può concretizzarsi non soltanto nella fase delle indagini preliminari, ma anche in momenti successivi, sino all'escussione dei mezzi di prova in dibattimento. Si afferma, infatti, che nel procedimento penale «*la prova conosce le fasi della individuazione e dell'acquisizione delle sue fonti, quella della vera e propria formazione, poi dell'avanzamento e infine della conservazione*»[24]: ostacoli al corretto evolversi di tale processo formativo possono, con ogni evenienza, verificarsi in ciascuno di questi momenti.

2.2 Pericolo di fuga

La seconda esigenza cautelare prospettata dall'art.274 comma 1, alla lettera b), consiste nella c.d. esigenza di cautela finale: essa consente la disposizione di una misura cautelare quando "*l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto e attuale pericolo che egli si dia alla fuga*". Le situazioni contemplate dalla norma sono, dunque, due. Da un lato, essa prende in considerazione l'ipotesi in cui l'imputato si sia già dato alla fuga: circostanza che richiede, ai fini della legittimità del provvedimento, una mera constatazione oggettiva del fatto. Più nel dettaglio, secondo la giurisprudenza, sono considerati comportamenti integranti la fuga l'eventuale trasferimento o permanenza in un paese estero quando tale condotta appaia sicuramente diretta a sottrarsi al concreto esercizio della giurisdizione italiana se considerata nelle sue concrete modalità (es: permanenza all'estero senza comprovato motivo)[25]. Dall'altro, considera il ben più articolato caso in cui si

[24] Cass. pen. sez. II, 12 giugno 1997, Gava, in Cass. pen. 1999, 201
[25] Cass. pen. sez.VI, 10 marzo 1995, n.426, in Cass. pen., 1996, p.2217; Cass. pen. sez. VI, 4 marzo 1998, n.256, in Cass. pen. 1999, p. 1534

ritiene sussistere il pericolo che l'imputato possa darsi alla fuga: in tale evenienza, la motivazione che il giudice deve apporre al provvedimento restrittivo richiede una struttura argomentativa di più elevata complessità, dovendo basarsi su circostanze concrete e non su mere congetture o presunzioni astratte. In ambedue le ipotesi considerate, la *ratio* del *periculum* deve essere individuata nell'esigenza di evitare che il soggetto si sottragga all'esecuzione della sanzione eventualmente irrogabile o alla partecipazione a specifici atti istruttori per la cui esecuzione è indispensabile la sua presenza [26] . Notiamo, dunque, un'ulteriore biforcazione nell'ambito dell'esigenza in questione, la quale coincide con due situazioni ben caratterizzate: quando si debbono compiere atti processuali per i quali sia necessaria la partecipazione dell'imputato, ovvero quando costui può sottrarsi all'esecuzione della pena nell'evenienza di una condanna[27]. In altri termini, l'art.274 comma lett. b) contempla un duplice pericolo: quello di fuga dalla pena e quello di fuga dal processo / prova.

Molteplici sono i profili problematici in relazione a tale *periculum libertatis.* *In primis* la finalità di assicurare gli effetti di una eventuale futura condanna potrebbe apparire contrastante con la presunzione di non colpevolezza: sotto tale profilo si ritiene che vi sia compatibilità solo laddove il pericolo non venga inteso come mera anticipazione degli effetti di una pronuncia di condanna, ma venga rigorosamente costruito sul presupposto normativo della fuga desunto da materiale *latu sensu* probatorio già acquisito allo stato degli atti[28]. Il che significa che dalla motivazione dovranno risultare circostanze oggettive, autonome e logicamente indipendenti da qualsiasi presunzione *contra reum*, tali da escludere in radice ogni forma di indebita sovrapposizione tra la posizione dell'imputato e quella del colpevole.

In secundis, un ulteriore aspetto critico riguarda la valutazione prognostica che deve essere compiuta dal giudice per emettere il provvedimento restrittivo sulla base del pericolo di fuga. In primo luogo, la disposizione in esame prevede espressamente che la misura sia applicabile solo laddove il giudice ritenga di poter

[26] M. CHIAVARIO, Sub. art.274 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. III, Torino, 1990, p.51 e ss.
[27] Cass. pen. sez. V, 26 aprile 1990, Ceruti, in Cass. pen. 1990, II, 329
[28] K. LA REGINA, Art.274, in *Codice di procedura penale*, G. Lattanzi, E. Lupo (a cura di), vol. II, Milano, 2020, p. 697

applicare, in sede di condanna, una pena superiore ai due anni di reclusione. Parte della dottrina ritiene che siffatto limite di pena possa essere stato correlato a quello previsto per la sospensione condizionale; tuttavia, in assenza di esplicite indicazioni in tal senso, propende per considerarlo come un limite autonomo, la cui soglia biennale non risulta specificamente giustificata[29]. Altri, sostengono invece che si tratti del modo con cui il legislatore ha dato attuazione all'art.2 n. 59 della legge delega 81/1987, che prevedeva la possibilità di ravvisare tale esigenza solo laddove il reato fosse di "particolare gravità"[30]. In ogni caso, il giudizio prognostico relativo al pericolo di fuga implica una valutazione complessiva di dati e circostanze, rigorosamente di natura oggettiva, che lascino presagire una volontaria sottrazione, da parte dell'imputato, all'esecuzione del provvedimento. Deve trattarsi, pertanto, di un pericolo fondato non su di una mera possibilità o congettura, quanto su fatti reali. La giurisprudenza delle Sezioni Unite, inoltre, ha precisato che la sussistenza del pericolo di fuga non può essere desunta solo sulla base della pena detentiva alta inflitta con sentenza (la quale costituisce, semmai, solo uno degli elementi sintomatici): la prognosi va condotta in concreto, con riferimento ad elementi e circostanze attinenti al soggetto, idonei a definire, nel caso specifico, non la certezza, ma la probabilità che lo stesso faccia perdere le sue tracce, pur senza che sia necessaria l'attualità di specifici comportamenti indirizzanti la fuga o il tentativo iniziale di essa[31]. Con riferimento a tale ultimo aspetto, i più recenti approdi giurisprudenziali si sono concentrati particolarmente sul tema delle condotte rilevanti ai fini del giudizio, giungendo alla conclusione per cui, lungi dal pretendere la necessaria sussistenza di un "inizio di fuga", esse vanno individuate in elementi oggettivi e concreti quali «*la situazione di vita del soggetto, le sue frequentazioni, i precedenti penali, i procedimenti in corso, di modo che sia ravvisabile un reale ed effettivo pericolo, pur sempre interpretato come giudizio prognostico e non come mera constatazione di un avvenimento in itinere*»[32]. Si esclude, inoltre, che il pericolo di fuga possa essere desunto dalla mera irreperibilità del soggetto – a condizione che non vi siano altri elementi che facciano intendere

[29] S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, G. SPANGHER E C. SANTORIELLO (a cura di), Torino, 2009, p.63
[30] G. CONTI, A. MACCHIA, *Il nuovo processo penale: lineamenti della riforma*, Roma, 1989, p.100
[31] Cass. sez. Un., 11 luglio 2001, Litteri e altri, in Mass. uff., 219600
[32] Cass. sez. IV, 24 maggio 2007, Okongwu, in Mass. uff., 238299

l'irreperibilità come significativa della volontà del soggetto si sottrarsi al processo[33] -.

La disposizione *de quo* ha, inoltre, subito due rilevanti modifiche ad opera della l. 16 aprile 2015, n.47: al fine di rendere più rigorosa la valutazione da compiere, è stato previsto che i) il pericolo, oltre che essere concreto, debba essere anche attuale; ii) "*le situazioni di concreto e attuale pericolo non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede*[34] *"*. Quanto alla prima interpolazione, la modifica è stata funzionale a rendere la disposizione più omogenea, essendo, fino a quel momento, previsto il requisito dell'attualità solo per il pericolo di inquinamento probatorio (mentre con tale riforma il legislatore lo ha esteso ad ambedue i restanti *pericula*). La seconda modifica, al contrario, pare aver avuto una portata innovativa nettamente più inferiore: la giurisprudenza si era già da sempre esposta nel senso si escludere la possibilità che il pericolo di fuga possa essere desunto esclusivamente dalla particolare gravità della pena inflitta, dovendo necessariamente sussistere ulteriori elementi. Trattasi per tanto, secondo la giurisprudenza, di un rischio già di per sé inesistente.

Ultimo elemento da prendere in considerazione attiene all'aspetto soggettivo della fattispecie: l'art.274 continua a parlare solo di "imputato", conducendo, dunque, a ritenere che il pericolo di fuga autorizzi le misure cautelari unicamente a chiusura delle indagini preliminari[35]. Tale conclusione potrebbe essere giustificata dalla constatazione per cui solo il completamento del quadro probatorio – al momento dall'esercizio dell'azione penale - legittimerebbe una tutela finalizzata ad assicurare la pratica attuazione della pena. Contrariamente, altra parte della dottrina ritiene che debba comunque operarsi una piena equiparazione tra imputato e indagato (e che, dunque, tale disposizione trovi applicazione anche nei confronti di quest'ultimo) in virtù della generale clausola di estensione prevista dall'art.61 c.p.p., la quale al secondo comma richiede

[33] Cass. sez. II, 2 dicembre 2005, in CED n.232866
[34] V. Art. 274 comma 1 lett. b) c.p.p.
[35] G. ILLUMINATI, Presupposti delle misure cautelari in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332,* V. Grevi (a cura di), Milano, 1996, p. 84

espressamente, affinchè l'estensione non operi, che sia dettata una specifica disposizione contraria[36].

2.3 Pericolo di reiterazione del reato. Cenni

L'ultimo *periculum libertatis* delineato dall'art.274 – sul quale si tornerà con maggiore approfondimento nei paragrafi che seguono - è rappresentato dal c.d. *reiterario criminis.* La lettera c) della suddetta disposizione rende applicabile la misura cautelare "*quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto e attuale pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede*." Comunemente denominata "pericolosità sociale", essa costituisce l'unica esigenza di natura "sostanziale" tra quelle contemplate dal codice, non essendo correlata a finalità di tipo endoprocessuale, bensì sorretta da motivi di prevenzione sociale. Proprio in virtù di tale peculiarità strutturale, essa si configura come la più controversa tra le ipotesi cautelari previste dall'ordinamento, sollevando rilevanti questioni di compatibilità sia con il principio di determinatezza sancito dall'art. 13, comma 1, della Costituzione, sia con il principio di presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2, Cost., in quanto suscettibile di anticipare gli effetti afflittivi della pena sulla base di mere valutazioni prognostiche circa il comportamento futuro del soggetto. Proprio al fine di evitare – o perlomeno limitare quanto più possibile – tali probabili censure, il legislatore ha «*inserito nella lettera in esame una serie di specificazioni tese a sottolineare una "marcatura a maglie strette" dell'esigenza in esame*[37] ». Tali specificazioni sono state oggetto di numerose interpolazioni legislative che ne hanno modificato notevolmente la portata, tramite l'inserimento nel sistema processuale di una vasta serie di ipotesi caratterizzate da profili controversi e, soprattutto, suscettibili di un uso strumentale in ragione dell'ampiezza del margine interpretativo riconosciuto al giudice. Aspetto

[36] A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, ed. 10, Milano, 2007, p. 756
[37] G. DI CHIARA, *Libertà personale e presunzione di non colpevolezza*, in *Una introduzione al sistema penale*, Fiandaca-Di Chiara (a cura di), Napoli, 2003, p.329

notevole dell'esigenza *de quo*, pertanto, concerne il fatto che il pericolo di reiterazione non riguarda indiscriminatamente ogni ipotesi di reato, bensì individua specifiche categorie delittuose suscettibili di assumere rilievo. La disposizione in esame specifica, inoltre, i parametri normativi a cui il giudice deve attenersi al fine della formulazione della prognosi di pericolosità sociale: gli elementi menzionati (di natura sia soggettiva che oggettiva) dovranno essere indicativi di una propensione a delinquere.

Un ultimo elemento di rilievo, di cui sarà compiuta una più articolata disamina successivamente, concerne la rilevanza della profilassi criminale nell'ambito delle modifiche normative introdotte dal d.l. 105/2023 (c.d. decreto Nordio). Come già evidenziato in precedenza, tale intervento normativo, che ha inciso significativamente sulla disciplina del contraddittorio nell'ambito cautelare, ha previsto l'anticipazione dello stesso ad una fase precedente l'emissione del provvedimento nei soli casi in cui venga prospettata, da parte del Pubblico Ministero, l'esigenza cautelare di cui all'art. 274, comma 1, lett. c) c.p.p. Trattasi, dunque, dell'unica ipotesi in cui la richiesta della misura da parte dell'organo requirente presuppone, a pena di illegittimità, l'attivazione del contraddittorio nella fase genetica del provvedimento, a riprova della particolare delicatezza dell'esigenza in parola e del suo potenziale impatto sul diritto alla libertà personale dell'indagato.

3. I presupposti dei pericula cautelari: concretezza e attualità.

Le esigenze sin qui esaminate rappresentano i parametri prognostici attraverso i quali il legislatore consente di valutare la pericolosità dell'indagato o dell'imputato, in termini tali da giustificare l'adozione di una misura cautelare. Tuttavia, la mera configurabilità astratta del pericolo non è idonea, di per sé sola, a fondare legittimamente l'intervento restrittivo: l'art. 274 c.p.p., con riferimento a tutte le ipotesi contemplate, richiede che il *periculum libertatis* sia caratterizzato da requisiti di concretezza e attualità. In altri termini, si richiede che il pericolo di realizzazione della situazione da evitare – tramite l'applicazione della misura cautelare – deve risultare concreto ed attuale secondo una serie di parametri specifici per ciascun *periculum:* questi parametri consentono di compiere in modo

effettivo una «prognosi di probabile accadimento della situazione di paventata compromissione di quelle esigenze di giustizia che la misura cautelare è diretta a salvaguardare»[38]. Tali requisiti, inizialmente prospettati per la sola esigenza della profilassi probatoria, sono stati estesi alle restanti esigenze ad opera della l. 16 aprile 2015, n.47: modifica che va accolta in modo positivo, in quanto indica con chiarezza che le esigenze cautelari debbano essere concrete e attuali, e, in particolar modo, che la loro sussistenza non può essere desunta dalla sola gravità del reato[39].

Attualità e concretezza delle esigenze cautelari, come debitamente specificato in giurisprudenza, non devono concettualmente essere confuse con attualità e concretezza delle condotte criminose: tali caratteristiche potranno, pertanto, ravvisarsi anche quando il delitto accertato risalga nel tempo, ma l'indagato continua a mantenere provati atteggiamenti sintomaticamente proclivi al delitto e collegamenti con l'ambiente in cui il delitto era maturato[40].

3.1 La concretezza

Il requisito della concretezza impone un accertamento fondato su elementi fattuali effettivi, puntualmente individuati, e non su mere congetture astratte o ipotesi generiche, prive di un nesso diretto con il fatto oggetto del provvedimento impositivo e con le specifiche caratteristiche del soggetto destinatario. Ne deriva l'inammissibilità di motivazioni stereotipate o formule generiche, applicabili indistintamente a qualsiasi vicenda processuale o a qualunque imputato, prive di un ancoraggio a circostanze concrete e desumibili dal contesto specifico del caso. La concretezza del pericolo paventato, pertanto, diviene requisito indispensabile per giustificare la limitazione della libertà personale prima della condanna definitiva.

Nell'ambito del primo *periculum libertatis* delineato dall'art.274 c.p.p., ossia la profilassi probatoria, la concretezza del pericolo va individuata in tutte quelle situazioni dalle quali sia possibile desumere «*secondo la regola dell'id quod plerumque accidit, che l'indagato possa realmente turbare il processo formativo*

[38] Cass. pen. sez. VI, 30 marzo 1993, Guarnotta, in CED 139828
[39] G. SPANGHER, *Un restyling per le misure cautelari*, in Dir. pen. proc., 2015, p. 535.
[40] Cass. pen. sez. IV, 19 giugno 2020, in Gdir 2020; Cass. pen. sez. IV, 26 giugno 2007, R., in CED 239019; Cass. pen. sez. III, 7 luglio 1998, Calamassi, in Mass. uff. 211827;

della prova, ostacolandone la ricerca o inquinando le relative fonti[41]». Al fine di evitare, tuttavia, che tale requisito si tramuti in una mera clausola di stile, la giurisprudenza richiede al giudice di indicare (con riferimento all'indagato), le specifiche circostanze di fatto dalle quali esso viene desunto e fornisca sul punto adeguata e logica motivazione[42]. Recenti pronunce, inoltre, si sono soffermate sulla necessità, al fine di verificare la concretezza del *periculum*, che la valutazione del pericolo di inquinamento probatorio venga effettuata con riferimento sia alle prove a carico, che a quelle a discarico, non potendosi escludere che l'imputato se non adeguatamente impedito possa cercare di indurre i testimoni indicati dalla sua difesa a rendere dichiarazioni a sé favorevoli[43]. Ancora, bisogna tener presente che la "concretezza" del pericolo postula non solo il richiamo ad una situazione effettiva, ma anche il riferimento ad una situazione controllabile sulla base degli atti del procedimento[44]: requisito che può essere soddisfatto solo tramite una chiara esplicazione degli elementi che si necessita acquisire e delle ragioni per cui vi è pericolo concreto per la loro acquisizione e la loro genuinità.

Quanto al pericolo di fuga, la giurisprudenza ancora una volta si è mostrata attenta all'individuazione degli elementi da cui desumere tale concreto pericolo: si ribadisce, a tal proposito, l'obbligo del giudice di articolare esaurientemente la motivazione dell'ordinanza applicativa. Ne consegue che il provvedimento coercitivo deve fondarsi non su dati meramente congetturali, bensì' su circostanze ed elementi di fatto che, collegati alla gravità del reato per il quale si procede e all'entità della presumibile pena da irrogare, diano significativa consistenza al periculum libertatis che, anche se interpretato come giudizio prognostico e non come mera constatazione di un accadimento in itinere, non occorre che sia particolarmente intenso, ma soltanto reale e non immaginario[45]. In tal senso, elementi da cui desumere la concretezza del pericolo potrebbero essere, ad esempio, il comportamento non del tutto coerente tenuto dall'indagato durante le indagini, l'atteggiamento alternante tra la fuga verso altri paesi e la collaborazione, o ancora la disponibilità di risorse economiche e mezzi per organizzare la fuga. Si sottolinea,

[41] Cass. pen. sez. VI, 23 marzo 2017, in CED 270561
[42] Cass. pen. sez. III, 3 dicembre 2003, in Guida dir. 2004, n.17
[43] Cass. pen. sez. III, 12 giugno 2019, in CED 276912
[44] Cass. pen. sez. I, 13 ottobre 1993, in GP 94, III
[45] Cass. pen. sez. I, 18 dicembre 1998, Calì, in Cass. pen. 2000

inoltre, che il requisito della concretezza a proposito del pericolo di fuga non si identifica nella "attualità" di questo – derivante dall'esistenza di occasioni prossime favorevoli alla fuga – ma in fatti e circostanze non meramente congetturali sulla base dei quali debba ragionevolmente temersi che l'imputato si dia alla fuga[46].

Infine, in tema di giudizio di pericolosità sociale, la valutazione va effettuata su elementi specifici, dai quali sia possibile dedurre, secondo il canone dell'*id quod plerumque accidit*, il concreto pericolo di reiterazione dell'attività criminosa[47]. Si è affermato, altresì, che le esigenze connesse alla tutela della collettività devono concretarsi nel pericolo specifico di commissione dei delitti indicati nell'art.274 lett. c), e trattandosi di valutazione prognostica di carattere presuntivo, il giudice è tenuto a dare concreta e specifica ragione dei criteri logici adottati, senza potere, nell'ipotesi in cui siano più gli imputati, assumere determinazioni complessive e generali[48]. Il requisito della concretezza, ancora una volta, funge da limite circa la prognosi di pericolosità, nel senso che il giudice sarà tenuto a valutare caso per caso la sussistenza di tutti i parametri per impedire un'automatica individuazione del periculum in ragione della sola gravità del reato[49].

3.2 L'attualità

L'attualità costituisce il secondo requisito indefettibile ai fini di una valida ricognizione della sussistenza delle esigenze cautelari: il *periculum* presupposto non solo deve risultare presente all'atto di applicazione della misura, ma deve altresì costantemente accompagnare la vicenda cautelare. In ogni momento, pertanto, devono permanere attuali le esigenze atte a giustificare la prosecuzione della vicenda cautelare, secondo una prospettiva di tutela che sia costante ed effettiva. Elemento di preponderante rilievo nell'ambito dell'attualità è senza dubbio il fattore tempo: il *tempus commissi delicti* rileva per valutare il tempo trascorso dalla commissione del fatto, il quale può avere un'influenza notevole sulla permanenza o meno dell'esigenza prospettata. Per questo aspetto, si afferma che la distanza temporale tra il fatto e la decisione cautelare, giacché tendenzialmente dissonante

[46] Cass. pen. sez. I, 8 febbraio 1999, Calì, in CED 212464
[47] Cass. pen. sez. III, 15 giugno 2004, in CED 229911
[48] Cass. pen. sez. II, 21 novembre 1997, Accardo, in CED n.210595
[49] E. AMODIO, *Nuove nome sulle misure cautelari e sul diritto di difesa*, Milano, 1996, p.15

con l'attualità e l'intensità dell'esigenza cautelare, comporta un rigoroso obbligo di motivazione sia in relazione a detta attualità, sia in relazione alla scelta della misura [50]. D'altra parte, il fattore tempo viene in considerazione non solo relativamente alle esigenze cautelari, ma anche con riferimento al quadro indiziario quale parametro per apprezzare le relative fonti in termini di credibilità [51]: naturalmente, durante la fase delle indagini preliminari la valutazione del giudice potrà basarsi solo su acquisizioni "sommarie", tenuto conto dell'evolversi del quadro investigativo; mentre nella fase successiva della cognizione potranno trovare collocazione talune deduzioni difensive anche contrapposte a quelle accusatorie. Sempre nella prospettiva dell'attualità, le Sezioni Unite hanno ribadito la necessità di una costante verifica della perdurante idoneità della misura applicata a fronteggiare le esigenze che concretamente permangono o residuino, secondo il principio della minor compressione possibile della libertà personale[52]. D'altra parte, si è sottolineato che il sopravvenuto rinvio a giudizio non costituisce, di per sé, fatto idoneo a giustificare l'attenuazione delle esigenze sottotese all'applicazione di una misura cautelare. Ancora, la giurisprudenza afferma che, nel procedimento cautelare, la sentenza di condanna, nonché quella ex art.444 c.p.p., precludono l'esame dei gravi indizi di colpevolezza, ma non anche quello delle esigenze cautelari; né tali sentenza fanno venire meno l'interesse dell'imputato assoggettato alla misura custodiale a richiedere la verifica circa la sussistenza delle medesime esigenze[53]. Sempre sullo stesso tema, una recente pronuncia giurisprudenziale ha affermato che, ai fini della valutazione di attualità, non vada considerato il periodo in cui l'indagato si sia eventualmente volontariamente sottratto all'esecuzione della misura, intendendosi in tal modo cristallizzata per *facta concludentia* la sussistenza del predetto requisito al momento dell'insorgenza dello stato di latitanza[54].

Il profilo temporale è un aspetto particolarmente delicato: il decorso del tempo, infatti, viene frequentemente considerato come un elemento neutro, privo di

[50] Cass. sez. IV, 12 marzo 2015, in CED n.263722
[51] D. POTETTI, *Note in tema di gravi indizi di colpevolezza di cui all'art.273 c.1 c.p.p.*, CP 1998, p.1414
[52] Cass. sez. Un., 31 marzo 2011, n.16085, Khalil, in CED n.249324
[53] Cass. pen. sez. IV, 10 aprile 2003, Fakid, in Giur. It. 2004, p.592 con nota di VENTURA, *Esigenze cautelari e pericolo di reiterazione delittuosa*
[54] Cass. pen. sez. II, 1° luglio 202, n.25740

rilevanza sostanziale in ordine alle esigenze cautelari. Al contrario, esso riveste un'importanza significativa, incidendo inevitabilmente sull'attualità delle esigenze cautelari concrete, riducendone o attenuandone l'intensità in misura proporzionale al decorso del tempo stesso. L'opinione secondo cui il fattore temporale non avrebbe altro effetto se non quello di delimitare la durata massima delle misure cautelari ispira orientamenti giurisprudenziali e posizioni dottrinali poco condivisibili, che finiscono per negare ciò che appare indiscutibile: il trascorrere del tempo determina progressivamente e inesorabilmente un affievolimento delle esigenze cautelari, riducendone l'attualità. Un tale fenomeno, effettivamente riscontrabile sul piano concreto, non può essere ignorato dall'ordinamento, pena il rischio di ammettere un meccanismo cautelare svincolato da reali esigenze meritevoli di tutela e improntato esclusivamente a criteri formali estranei alla logica stessa del sistema cautelare[55]. Dalle pronunce giurisprudenziali esaminate si comprende la diffusività della convinzione per cui l'attenuazione delle esigenze cautelari non possa essere desunta solo dal decorso del tempo di esecuzione della misura, dovendosi inevitabilmente valutare ulteriori elementi che abbiano una valenza sintomatica: il tempo trascorso avrà, pertanto, rilevanza solo se accompagnato da altri elementi certamente sintomatici di un mutamento della complessiva situazione inerente allo status libertatis del soggetto interessato[56].

In conclusione, diversamente dal requisito della concretezza – che impone la verifica di un pericolo reale, capace di determinare una consistente e significativa probabilità che si concretizzi la situazione temuta – il requisito dell'attualità conferisce a tale probabilità una precisa dimensione temporale, stabilendo un rigoroso collegamento tra il momento dell'adozione della misura cautelare e l'effettiva possibilità che il pericolo prospettato trovi realizzazione.

3.2.1. La Legge 16 aprile 2015, n.47

In materia di *pericula libertatis*, ed in particolar modo con riferimento al profilo dell'attualità, la l. n. 47 del 2015 recante "Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975,

[55] Così DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi,* in AA.VV., *Trattato di procedura penale,* diretto da SPANGHER, vol. II, tomo II, *Le misure cautelari,* SCALFATI (a cura di), 2008, p.62.
[56] Cass. pen. sez. VI, 6 marzo 2022, Gambettola, in Guida dir. 2022. N.26, p.68

n. 354, in materia di visita a persone affette da handicap in situazioni di gravità" ha introdotto significative novità. La *ratio* di tale riforma, lungi dall'essere semplicemente ricompresa fra i vari provvedimenti normativi denominati "svuotacarceri" emanati in seguito alla sentenza Torregiani[57] della Corte Europea dei diritti dell'uomo, è quella di modificare alcuni punti essenziali della disciplina delle misure cautelari, allo scopo di recuperare la sintonia con i principi originariamente formulati nel codice di procedura penale del 1988. Si muove dalla constatazione che, nel contesto del nostro ordinamento, l'ingresso in carcere si verifica nella maggior parte dei casi mediante l'applicazione di una misura cautelare detentiva: ne consegue che proprio sul momento dell'adozione delle misure cautelari convergono inevitabilmente tutte le tensioni derivanti dal difficile equilibrio tra l'imprescindibile esercizio del potere repressivo dello Stato nei confronti dei reati e la tutela della libertà personale, la quale trova riconoscimento costituzionale come diritto inviolabile. Autorevole dottrina ha, sul punto, opportunamente evidenziato come la custodia cautelare risulti frequentemente utilizzata in modo improprio quale anticipazione della pena, circostanza che appare in palese contrasto con il principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza: «*L'esperienza insegna che spesso gli effetti distorsivi si annidano nella scarsa attenzione dedicata all'accertamento delle esigenze cautelari, che tende ad essere sottovalutato rispetto al giudizio sulla probabile colpevolezza dell'imputato, pure ovviamente imprescindibile*»[58]. Nel corso di questa trattazione, è stato più volte osservato come le scelte di fondo operate dal codice del 1989 in tema di misure cautelari siano state fondamentalmente smarrite a seguito della sua entrata in vigore, a causa di continue interpolazioni normative (spesso ispirate da esigenze contingenti di carattere emergenziale, storicamente circoscritte): per questa ragione si è resa necessaria una riforma, al fine di riorganizzare la materia in modo più razionale.

La novella del 2015, per rispondere alle esigenze sin qui enucleate, ha cercato di limitare la discrezionalità del giudice nella valutazione dei *pericula*

[57] Si fa riferimento alla sentenza con cui l'Italia è stata condannata a causa del trattamento "inumano e degradante" dei detenuti, dovuto al sovraffollamento delle carceri: in particolare, la Corte ha imposto un *ultimatum* al nostro Stato affinchè intervenisse al più presto in materia.
[58] G. ILLUMINATI, *Introduzione alla riforma*, in AA. VV. *La riforma delle misure cautelari personali*, L. Giuliani (a cura di), Torino, 2015, p.13

libertatis, seguendo una duplice direttiva: specificare meglio taluni criteri, rafforzare gli oneri motivazionali. Nello specifico, gli obiettivi perseguiti dal legislatore sono: «*perimetrare la rilevanza della cautela in esame, restringendone la latitudine applicativa tramite l'aggiunta di requisiti più stringenti; in secondo luogo "responsabilizzare il giudice" chiamato ad applicare la misura ponendo a carico del medesimo un rinforzato onere motivazionale*» [59] . L'innovazione principale è rappresentata dall'inserimento, all'interno dell'art.274 c.p.p., del requisito dell'attualità del pericolo (accanto a quello della concretezza), con riferimento anche all'esigenza del pericolo di fuga ed al pericolo di reiterazione del reato (lett. b) e c). Il previo inserimento di tale aggettivo limitatamente al pericolo di inquinamento probatorio (da parte della L.332/1995) non era stato, infatti, esente da critiche. Si sostiene, tuttavia, che non si tratti realmente di un intervento innovativo, in quanto una lettura attenta della disciplina antecedente alla riforma consentiva già di raggiungere i medesimi obiettivi[60]. Con riferimento al secondo obiettivo, invece, è stato soddisfatto mediante l'aggiunta di un ulteriore criterio che deve guidare l'organo giudicante nell'accertamento dei presupposti: si pone il divieto di desumere le situazioni di concreto e attuale pericolo esclusivamente dalla gravità del reato. A tal proposito si è efficacemente sostenuto come tale criterio abbia avuto il pregio di invertire la prassi, dal sapore eminentemente inquisitorio, di condizionare il restringimento della libertà personale alla sola sussistenza di un esaustivo compendio indiziario[61]: prima di tale intervento, infatti, si riteneva che il giudice, dopo aver ravvisato gli indizi di colpevolezza, ricavasse i requisiti ex art.274 c.p.p. dalla mera gravità del fatto di cui era accusato il prevenuto. Ancora, un'ulteriore modifica di estrema rilevanza ha riguardato l'impianto motivazionale: all'interno dell'art.292 comma 2 lett. c) e c-bis) è stato aggiunto l'obbligo, in capo al giudice, a pena di nullità, di indicare all'interno dell'ordinanza applicativa della

[59] D. GIUNTI, *Motivazione dell'ordinanza di custodia cautelare e pericolo di recidiva: la Corte di Cassazione conferma le proprie posizioni*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 3/2018, p. 79-103.

[60] A. CIAVOLA, *La valutazione delle esigenze cautelari*, in AA. VV. *La riforma delle misure cautelari personali*, L. Giuliani (a cura di), Torino, 2015, p.63. Nello stesso senso, si veda anche S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, G. SPANGHER E C. SANTORIELLO (a cura di), Torino, 2009, p.55

[61] G. CIVITA, *Il requisito dell'attualità nel pericolo di reiterazione del reato*, nota a Cass. pen. sez. III, 10 ottobre 2018, n.406, in Diritto Penale e Processo, n.12, 2019, p.1671

misura non solo l'esposizione, ma anche un'autonoma valutazione delle specifiche esigenze cautelari (e degli indizi), dei motivi per cui gli elementi forniti dalla difesa siano risultati irrilevanti, nonché delle ragioni – laddove sia stata applicata la misura della custodia carceraria – per cui si ritiene che le esigenze prospettate non siano contenibili con altre misure meno afflittive.

Soffermandoci, ora, sul requisito di attualità, constatiamo come esso si atteggi diversamente all'interno dei diversi *pericula*. Nell'ambito del pericolo di fuga, l'attualità si traduce nell'imminenza del rischio che la persona possa fuggire[62]: potranno assumere rilevanza, a tal proposito, taluni comportamenti prodromici quali, ad esempio, l'acquisto di un biglietto aereo o la preparazione dei bagagli. Quanto agli elementi indizianti summenzionati con riferimento alla concretezza (es: frequentazioni del soggetto, precedenti penali), non saranno più di per sé sufficienti: dovranno sempre essere accompagnati dalla prova di un comportamento *in itinere*. Tale consolidato orientamento giurisprudenziale, si osserva, se da un lato sembra contenere la portata selettiva del nuovo requisito dell'attualità, dall'altro realizza un compromesso coerente con il sistema cautelare in cui il requisito opera: spingere l'attualità fino a imporre al pubblico ministero la prova dell'inizio dell'esecuzione, anche solo embrionale, del tentativo di fuga, comporta, d'altra parte, l'inevitabile rischio che la prova stessa arrivi quando, ormai, il soggetto sia irrimediabilmente fuggito[63]. Una recente pronuncia giurisprudenziale, infine, ha evidenziato che il pericolo di fuga deve essere saggiato «*senza che sia consentito il ricorso a formule astratte e non corrispondenti alla situazione contingente e concreta*[64]».

Per quanto attiene al secondo *periculum libertatis* oggetto di intervento normativo, ovvero quello previsto dall'art. 274, lett. c), c.p.p. – notoriamente il più problematico sotto il profilo applicativo – va rilevato come, già in epoca antecedente alla riforma, si fosse affermato un orientamento giurisprudenziale di segno progressista, secondo il quale la valutazione delle esigenze cautelari non poteva prescindere da una considerazione attenta del tempo intercorso dalla

[62] Così Relazione alla proposta di legge n. AC 631, p.2, contenente Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali, in *www.camera.it*
[63] L. BIGAZZI, *La Cassazione ritorna sul pericolo di fuga*, nota a Cass. pen., sez. III, 8 maggio 2024, n. 18055, in Giurisprudenza italiana, ottobre 2024, p.2207
[64] Cass. pen. sez. IV, 27 maggio 2024, n.20785

commissione del reato[65]. In tale prospettiva, a una maggiore distanza temporale dai fatti sarebbe corrisposto fisiologicamente un'attenuazione della rilevanza cautelare, con conseguente affievolimento delle esigenze poste a fondamento della misura. Naturalmente, al tale posizione faceva da contrappeso altra parte della giurisprudenza, di segno più radicale, che reputava necessaria e sufficiente la sola concretezza del pericolo di recidiva. La novella in esame, pertanto, ha positivizzato il primo canone ermeneutico descritto: tuttavia, tale recepimento non ha posto fine ad una serie di contrasti giurisprudenziali e dottrinali sull'effettivo rilievo da ascrivere al concetto di attualità. In linea di massima, si sono manifestati due opposti filoni interpretativi. Secondo un primo orientamento, che riconosce alla riforma una portata effettivamente innovativa, il requisito dell'attualità risulta soddisfatto laddove, all'esito di una valutazione prognostica, emerga con un elevato grado di certezza o verosimiglianza la prospettiva che l'imputato si trovi, nel prossimo futuro, dinanzi a concrete e favorevoli occasioni per la commissione di nuovi delitti. I sostenitori di questa tesi muovono dalla concezione per cui concretezza e attualità siano due distinti attributi del pericolo di reiterazione del reato e, in quanto tali, andranno autonomamente e separatamente valutati al fine di verificare la loro sussistenza nel caso di specie[66]. L'attualità, dunque, consisterebbe nella concreta possibilità che occasioni in cui il soggetto ricadrà – con certezza o alta probabilità – nell'attività criminosa si ripropongano nell'imminenza (a differenza del concetto di concretezza, che si traduce piuttosto nella capacità a delinquere del reo). Il secondo filone interpretativo, prevalentemente di matrice giurisprudenziale, sostiene, all'opposto, che la novella del 2015 non abbia introdotto elementi innovativi rispetto al quadro normativo già vigente: si afferma che l'aggiunta sarebbe «*un richiamo simbolico all'osservanza di una nozione già preesistente nel sistema*», e più nel dettaglio si sostiene che la novella non abbia modificato i poteri discrezionali del giudice in ordine all'apprezzamento delle condizioni legittimanti la misura, ma abbia piuttosto rafforzato l'obbligo di motivazione dell'attività valutativa svolta dal giudice per le indagini preliminari[67].

[65] Cass. pen. sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 49112, in Cass. pen., 2014, 12, p. 4221.
[66] Si veda L. GIORDANO, Sull'attualità del pericolo di recidiva a tre anni dalla riforma del rito cautelare, in Dir. Pen. Cont., 1, 2019
[67] In questi termini, V. Cass. pen. sez. I, 17 dicembre 2015, n. 49918; Cass. pen. sez. VI, 18 aprile 2016, n. 15978, in CED Cass. pen. 2016

Tale orientamento sostiene che l'espressa previsione dell'attualità (unitamente al secondo requisito), non abbia fatto altro che confermare il precedente indirizzo giurisprudenziale secondo cui la nozione di attualità è insita in quella di concretezza: il significato da attribuire a questo canone non sarebbe quello di imminenza del pericolo, quanto piuttosto di continuità dello stesso. Con il passare del tempo la giurisprudenza ha temperato entrambi questi orientamenti, giungendo ad una soluzione mediana: si esclude sia la sovrapposizione dei concetti di concretezza e attualità, che l'equiparazione tra quest'ultima è l'imminenza del pericolo. Dunque, «*lungi dal dover provare specifiche ed imminenti occasioni favorevoli di ricaduta nel reato, i giudici della cautela devono dar conto dell'effettività del pericolo di concretizzazione dei rischi che la misura è volta ad arginare attraverso la disamina del caso concreto in tutte le sue peculiarità*»[68]. L'attualità, pertanto, indicherebbe non l'imminenza, quanto la continuità del *periculum* nella sua dimensione temporale[69]: se è vero che non debbano ricercarsi indefettibilmente occasioni prossime "imminenti", ciò nondimeno la verifica della ricaduta nel reato deve essere effettuata alla luce della situazione cautelare desumibile dagli atti nella sua interezza (in altre parole, concretezza e attualità devono essere valutati in relazione alla situazione concreta dedotta nella vicenda cautelare)[70]. Ancora, sulla scorta di quanto esposto sin qui, si ritiene condivisibile un orientamento particolarmente rigoroso secondo cui la prognosi di pericolosità non può limitarsi a rilevare un'elevata probabilità che l'imputato possa delinquere qualora si presentasse l'occasione, ma deve altresì fondarsi sulla concreta probabilità che tale occasione si verifichi effettivamente. Ne consegue che, ai fini della sussistenza del requisito dell'attualità del pericolo, non è più sufficiente formulare ipotesi astratte circa la possibilità di recidiva, ma è necessario prospettare, con adeguato grado di concretezza, l'effettiva probabilità che si

[68] G. CIVITA, *Il requisito dell'attualità nel pericolo di reiterazione del reato*, nota a Cass. pen. sez. III, 10 ottobre 2018, n.406, in Diritto Penale e Processo, n.12, 2019, p.1671
[69] Cass. pen. sez. II, 13 settembre 2016, n. 44946, in CED Cass., n. 267965
[70] Cass. pen. sez. III, 10 ottobre 2018, n. 406

presenti, nel prossimo futuro, una situazione favorevole alla commissione del reato[71].

Alla luce delle considerazioni svolte, non può che accogliersi in modo favorevole la riforma introdotta dal legislatore del 2015. A tale conclusione si perviene altresì nel rapporto con la giurisprudenza della corte di Strasburgo, la quale da tempo ha richiesto una valorizzazione del fattore tempo all'interno del procedimento cautelare: la restrizione deve sempre risultare proporzionata ad un'esigenza cautelare esistente e cogente. In conclusione, la novella sembra aver esaudito i suoi intenti: fornire al giudice nuovi strumenti, obbligandoli contestualmente ad ancorare l'accertamento dei requisiti richiesti per disporre una misura cautelare a criteri più stringenti e precisi[72].

4. Esigenze cautelari nella prassi applicativa

Le misure cautelari rappresentano indubbiamente un tema nevralgico del processo penale (basti pensare che tale materia è stata riformata in via anticipata rispetto all'entrata in vigore del nuovo codice). Non stranisce, pertanto, il fatto che abbia subito i riflessi di quanto accadeva nel nostro Paese: si pensi alle vicende legate alla stagione della c.d. tangentopoli, alle recrudescenze del fenomeno della criminalità organizzata, alle diffuse esigenze securitarie, ai fenomeni sociali come il femminicidio o criminalità minorile, e via dicendo[73]. Le considerazioni esposte non possono non riflettersi sulla prassi applicativa, incidendo tanto sull'adozione delle misure cautelari in senso generale, quanto – più specificamente – sulle modalità con cui vengono accertate e valutate le esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p. Come più volte sottolineato, le linee evolutive della materia sono state caratterizzate (specialmente nei tempi più recenti) dal tentativo di ridimensionamento dell'utilizzo della custodia cautelare in carcere, attraverso una ridefinizione dei presupposti applicativi, seguendo una strategia quanto più possibile "garantista". Ciò risulta particolarmente evidente negli ultimi interventi

[71] In questo senso, C. RIZZO, *L'attualità del pericolo di reiterazione del reato nell'art. 274 c.p.p.*, in Cass. pen., 2019, p. 4033 e ss; nonché Cass. pen. sez. III, 19 maggio 2015, Marino, in CED Cass., n. 264688; Cass. Sez. Un., 28 aprile 2016, Lovisi, in Cass. pen., 2016, p. 3116
[72] G. CIVITA, *Il requisito dell'attualità,* cit.
[73] Per un elenco completo, si veda G. SPANGHER, *Prefazione* in *Le novità del procedimento cautelare. Le modifiche del biennio 2023-2024*, L. KALB (a cura di), Milano, 2024, p.XII

del legislatore, avvenuti con l. 168/2023 (relativa al contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica), d.lgs. 31/2024 (correttivo della riforma Cartabia), l.114/2024 (decreto Nordio). Nonostante tali intenti, indubbiamente meritevoli e condivisibili, la prassi giudiziaria continua a evidenziare un preoccupante scollamento tra enunciati normativi e applicazione concreta: le misure cautelari, e in particolare quelle custodiali, sembrano ancora costituire uno strumento ampiamente utilizzato in modo quasi routinario, più che come *extrema ratio* realmente ancorata a stringenti presupposti giustificativi.

4.1 Evidenza della prassi applicativa in un caso specifico: Delitto di Perugia, 2007 (caso Amanda Knox e Raffaele Sollecito)

Il c.d. "delitto di Perugia", anche noto come "delitto di via della Pergola", costituisce una delle vicende criminologiche più complesse e mediaticamente dirompenti della storia giudiziaria italiana, definito come "il processo mediatico più importante in Italia negli ultimi cinquant'anni[74]". Si fa riferimento all'omicidio di Meredith Susanna Cara Kercher, cittadina britannica e studentessa Erasmus, avvenuto nella notte tra il 1° e il 2 novembre 2007 all'interno dell'abitazione condivisa con altre coinquiline nella città di Perugia. Il caso ha assunto rilevanza nazionale e internazionale non solo per la gravità del fatto e l'identità delle persone coinvolte, ma anche per le delicate implicazioni processuali che hanno interessato l'intero iter giudiziario. L'esemplarità della vicenda, per ciò che interessa questa sede, deriva dall'imposizione della misura custodiale in carcere – nei confronti degli imputati Amanda Knox e Raffaele Sollecito – per una durata di addirittura quattro anni (per la precisione, 3 anni e 332 giorni).

Al fine di una più agevole comprensione, si ripercorrerà brevemente la vicenda. La vittima, Meredith Kercher, fu ritrovata priva di vita nell'appartamento in via della Pergola in cui viveva con altri studenti, tra cui la stessa Amanda: la morte fu cagionata da emorragia a seguito di una ferita provocata da un coltello, tramite 47 coltellate. La scoperta del delitto ebbe origine dal rinvenimento, da parte di una residente della zona, di due telefoni cellulari appartenenti a Meredith Kercher, abbandonati in un giardino e consegnati alla polizia. Gli agenti si recarono

[74] F.P. MARESCA, *Processo Meredith: giustizia perfetta*?, Pisa, 2016, p. 31.

presso l'abitazione di via della Pergola, dove trovarono Amanda Knox e Raffaele Sollecito all'esterno: i due riferirono di aver trovato la porta aperta e un vetro infranto al loro rientro e di aver avvisato i carabinieri. All'interno dell'immobile, gli operanti rinvennero il cadavere di Meredith Kercher, quasi del tutto privo di vestiti, coperto da un piumone. Le indagini si concentrarono sin da subito sui due ragazzi: vennero interrogati per la prima volta il 5 novembre, senza i rispettivi avvocati[75], e, non avendo fornito alibi convincenti – dopo aver inizialmente sostenuto di essere stati entrambi nella casa di Raffaele Sollecito al momento del delitto, quest'ultimo cambiò versione dei fatti affermando di essere rimasto solo nel suo appartamento -, furono tenuti in stato di fermo[76]. Da tale momento, iniziò un vero e proprio processo mediatico centralizzato, principalmente, sulla figura di Amanda: si sostiene che costei sia stata l'obiettivo principale per "un sensazionale scoop televisivo"[77]. Con la prosecuzione delle indagini vennero individuate tracce di DNA appartenenti ad Amanda sul manico di un coltello da cucina (con lama di circa 17 cm) rinvenuto nell'appartamento del secondo indiziato (c.d. reperto 36), nonché di quello di Meredith sulla lama del medesimo oggetto. Da un ulteriore sopralluogo nell'appartamento della vittima (più precisamente nella stanza dell'aggressione e nel bagno), emersero tracce appartenenti ad un altro soggetto, Rudy Hermann Guede, ivoriano di anni 21 che viveva da tempo a Perugia e che nel frattempo aveva lasciato la città. Costui, dopo l'emissione di un mandato di cattura internazionale – ricercato per omicidio aggravato e violenza sessuale - ed un

[75] Tale faccenda rappresenta il primo problema processuale dell'intera vicenda: essendo passati, i ragazzi, da testimoni ad indiziati, ai sensi dell'art.63 c.p.p., avrebbero dovuto esser informati della loro posizione, autorizzati a chiamare i propri difensori e le loro precedenti dichiarazioni sarebbero divenute inutilizzabili: tutto ciò non avvenne. Sul punto, A. FIORUCCI in *Reperto 36: anatomia giudiziaria dell'omicidio di Meredith Kercher*, A. Fiorucci, L. Fiorucci (a cura di), Perugia, 2015, affermò che quando Amanda Knox aveva iniziato a fare delle dichiarazioni (importanti) l'interrogatorio avrebbe dovuto essere sospeso e avrebbe dovuto essere chiamato un avvocato, ma non fu fatto, e in aggiunta l'interprete ivi presente non era abilitato (in quanto non presente negli elenchi ufficiali).

[76] Amanda, inoltre, fece (indebitamente), il nome di Patrick Lumumba, gestore del bar in cui Meredith lavorava, sostenendo che vi fosse un invaghimento da parte di costui nei confronti della vittima, e dichiarando che fosse stato lui ad ucciderla. Nella sua ricostruzione, affermò tuttavia di avere ricordi confusi (mise per iscritto di non essere certa della verità da lei detta) di quella sera in quanto sotto effetto di stupefacenti, ma di ritenere che vi fosse stato un rapporto tra Patrick e Meredith mentre lei era in cucina, e di aver poi sentito delle urla. In ogni caso, anche Patrick fu posto in stato di fermo, ma scarcerato 14 giorni dopo per la presenza di molteplici alibi.

[77] E. ALBERTARIO, G. CASTELLINI, *La ricostruzione di cronaca giudiziaria nei media*, in Archivio Penale 2012, n.2

ritrovamento a Magonza, ammise di aver trascorso la sera dell'omicidio insieme a Meredith, di aver tentato un approccio sessuale con lei, ma di non essere il suo assassino. Nella sua ricostruzione dei fatti, dichiarò di essere andato in bagno (il che spiegava la presenza delle sue tracce), di aver sentito delle urla ed aver visto una figura maschile, intenta a scappare, senza riconoscerla. Dopodiché, alla scoperta del corpo morente di Meredith, sarebbe fuggito, per il timore di poter essere accusato facilmente visto la sua provenienza straniera[78].

In ambito processuale, il 30 novembre il Tribunale del Riesame respinse le istanze contro le ordinanze di custodia cautelare di Knox e Sollecito: decisione fondata in particolar modo sul reperto 36. Tale decisione venne confermata dalla Corte di Cassazione (con sentenza emessa il 1° aprile 2008), che ribadì la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, rinvenuti principalmente nel ritrovamento nel coltello, nonché di un'impronta nella stanza della vittima compatibile con le scarpe indossate da Sollecito. Il 14 dicembre venne respinta la richiesta di scarcerazione anche nei confronti di Rudy Guede. L'udienza preliminare fu fissata per il 16 settembre 2008: le strade processuali dei tre ragazzi si divisero, in quanto gli avvocati di Rudy chiesero il rito abbreviato, a differenza dell'ordinario per i restanti imputati. Diverse sono anche le loro posizioni: la posizione di Guede appariva la più compromessa ed il Giudice per l'udienza preliminare (Paolo Micheli) lo condannò a 30 anni di carcere per omicidio volontario in concorso e violenza sessuale. La pena verrà ridotta a 16 anni durante il successivo processo d'appello per la concessione di molteplici attenuanti (incensuratezza, disturbo acuto da stress post-traumatico, …). Il processo contro Knox e Sollecito, invece, ha inizio il successivo 16 gennaio 2009, circondato da "un forte frastuono esterno"[79] dove la fazione del dirompente processo mediatico più numerosa è rappresentata dai sostenitori della colpevolezza dei due: ciò che rende ancor più peculiare tale vicenda, è, tuttavia, il conflitto crescente tra stampa

[78] Durante il primo interrogatorio, Rudy sosterrà di aver sentito l'uomo fuggente dalla casa pronunciare la frase "Negro trovato, colpevole trovato", in Verbale di interrogatorio, R.G. G.I.P. n. 6671/07, www.themurderofmeredithkercher.net

[79] G. LANDI, *Il delitto di Perugia*, 2021

italiana, stampa inglese e stampa americana [80]. Trattasi di processo basato principalmente su analisi scientifiche, un campo complesso fatto da perizie ed antiperizie, dove la figura della vittima quasi scompare. La sentenza di primo grado emessa dalla Corte di Assise di Perugia del 4 dicembre 2003 dichiara gli imputati colpevoli, condannandoli rispettivamente a 26 e 25 anni. La Corte, invero, ha accettato la ricostruzione offerta dall'accusa secondo cui Meredith avrebbe respinto con forza il tentativo di violenza sessuale da parte di Rudy Guede, e pertanto fu vittima dell'omicidio pluriaggravato avvenuto in concorso da parte di quest'ultimo e i restanti. La vicenda subisce un ribaltamento in secondo grado: la Corte di assise d'Appello di Perugia assolve i due imputati il 3 ottobre 2011 [81]. Il processo mediatico, a questo punto, mette alla gogna i giudici decidenti, al punto da spingere il giudice Pratillo Hellmann a lasciare la magistratura per il clima di ostilità crescente che lo circondava. I due imputati, quella notte, dopo quasi quattro anni lasciano il carcere. La vicenda prosegue: la corte di Cassazione, il 27 marzo 2013 annulla la sentenza della Corte d'Appello e rinvia per un nuovo giudizio. La Suprema Corte sostiene che la sentenza sia caratterizzata da molteplici profili di manchevolezza, contraddittorietà ed illogicità manifesta, in quanto, invece di valutare gli indizi nel loro insieme, ci si è preoccupati di contestarli, depotenziarli, usando una visione "parcellizzata" che ha impedito di mettere insieme le tessere del mosaico[82]. La vicenda si conclude con una nuova condanna nel processo di rinvio, su diverso movente, ribaltata nuovamente in un nuovo processo dinanzi la Corte di ultima istanza. Gli imputati vengono definitivamente assolti, sul presupposto per cui il processo ha avuto "*un iter obiettivamente ondivago, le cui oscillazioni sono, però, la risultante anche di clamorose defaillance o 'amnesie' investigative e di colpevoli omissioni di attività di indagine":* i giudici escludono *"la loro partecipazione materiale all'omicidio, pur nell'ipotesi della loro presenza nella*

[80] Tale aspetto fu, in particolar modo, descritto e affrontato dal Pubblico Ministero Giuliano Mignini in *Caso Meredith Kercher, Una vicenda giudiziaria tra due continenti*, Perugia, 2022: fa riferimento al coinvolgimento di Donald Trump (ai tempi non ancora presidente), che sostiene l'innocenza di Amanda Knox al punto da scagliarsi contro il PM (definito un pazzo) ed invitando a boicottare l'Italia.

[81] La ragione risiede in particolare in nuove perizie commissionate a periti "superpartes" in cui emerge la non certa attribuibilità del materiale genetico ritrovato sul coltello alla vittima: il coltello, secondo i periti, non è stato conservato correttamente e dunque non si può escludere la contaminazione

[82] Cass. pen. sez. I, 25 marzo 2013, in www.giurisprudenzapenale.com

casa di via della Pergola" e sottolineano la *"assoluta mancanza di tracce biologiche a loro riferibili"*[83].

La questione prosegue in relazione a profili attinenti all'argomento oggetto di questa trattazione: Raffaele Sollecito propone ricorso per risarcimento per l'ingiusta detenzione patita tra il 6 novembre 2007 e il 3 ottobre 2011. Nel gennaio 2027, la Corte d'appello di Firenze aveva respinto la richiesta evidenziando che, se da un lato sussiste «*una ingiusta detenzione stante la sopraggiunta assoluzione*» di Raffaele Sollecito, tuttavia, «e*gli ha concorso a causarla con la propria condotta dolosa o gravemente colposa consistita nel rendere alla polizia giudiziaria, agli inquirenti e ai giudici, in particolare nella fase iniziale delle indagini, dichiarazioni contraddittorie o addirittura francamente menzognere, risultate tali anche alla luce delle valutazioni contenute nella sentenza definitiva di assoluzione*[84]». Avverso tale decisione, Sollecito propone nuovamente ricorso, citando, tra l'altro, il «deterioramento della capacità di stabilire rapporti con l'esterno, condizionati da stereotipi e pregiudizi sulla sua attuale condizione giuridica e sugli atteggiamenti che le persone pongono in essere rispetto alla vicenda giudiziaria che lo ha visto coinvolto». La censura viene sviluppata intorno tre aspetti: 'assenza di decisività delle dichiarazioni rese dal Sollecito rispetto all'applicazione e al mantenimento dell'ingiusta misura cautelare; l'inutilizzabilità patologica delle dichiarazioni del Sollecito del 5 novembre 2007, per mancata considerazione della violazione del diritto di difesa; l'erronea valutazione dell'alibi offerto dall'allora imputato. La Corte di Cassazione, ancora una volta, con sentenza del 28 giugno 2017, rigetta il ricorso. In motivazione, la Suprema Corte segue quanto affermato in precedenza dalla Corte territoriale, sostenendo che quest'ultima abbia correttamente concluso per la sussistenza della causa ostativa al riconoscimento del diritto alla riparazione per l'ingiusta detenzione, avendo l'istante, con le varie condotte descritte, «*concorso con dolo o colpa grave all'emissione ed al protrarsi della massima misura cautelare, ribadendo che una diversa condotta, che avesse evitato dichiarazioni contraddittorie o palesemente false ovvero che avesse fornito una immediata spiegazione delle loro incongruità rispetto alle diverse emergenze delle indagini,*

[83] Cass. pen. sez. V, 27 marzo 2015, n.36080 in www.giurisprudenzapenale.com
[84] Corte d'Appello di Firenze, sez. pen. III, 21 gennaio 2017, in www.giurisprudenzapenale.com

avrebbe evitato il nascere o il consolidarsi del sospetto della partecipazione all'omicidio della giovane Meredith Kercher»[85].

In definitiva, la vicenda giudiziaria che ha coinvolto Amanda Knox e Raffaele Sollecito rappresenta un emblema delle criticità strutturali che ancora attraversano il sistema delle misure cautelari personali nel nostro ordinamento. La lunga custodia in carcere cui entrambi furono sottoposti – durata quasi quattro anni – si è rivelata, *ex post*, ingiustificata alla luce della loro definitiva assoluzione. Al di là della rilevanza mediatica del caso, esso restituisce con chiarezza la tensione tra le esigenze di tutela anticipata della collettività e i principi costituzionali di presunzione di innocenza e di proporzionalità dell'intervento coercitivo. Proprio il difetto di un accertamento sufficientemente solido nella fase cautelare, unito all'estrema durata della restrizione, evidenzia il rischio concreto di un uso distorto e disfunzionale della custodia in carcere, che si traduce, nei fatti, in una forma di pena anticipata per soggetti ancora non colpevoli. Il caso Kercher, sotto questo profilo, sollecita una riflessione critica sulla necessità di rafforzare le garanzie processuali e il rigore motivazionale nel ricorso alle misure limitative della libertà personale, affinché l'eccezionalità della custodia cautelare torni ad essere concretamente rispettata.

5. Il pericolo di reiterazione del reato: un pericolo controverso dal codice di procedura penale del 1930 al vigente art. 274 c.p.p.

Come più volte evidenziato, l'ultimo dei *pericula libertatis* si configura, senza dubbio, come quello oggetto di maggior contestazione in ambito dottrinale e giurisprudenziale: da tempo, infatti, si sollevano rilevanti perplessità circa la sua effettiva compatibilità con il divieto di assimilare l'imputato al colpevole, sancito dall'art. 27, comma 2, della Costituzione. L'esigenza tutelata da tale fattispecie presenta un carattere special – preventivo di tutela della collettività: viene meno, pertanto, il carattere endoprocessuale tipico delle altre esigenze. La norma ha subito molteplici modifiche legislative: secondo l'impostazione originaria (ossia prima novella avvenuta con l.8/8/1995, n.332) la prevenzione speciale era basata da un

[85] Cass. pen. sez. IV, 28 giugno 2017, n.42014, in www.giurisprudenzapenale.com

canto sull'individuazione dei fatti cui ancorare la valutazione di pericolosità e, dall'altro, sulla determinazione dei reati che possono legittimare la restrizione della libertà[86]. La prognosi di pericolosità, invero, era definita in modo simmetrico al *periculum in mora* civilistico[87]: si faceva riferimento (come nella versione vigente) alle modalità e circostanze del fatto e alla personalità dell'imputato, senza però alcun elemento di specificazione che riempisse quest'ultimo assunto di contenuto. Con la riforma, invece, si è inteso affermare che una rigorosa prognosi di pericolosità non può prescindere da una valutazione approfondita della personalità dell'indagato, la quale deve essere condotta secondo parametri conformi ai criteri della concretezza, dell'attualità e della specificità. La novella del 1995, infatti, specifica che la personalità del soggetto debba essere desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali: benché tale intervento normativo sembri aver introdotto modifiche suscettibili di valutazione positiva, parte della dottrina ne ha messo in discussione l'effettiva utilità, ritenendo che la previgente formulazione «*sostanzialmente compendiava ciò che oggi pare essere soltanto diluito*[88]». L'assetto normativo così delineato è stato poi, nuovamente, oggetto di successivi ripensamenti: la l.47/2015 – come summenzionato – ha aggiunto, *in primis*, il requisito dell'attualità del pericolo (insieme alla concretezza), in secundis, la specificazione per cui le situazioni di concreto e attuale pericolo non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede. Questa seconda modifica mira ad evitare che l'esigenza sia ritenuta sussistente solo in ragione del titolo di reato contestato: sul punto si afferma che la concreta condotta perpetrata e le circostanze che la connotano restano comunque elementi imprescindibili per effettuare una prognosi di possibile ricaduta del soggetto nella commissione di ulteriori reati[89].

---

[86] Cass. pen. sez. I, 30 marzo 1990, Fecchio, in CED 182849

[87] A. GIARDA, G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, Tomo II, ed. VI, Milano, 2023, p.77

[88] S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, G. SPANGHER E C. SANTORIELLO (a cura di), Torino, 2009, p.67. Nello stesso senso, si veda anche E. MARZADURI, *Art.274, in Commentario al nuovo codice di procedura penal*e, M. Chiavario (a cura di), Torino, 1998, p.161, secondo cui «*la dizione ampia della previsione consente comunque di apprezzare singole caratteristiche degli "atti" e dei "comportamenti" per la cui valutazione ben potranno richiamarsi i parametri enunciati nell'art.133 c.p*»

[89] Cass. pen. sez. V, 14 giugno 2017, in CED 271522

Avendo analizzato l'evoluzione normativa della disposizione, si può procedere con l'esame della stessa. Anzitutto, la lettera c) fa riferimento a categorie specifiche di fattispecie delittuose, non necessariamente legate da identità o connessione con quella per cui si procede, ma identificate o dai mezzi necessari per la realizzazione del delitto ("gravi delitti con uso di armi o altri mezzi di violenza personale"), oppure dalla loro finalizzazione ("diretti contro l'ordine costituzionale") o, ancora, dalla loro riconducibilità a una tipologia di inserimento o di raccordo con organizzazioni criminose ("delitti di criminalità organizzata")[90]. Le ultime categorie rientranti in tale *periculum* sono il delitto di finanziamento illecito di partiti ex art.7 l.195/1974 (introdotto con l.47/2015) e i delitti della stessa specie per cui si procede.

Per quanto riguarda la prima categoria, anzitutto da sempre si discute sulla riferibilità dell'aggettivo "grave" anche ai delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. La giurisprudenza si è pronunciata talora in senso positivo, estendendo il requisito a tutti i reati presi in considerazione dalla norma[91]; altre volte in senso negativo, ritenendo l'aggettivo riferibile ai soli delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale[92]. A tal proposito, in dottrina si è anche affermato che «dovrà essere ritenuto "grave" il delitto punito con una pena "apprezzabilmente" superiore a tre anni di reclusione, che è quella prevista per l'applicabilità delle misure cautelari[93]». Per quanto concerne, infine, il riferimento ai delitti contro l'ordine costituzionale, la Suprema Corte ha affermato che esso sia volto a far sì che la misura coercitiva venga applicata laddove vi sia effettivamente una direzione lesiva verso le condizioni di base della sicurezza collettiva o dell'ordine democratico[94].

---

[90] M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, ed. 8°, Torino, 2019, p.740

[91] Cass. pen. sez. VI, 7 ottobre 1992, Ligresti, in CED 191779, la quale ricorda altresì che tutti i parametri legittimanti l'emissione o il mantenimento di una misura cautelare restrittivo della libertà personale, catalogati dall'art.274 c. 1, lett. c), hanno come referente la tutela della collettività, indipendentemente dalla circostanza che la fattispecie per la quale si procede attenti, o abbia attentato, anche ad un interesse legittimo di singoli; Cass. pen. sez. II, 31 marzo 1994, Rau, in CED 197306.

[92] Cass. pen. sez. V, 8 marzo 1993, Manco, in CP 1993, p.2890

[93] G. AMATO, sub art.274 c.p.p., in Commentario del nuovo codice di procedura penale, AMODIO-DOMINONI (a cura di), vol. 3, Milano, 1990, p.73

[94] Corte Cost., 23 gennaio 1980, n.1, in Giur. Cost., 1980, p.3

La seconda categoria viene individuata *per relationem*, ossia tramite il concetto di "identità di specie" tra il delitto temuto ed il delitto per cui si procede[95]: in tal caso, le misure custodiali potranno essere disposte solo se trattasi di delitti per cui è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, ovvero, laddove si ritenga di dover disporre la custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena non inferiore nel massimo a cinque anni. Il riferimento al limite dei cinque anni – rispetto al previgente quattro[96] – è stato inserito dalla l.94/2013, di convalida del d.l. 78/2013: tale decreto, avendo modificato l'art.280 c.p.p. tramite l'innalzamento a cinque anni del limite edittale per l'applicazione della custodia cautelare in carcere, ha dovuto apportare la medesima modifica anche alla disposizione in esame. Inoltre, la l.47/2015 è altresì intervenuta nuovamente prevedendo che se il pericolo di reiterazione riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, la custodia possa essere disposta (oltre che nel caso di delitti con pena editale maggiore di cinque anni) anche laddove si tratti del reato di finanziamento illecito di partiti (interpolazione necessaria in quanto la novella precedente non aveva introdotto alcuna eccezione per il delitto *de quo*): il mancato coordinamento tra le due disposizioni aveva creato un'aporia a livello sistematico, in quanto, a seguito della contestazione di tale fattispecie, la custodia cautelare in carcere poteva essere disposta per tutte le esigenze cautelari diverse da quella di cui alla lett. c) dell'art. 274[97]. Per quanto concerne il significato di "reati della stessa specie", si noti, *in primis*, che tale formula è il risultato di un travaglio particolarmente intenso, essendosi partiti, nel progetto preliminare, da un diverso riferimento al concetto di "gravi delitti della stessa indole": l'attuale nozione risulta essere più ristrettiva rispetto alla precedente, ma pur sempre in funzione di salvaguardia di certi "bisogni di cautela" supplementari rispetto a quelli già considerati dalle altre previsioni

[95] M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1989, Vol. III, p.59
[96] Si noti che l'introduzione di un limite edittale come presupposto per l'adozione della misura cautelare in carcere è avvenuta per la prima volta con la l.332/1995: prima di tale modifica, la norma consentiva infatti l'applicazione della misura semplicemente sulla base di un giudizio prognostico di possibile reiterazione della medesima tipologia di reato (inteso come violazione della stessa categoria di interessi tutelati ovvero dei corrispondenti valori aventi rilievo costituzionale)
[97] A. M. CIAVOLA, *La valutazione delle esigenze cautelari*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, L. GIULIANI (a cura di), Torino, 2016, p.59

dell'articolo[98]. In ogni caso, la giurisprudenza risulta pressoché unanime nel ritenere che la nozione non possa coincidere con quella precedentemente proposta nel progetto preliminare: si perviene dunque alla conclusione per cui, nel rispetto della *ratio legis*, si debba esaltare il profilo oggettivo del referente valutativo, il che conduce a porre l'accento proprio sulla medesimezza del bene giuridico tutelato – nel cui ambito si inquadra la fattispecie penale per cui si procede - sicché l'offesa temuta deve concernere gli stessi interessi collettivi già attinti[99]. D'altra parte, il riferimento *de quo* non deve essere inteso in senso eccessivamente stringente: può anche non riguardare il medesimo titolo del codice, ma piuttosto fattispecie eterogenee tra loro. Si ritiene, infatti, che il concetto di "titolo" valga ad indicare, in modo anelastico a fini di garanzia, «*l'insieme di figure accorpabili, sia all'interno de titolo del codice che all'esterno di esso, in base alla verificare della caratterizzante presenza di un medesimo bene protetto*[100]». Per comprendere tale assunzione con un esempio, si potrebbe pensare ai reati contro la P.A.: essendo, in tal caso, il bene giuridico tutelato il buon andamento e l'imparzialità della stessa, saranno prese in considerazione (e dunque considerate come "delitti della stessa specie") tutte le fattispecie penali poste a salvaguardia di detti valori. Secondo una prospettiva ancora più elastica, si è sostenuto che non è richiesta l'identità assoluta tra i vari reati, ma è sufficiente che essi presentino «fondamentali caratteri di omogeneità che possano accomunarli»[101]. Infine, per meglio comprendere quanto sin qui detto, può risultare utile una breve analisi situazioni concrete nella casistica giurisprudenziale. Si è sostenuto, ad esempio, che ai fini della verifica del pericolo di reiterazione in relazione ai delitti previsti dall'art. 74, d.P.R. n. 309/1990 non può essere preso in esclusiva considerazione il perdurante legame tra associato e associazione potendo assumere quest'ultima forme variegate e multiformi, prive dell'organicità e della struttura propria della associazione mafiosa che trasforma il

---

[98] M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1989, Vol. III, p.60

[99]Cass. Pen. Sez VI, 25 settembre 2019, in CED 277392, precisa che il pericolo di reiterazione va inteso non solo con riferimento alla commissione di reati che offendono il medesimo bene giuridico, ma anche di quelli che presentano uguaglianza di natura in relazione al bene tutelato e alle modalità esecutive; Cass. pen. sez. II 20 aprile 2000, Piras, in CED 215901; Cass. pen. sez. III 6 giugno 1997, Pirazzini, in CED 208387; Cass. pen. sez. fer., 25 agosto 1991, Ligresti, in CP 1993, 887, n.548

[100] A. GIARDA, G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, Tomo II, ed. VI, Milano, 2023, p.81

[101] Cass. pen. sez. III, 9 ottobre 2001, p.m. in c. Vasiliu, in CED 220031

legame associativo in scelta di vita nell'ambito di un ordinamento illecito[102]. Oppure, il delitto di violazione di sigilli commesso dal custode è ritenuto gravemente offensivo dell'interesse costituito dal legale, efficiente ed efficace funzionamento della pubblica amministrazione[103].

Spostando l'attenzione sul giudizio prognostico demandato al giudice, questo si fonda su due presupposti distinti, riconducibili rispettivamente a un profilo soggettivo e a un aspetto di natura oggettiva: trattasi di due fattispecie che, pur richiedendo un duplice accertamento, compongono un unico giudizio, necessariamente congiunto – sebbene risulti in realtà davvero complesso discernere tali due ambiti ed imporre una valutazione di ambedue -. L'aspetto oggettivo è legato alle "modalità e alle circostanze del fatto", quello soggettivo alla "personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato", la quale, tra l'altro, deve essere desunta, specifica la norma, da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali. Tale duplice giudizio imposto dalla disposizione serve a «*rimarcare proprio l'esigenza di un particolare rigore valutativo in relazione alla concretezza rilevante, la valutazione della quale rischia di rimanere offuscata laddove solo sulla personalità del soggetto o sulle circostanze del fatto si ritenga sussistente la prognosi paventata, argomentando, magari, sulla polivalenza dell'unico dato considerato*[104]*»*. In giurisprudenza si è, inoltre, evidenziato che le "modalità del fatto" debbano essere tenute distinte dai "comportamenti e atti concreti": la prima espressione va riferita al fatto-reato, mentre la seconda implica il richiamo ad una condotta diversa, ossia quella precedente o quella successiva (si intende, al fatto-reato). Nonostante la norma, dunque, sembri imporre un duplice e separato giudizio, si è registrato un contrasto tra due diversi orientamenti: un primo secondo cui la valutazione debba essere globale ed un secondo che propendeva invece per una doppia valenza dei medesimi criteri. Parte della giurisprudenza, infatti, sembra ammettere la possibilità di considerare le modalità del fatto come

[102] Cass. pen. sez. IV, 12 gennaio 2021, in CED 280243
[103] Cass. pen. sez. VI, 25 agosto 1993, Andreoni, in CED 194935
[104] S. FURFARO, *Le misure cautelari personali*, G. SPANGHER E C. SANTORIELLO (a cura di), Torino, 2009, p.70. Egli critica particolarmente la formula legislativa utilizzata, la quale non sarebbe sufficiente a rendere davvero autonomi i giudizi e ad ovviare il rischio che all'unità dell'accertamento corrispondano valutazioni polivalenti dello stesso elemento, rendendone legittima la plurima utilizzazione sotto i due differenti parametri di giudizio.

elemento avente una duplice valenza: esso potrebbe assumere rilievo sia in relazione alla particolare gravità del fatto, che all'apprezzamento della capacità a delinquere – e dunque della personalità - del soggetto[105]. Tuttavia, in tal modo verrebbe pressoché neutralizzato il doppio riferimento richiesto dalla norma, ed il giudizio prognostico finirebbe per basarsi su di un unico elemento, sovente limitato nella sua capacità dimostrativa per genericità o per carenze di prospettive concrete[106]. Peraltro, le pronunce concordanti con l'orientamento maggioritario richiamato, fanno leva sul fatto che l'attribuzione di tale duplice valenza al primo elemento discenderebbe dalla considerazione per cui la condotta tenuta in occasione del reato costituisce un elemento specifico significativo per valutare la personalità dell'agente. In aggiunta, si è notato che l'eventuale valutazione negativa della personalità dell'indagato potrebbe essere desunta tenendo in considerazione i criteri previsti dall'art.133 c.p., tra i quali sono ricomprese le modalità e la gravità del fatto-reato. In definitiva tale orientamento giunge ad ammettere la legittimità di una valutazione delle modalità e delle circostanze del fatto anche ai fini dell'accertamento della personalità dell'indagato, poiché la condotta tenuta in occasione del reato costituisce un elemento specifico assai significativo per valutare la personalità dell'agente[107]. In senso diverso, invece, si è affermato che la valutazione deve essere globale, per cui la pericolosità rilevante nella suddetta materia va desunta sia dal fatto-reato, sia dal comportamento e dai precedenti penali che definiscono la persona[108]. Attualmente, sembra prevalere l'indirizzo propenso ad una duplice valenza dei parametri indicati nella lett. c). Per quanto concerne poi l'effettivo significato da attribuire a tale parametro oggettivo, si è affermato in dottrina che non è possibile individuare degli stereotipi, stante il multiforme e variegato atteggiarsi della realtà, dovendosi solo osservare che gli indici "specifiche modalità e circostanze del fatto" devono contenere i germi, in chiave di comportamento, di uno dei delitti indicativi di esigenze di tutela della collettività[109].

[105] In questa prospettiva, tra le altre, Cass., pen., 17 febbraio 2005, Genna, in CED 231323.
[106] DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi,* in AA.VV., *Trattato di procedura penale,* diretto da SPANGHER, vol. II, tomo II, p.74
[107] Cass. pen. sez. IV, 17 giugno 2004, Berouki, in Guida dir. 2004, n.48
[108] Cass. pen. sez. Vi, 24 febbraio 1999, Petrillo, in CED n.214139
[109] C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino, 2014, p.384

Con riferimento al profilo soggettivo, va rilevato, come già in precedenza osservato, che l'attuale formulazione normativa si deve alla legge n. 332 del 1995, la quale ha provveduto a specificare in modo espresso gli elementi da cui desumere la personalità dell'indagato o dell'imputato. D'altra parte, l'indicazione di tali elementi ha posto ulteriori questioni interpretative. Anzitutto, con riferimento alla rilevanza dei precedenti penali, si afferma che l'aver stabilito che il giudizio sulla personalità può essere tratto anche da essi finisce per prendere in considerazione elementi che non hanno alcune diretta attinenza con i fatti che formano oggetto dell'accertamento[110]. Gli stessi autori evidenziano una certa disarmonia (se non addirittura contraddizione) sistematica nella scelta legislativa, rilevando come, da un lato, si escluda la possibilità di considerare la recidiva nella determinazione della pena ai fini del raggiungimento del limite edittale richiesto per l'applicazione della misura, mentre, dall'altro lato, si ammetta che il giudizio di pericolosità possa legittimamente fondarsi sui precedenti penali dell'indagato o imputato. Al contempo si è osservato come le modifiche introdotte hanno privato il giudizio da ogni riferimento di carattere ambientale: il giudizio non dovrà essere meramente ipotetico, tale cioè da potersi applicare a qualsiasi imputato, ma specificamente correlato ad elementi sintomatici dell'esistenza del pericolo di commissione di reati. In particolare, andrà esclusa la rilevanza di situazioni non imputabili alla persona da sottoporre alla misura, aventi, per l'appunto, carattere unicamente ambientale[111]. Nella casistica giurisprudenziale, si registrano *in primis* pronunce che prendono in considerazione non solo i precedenti penali risultanti da certificato penale, bensì anche i procedimenti pendenti a carico dell'indagato[112], nonché addirittura i reati prescritti – in quanto condotte materialmente tenute dall'indagato e significative della sua personalità -, salvo che sia trascorso un tempo elevato[113]. Si afferma, infine, che la pericolosità sociale possa essere desunta anche dalla

[110] A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Milano, 2018, p.265
[111] ILLUMINATI, Presupposti delle misure cautelari in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332,* V. Grevi (a cura di), Milano, 1996, p. 85
[112] Cass. sez. III, 21 luglio 2016, in CED 270509, Cass. sez. II, 23 gennaio 1997, Terranova, in CED n.207131
[113] Cass. pen. sez. III, 6 aprile 2018, in CED n.274233; si sottolinea che, in senso contrario, non potrebbe opporsi che, trattandosi di procedimenti non definiti, non sarebbe consentito trarre da una mera accusa alcuna valenza probatoria; difatti, costituisce una legittima scelta del legislatore quella di indicare il carico pendente o il precedente giudiziario tra gli elementi sui quali basare la prognosi relativa alla capacità a delinquere, così come si fa all'art.133 comma 2 c.p.

pluralità di reati cointestati col provvedimento coercitivo, al fine di evitare la disparità di trattamento tra un indagato già gravato da precedenti ed uno incensurato che ha commesso una pluralità di reati[114]. D'altra parte, nonostante si debba astrattamente ritenere che, ponendo le argomentazioni sin qui fatte a contrario, uguale influenza sulla valutazione *de qua* dovrebbe attribuirsi alla constatazione della mancanza di precedenti condanne, in giurisprudenza si è precisato che il pericolo di reiterazione di reati non può ritenersi escluso in modo automatico dallo stato di incensuratezza, potendo, la pericolosità sociale, essere desunta anche da altri comportamenti concreti posti in essere dall'agente[115].

Per quanto riguarda, invece, l'apprezzamento riguardante i comportamenti o gli atti concreti, la complessità interpretativa non ottiene miglioramenti. La difficoltà, invero, risiede proprio nel distinguere tale elemento dalla gravità del reato e la struttura di esso: la genericità del riferimento normativo, infatti, pone il rischio di una possibile confusione tra tali parametri, laddove, invece, tali ultimi elementi non dovrebbero essere considerati ai fini del giudizio di pericolosità. Invero, non essendo sufficiente il parametro della gravità, dovrebbero invece emergere altri atti o comportamenti concreti, i quali, consentendo di andare oltre il riferimento al livello di allarme sociale suscitato dalla specifica fattispecie oggetto di addebito, denotino una particolare proclività al delitto[116].

Alla luce delle considerazioni svolte, appare evidente la complessità ermeneutica che investe l'interpretazione degli elementi previsti dalla disposizione in esame. Proprio al fine di evitare che il parametro in questione si presti a un impiego generalizzato e, di conseguenza, a una compromissione delle garanzie sostanziali dell'indagato o imputato – con il rischio di giustificare un giudizio di pericolosità fondato unicamente su condotte desunte dal fatto contestato, o sulla mera esistenza di precedenti penali o carichi pendenti – si impone l'esigenza di ancorare la valutazione prognostica a elementi oggettivi ulteriori, estranei alla ricostruzione del fatto storico. In tal senso, il pericolo di reiterazione dovrebbe emergere da dati fattuali dotati di autonomia probatoria, idonei a fondare un

[114] Cass. pen. sez. II, 3 febbraio 2005, in CED, n. 230912
[115] Cass. pen. sez. I, 30 gennaio 2003, Lombardo, Guida dir. 2003, n. 23, 78.
[116] MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina),* in *Digesto pen.,* VIII, Torino, 1994, 71 ss..

giudizio prognostico effettivamente neutro, e non condizionato dalle esigenze investigative sottese all'imputazione[117].

6. Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di pericolo di reiterazione del reato

Nell'ambito del sistema cautelare, non vi è dubbio che il pericolo di *reiteratio criminis* – unico di tipo "sostanziale" piuttosto che processuale, nonchè basato sulla pericolosità dell'imputato – rappresenti il "*punctum dolens*[118]": tuttavia, nonostante sia stato oggetto di molteplici critiche e contestazioni, esso ha trovato una legittimazione sia sul piano legislativo, che su quello giurisprudenziale (in particolare da parte della Corte costituzionale). Si assuma, quale punto di partenza, che il legislatore ha introdotto tale esigenza in attuazione di quanto previsto dalla legge delega n. 81 del 1987, la quale faceva esplicito riferimento alle "esigenze di tutela della collettività": soluzione che era stata, inoltre, già affermata con la legge del 1974. In seguito, l'atteggiamento assunto dall'organo legislativo, a fronte della particolare densità e asprezza dei dissensi che tale formula ha generato, è stato quello di impegnarsi, nelle varie riformulazioni del testo, per ottenere una determinazione "a maglie strette" dell'ambito di incidenza di tali esigenze, nella convinzione che tale approccio fosse il più "illuminato" ad un problema di bilanciamento d'interessi certamente difficile da impostare e risolvere[119]. In altri termini, ha voluto evitare un rigetto assoluto e aprioristico del riconoscimento di tale finalità cautelare – ritenendo che essa abbia, entro certi limiti, rispettabilità di principio e valenza concreta – tentando, piuttosto, di circoscriverne l'utilizzo entro confini rigorosi, così da prevenire *ex ante* ogni possibile deriva applicativa degenerativa. D'altra parte, è stata la stessa Suprema Corte, sin dall'inizio, ad imporre – tramite una sentenza interpretativa di rigetto dell'art. 1 l. 125/1975 - una "traduzione" della formula adottata dalla legge delega, sostenendo che il concetto di "esigenze di tutela della collettività" fosse «indubbiamente assai generico e tale

---

[117] In questo senso, DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi,* in AA.VV., cit., 75, nonché RICCIO-SPANGHER, *La procedura penale,* E.S.I.., 2002, 240 ss.

[118] A. CIAVOLA, *La valutazione delle esigenze cautelari*, in AA. VV. *La riforma delle misure cautelari personali*, L. Giuliani (a cura di), Torino, 2015, p.80 ss.

[119] M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1989, Vol. III, p.54

da potersi riferire, a un livello massimo di astrazione teorica, a qualsiasi reato» e che pertanto fosse necessaria una delimitazione in senso concreto[120]. Si perviene, pertanto, all'attuale formulazione, in cui vi è la tutela, come più volte ribadito, di finalità "esterne" al processo penale. Proprio la sua estraneità al percorso "processuale" in senso stretto conduce a sollevare più di qualche dubbio in ordine ad un'eventuale discrasia rispetto all'impalcatura costituzionale e — per traslato — sistemica in materia di libertà personale[121]. Secondo un consolidato orientamento dottrinario, il ricorso alla restrizione della libertà personale per finalità di prevenzione speciale solleva rilevanti perplessità sotto il profilo sistematico e costituzionale [122] . Un simile impianto teorico appare, infatti, difficilmente compatibile con il principio di presunzione d'innocenza, in quanto sembra presupporre, sia pur implicitamente, una colpevolezza anticipata dell'imputato. Si sostiene che "l'imputato pericoloso" sia di per sé un ossimoro: «*una contradictio in adiecto irriducibile alla regole del giusto processo, a partire dalla presunzione d'innocenza*»[123]. Il richiamo a esigenze di prevenzione individuale, anche quando limitato alla necessità di impedire la commissione di nuovi reati da parte del medesimo, finisce così per postulare una valutazione sostanziale di responsabilità penale, ancor prima della celebrazione del processo. Ciò comporta, inoltre, uno slittamento funzionale dell'istituto cautelare, che rischia di travalicare i suoi confini processuali e di perdere la connessione diretta con le esigenze legate alla funzione propria del procedimento penale. Peraltro, altra autorevole dottrina, pur non arrivando a sostenere la totale incompatibilità tra l'impiego della misura cautelare in funzione special-preventiva e la presunzione di non colpevolezza, evidenzia la natura meramente "accessoria" di tale esigenza, al punto da non essere rilevante in via autonoma ma solo se congiunta ad altra esigenza cautelare[124]. Inoltre, si è evidenziato come il dispositivo della norma sembri riproporre, sostanzialmente,

---

[120] Corte cost. 17 gennaio 1980 n.1, in GCos. 1980, 3

[121] F. CALLARI, *Il* periculum libertatis *costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi?,* in *Dir. pen. cont.,* 2012, p. 6

[122] Si veda V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p. 49, come descritto nel primo capitolo

[123] O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza*), in www.penalecontemporaneo.it, 20 aprile 2012, p. 1.

[124] G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in Giustizia penale, 1978, p.24

determinate coordinate logiche del concetto di pericolosità sociale presente all'interno del codice Rocco per delimitare l'ambito di applicazione delle misure di sicurezza[125]. Tale ultimo assunto pone un'ulteriore complicazione: si verificherebbe una transizione della pericolosità sociale da requisito che orienta il trattamento sanzionatorio in esito all'accertamento penale, a presupposto legittimante l'adozione di una misura cautelare in fase anteriore al giudizio. D'altra parte, come già sottolineato, la fattispecie è stata affrontata con favore dalla Corte costituzionale, la quale si è espressa nel senso di non condividere l'assunto per cui la finalità di tutela della collettività sia propria della pena e della misura di sicurezza, e in quanto tale incompatibile con la presunzione di non colpevolezza: si ritiene che, alla base, vi siano in ogni caso ragioni di giustizia penale che per la durata del processo sarebbero pregiudicate ove non si potesse intervenire cautelativamente prima della sentenza definitiva, pertanto «*non vi è sostanziale differenza fra esigenze "strettamente inerenti al processo", ed altre che comunque abbiano fondamento nei fatti per cui è processo, posto che anche la tutela di queste ultime abbia rilievo costituzionale, e giustifichi quindi il sacrificio della libertà personale dell'imputato*»[126]. Si respingono, in tal modo, gli orientamenti dottrinali secondo cui la limitazione della libertà personale sarebbe legittima solo ove motivata dalla necessità di garantire l'esecuzione della pena e l'acquisizione delle prove, con esclusione invece di qualsiasi riferimento a funzioni di prevenzione speciale. Il principio su cui il pensiero in esame, in ultima analisi, nella constatazione che l'individuazione di un soggetto come indiziato di gravi reati può ragionevolmente far sorgere il timore, e persino l'elevata probabilità, che egli possa commettere ulteriori delitti, il che giustifica anche una restrizione della sua libertà personale senza che egli sia da ritenersi colpevole dell'illecito. Sul punto, autorevole dottrina sosteneva che «la società si ribella all'idea che, scoperta che sia stata la pericolosità immediata dell'individuo in occasione di un procedimento a suo carico, costui debba essere lasciato libero di nuocere fino a che la sua responsabilità nel procedimento in corso non sia definitivamente accertata, sì che

[125] Si fa riferimento all'art.203 comma 1 c.p., che menziona le ipotesi in cui sia "probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati"
[126] Corte cost., 23 gennaio 1980, n. 1, in Giur. cost., 1980, 3.

possa farsi luogo nei suoi confronti all'esecuzione della pena[127]». Pertanto, tale annosa diatriba teorica, pare orientarsi verso un esito di progressiva legittimazione della fattispecie: non si nega più che la prevenzione speciale possa rappresentare, a certe condizioni, una tipica finalità perseguibile mediante privazione della libertà, sebbene si debba evitare di «*contrabbandare per "cautelari" risposte ordinamentali e, quindi, misure restrittive che tali non sono o che comunque non lo dovrebbero essere* [128] ». Le istanze di prevenzione speciale sarebbero costituzionalmente giustificabili in ragione della pericolosità dell'imputato e che l'unica questione da prendere effettivamente in considerazione, lungi dall'essere la distinzione tra finalità endoprocessuali ed extraprocessuali, starebbe nel garantire che tutte le finalizzazioni siano sottoposte a rigorosi limiti e controlli[129]. Il sacrificio imposto all'imputato troverebbe quindi la sua giustificazione sul piano degli interessi sociali, nella necessità di salvaguardare la collettività, e si baserebbe esclusivamente su un giudizio di pericolosità del soggetto in questione. D'altra parte, tra le considerazioni sul tema di autorevole dottrina (di cui si è già fatto cenno), si afferma la necessità di distinguere – al fine di prevenire derive processuali ispirate a "nostalgie inquisitorie" realizzando una vera anticipazione della pena – tra il pericolo di commissione di determinati reati generato dal fatto e dalla personalità del soggetto, e la necessità di interrompere l'*iter crimins* ed evitare che il reato sia portato ad ulteriori conseguenze (ovvero che sia raggiunto lo scopo criminale per il quale è stato realizzato): si ritiene che solo quest'ultima esigenza possa disvelare un'impellente necessità di intervento tale da legittimare il riconoscimento della prevenzione della commissione di reati quale finalità autonoma delle misure cautelari[130]. Tuttavia, per concretizzare quanto appena descritto, sarebbe necessario valutare il pericolo di commissione di reati in modo

---

[127] G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in Giustizia penale, 1978, p.20. Egli, in particolare, sostiene che nessun sistema giuridico difensivo dei beni collettivi potrebbe organizzarsi attorno ad un simile postulato, e chi tentasse di farlo sarebbe prima o poi rovesciato dall'insoddisfazione generale, superiore ad ogni supposto principio costituzionale e ad ogni ispirazione legalitaria

[128] F. CALLARI, *Il* periculum libertatis *costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi?,* in *Dir. pen. cont.,* 2012, p. 10

[129] Conclusioni assunte da VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in Giustizia penale, 1978; CHIAVARIO, voce *Libertà personale* in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1990, vol. XIX

[130] G. VASSALLI, *Libertà personale,* cit., p.44

completamente differente dall'attuale versione, tramite un ridimensionamento e contestuale individuazione dei comportamenti specifici e situazioni oggettive che possano determinare un pericolo per la sicurezza.

In conclusione, sebbene le finalità di prevenzione speciale abbiano ormai trovato legittimazione – in particolar modo a livello giurisprudenziale – si ritiene che esse sarebbero, in generale, più correttamente situate e tutelate nell'ambito di autonome misure preventive: trattasi, d'altronde, del luogo naturale individuato dal sistema processuale per le situazioni di pericolosità sociale. Sul punto, avendo assodato una eccessiva sovrapposizione tra la misura cautelare in esame e le misure di prevenzione vere e proprie, si è affermato che «gli ibridi costano più di quanto rendano[131]».

7. Profilassi criminale, indeterminatezza e crisi del concetto di pericolosità sociale

Avendo compiuto una completa disamina della diatriba dottrinale che si è generata intorno alla finalità special-preventiva dell'ultima esigenza cautelare prospettata dal legislatore, risulta utile, per ragion di completezza espositiva, esaminare in modo specifico il concetto di profilassi criminale.

In primo luogo, la stessa definizione del concetto di pericolosità sociale non sembra agevole: si è sostenuto, infatti, che si tratta di un «*un concetto generico, potenzialmente carico di una pluralità di significati e perciò virtualmente polifunzionale*»[132]. Taluno si è espresso nel senso di definirla come «*propensione ad instaurare comportamenti pericolosi*», intesa come il compimento di atti di una minaccia di forza che possono arrecare lesioni per terzi»[133]. Altri hanno fatto riferimento ad essa come il risultato di un giudizio prognostico, di matrice scientifico-naturalistico, relativo alla probabilità di determinati comportamenti futuri di una certa persona, sottolineando, tuttavia l'elevata "problematicità" di tale valutazione, derivante, da una parte dall'impossibilità – correlata a limiti intrinseci

[131] F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, p.480
[132] G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, ed. 6, Bologna, 2006, p.824
[133] ZAVATTI – BARBIERI, *La c.d. "pericolosità antisociale" in psicopatologia forense: un discorso sul metodo?,* in Riv. it. crim., 2000, p.297 e ss.

delle scienze umane – di raggiungere un giudizio predittivo connotato da certezza, dall'altra dalla difficile controllabilità empirica ed affidabilità della prognosi criminale, visto il rischio di veicolare significati di mera stigmatizzazione sociale[134]. In ambito forense, peraltro, si tende a distinguere due concetti: diagnosi di pericolosità e prognosi di pericolosità. Nell'ambito delle esigenze specialpreventive rileverebbe solo quest'ultima – essendo la prima proiettata verso la probabilità che il soggetto compia atti violenti, senza tener conto del grado di tale probabilità -: essa si occupa di valutare il grado di concreta probabilità che dal comportamento del soggetto possa derivare un evento pregiudizievole. Ulteriore distinzione, la cui considerazione si rivela imprescindibile, è quella tra il concetto di pericolosità sociale rilevante in ambito cautelare e quello che emerge invece nel novero delle misure di sicurezza: in questo secondo caso, essa consisterà in una valutazione da attuare *post delictum*, al fine di verificare il grado di probabilità che la persona possa tornare nuovamente a delinquere – una sorta di probabilità di recidiva, ovvero di "ricaduta nel reato" – sul presupposto, dunque, che vi sia stata la commissione di un fatto di reato. Viceversa, la nozione rilevante nel campo in esame può essere declinata, piuttosto, come pericolosità "potenziale" di un soggetti di commettere reati, a prescindere da un'affermazione di colpevolezza per un crimine precedente[135].

Qualsiasi nozione le si dia, il problema rimane analogo: trattasi di una valutazione estremamente complessa e problematica, in quanto basata su un giudizio del tutto indeterminato. Nonostante tale ultima constatazione, negli anni recenti la convinzione di poter emettere giudizi prognostici in tal senso ha trovato terreno sempre più fertile nell'ambito delle scienze statistiche (grazie alla loro crescente diffusione) e a causa della ricezione, anche nel campo del diritto penale, di taluni modelli probabilistici (es: causalità). Con riferimento a tale ultima fattispecie, è evidente che quando si tratti di comportamenti umani non si possa giungere ad un risultato univoco, neanche assumendo una concezione oggettivistica della probabilità. Nel calcolare la "frequenza statistica" di ricaduta nel reato, invece, la valutazione dovrebbe trarre origine da dati attuali sperimentabili: gli unici dati

[134] F. CALLARI, *Il* periculum libertatis *costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi?,* in Dir. pen. cont*.,* 2012, p. 11
[135] F. CALLARI, *Il* periculum libertatis, *cit.* p. 11

che, in tal senso, si avrebbero a disposizione sarebbero i parametri ex art.133 c.p., ossia indici fattuali rilevanti per la commisurazione della pena. Tuttavia, anche a voler ritenere legittima e praticabile l'elaborazione di una frequenza statistica degli eventi indizianti in relazione ai criteri di cui all'art. 133 c.p., va rilevato come continui a mancare un parametro oggettivo e attendibile per misurare in modo rigoroso il nesso tra tali frequenze e il singolo caso concreto, riferibile a un individuo reale: la pericolosità sociale finisce così per risultare una *fictio iuris*[136]. Alla luce di tali considerazioni, l'unico metodo che potrebbe risultare corretto per valutare la pericolosità di un individuo sarebbe uno "combinato" in cui i dati personali siano valutati unitamente a quelli sociologici del metodo statistico: tuttavia, anche tale metodo soffre il difetto di richiedere una moltitudine di competenze, per cui nella prassi continua a prevalere un metodo intuitivo che affida la valutazione al "fiuto del giudice"[137]. Con riferimento alla rilevanza dell'apporto degli esperti, si registrano diverse opinioni dottrinali: taluno sostiene l'inutilità di tale apporto nella prognosi di pericolosità, vista l'incertezza ineliminabile che la caratterizza (e dunque si ritiene di dover fare affidamento unicamente sul giudice)[138]; altri ritengono, invece, che la pericolosità sociale dell'autore del reato potrebbe trovare basi empiriche nell'osservazione clinica unita alle tecniche delle neuroscienze (si fa riferimento, in particolare, al c.d. "*neuroimaging*")[139]. In definitiva, si nota come molteplici siano stati non solo i tentativi di individuare una definizione sufficientemente esplicativa del concetto di pericolosità sociale, bensì anche gli orientamenti volti ad trovare la più corretta metodologia (scientifica o non) da impiegare nell'indagine di essa. La conclusione cui si perviene è, senza dubbio, la constatazione di una costante incertezza circa la formulazione utilizzata dal legislatore – benché arricchita dagli interventi successivi -. In prospettiva futura, si auspica un arricchimento del processo di cognizione di ulteriori contenuti (la cui valutazione sia, naturalmente, imposta al giudice), nonché una specifica formazione

[136] MANGIONE, *La misura di prevenzione fra dogmatica e politica criminale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1994, p.1430
[137] M. T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile pericoloso*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012, p.14
[138] G. PONTI – I. MERZAGORA, *Psichiatria e giustizia*, Milano, 1993
[139] DE LEONARDIS, *Statuto e figure della pericolosità sociale tra psichiatria riformata e giustizia penale: note sociologiche*, in DE LEONARDIS-GALLO-MAURI-PITCH (a cura di), *Curare e punire problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, 1998, p.45 e ss.

ed un continuo aggiornamento dei giudici che dovrebbero aprire le aule alla scienza[140].

8. La centralità del pericolo di reiterazione del reato nel nuovo procedimento cautelare introdotto dalla l. 114/2024

Come dettagliatamente illustrato nel capitolo precedente, il pericolo *de quo* assume una rilevanza centrale nell'ambito della novella introdotta con l.114/2024: la c.d. profilassi criminale rappresenta l'unico *periculum libertatis* per il quale è stata introdotta la prospettazione del contraddittorio anticipato. La *ratio* di tale limitazione è agevolmente intuibile: l'instaurazione di un contraddittorio preventivo (rispetto all'adozione del provvedimento) in materia cautelare ha sempre incontrato un ostacolo strutturale, individuabile nell'intrinseca incompatibilità con la natura "a sorpresa" delle misure cautelari, la quale è funzionale a garantirne l'effettività e l'efficacia applicativa. Contrariamente, con riferimento all'esigenza paventata nella lettera c) dell'art.274 c.p.p., si ritiene essere alquanto improbabile che un soggetto, consapevole di essere coinvolto in un procedimento penale, che sia stato edotto della richiesta di misura pendente a suo carico ancorata ad una prognosi di imminente recidiva, si adoperi proprio allo scopo di porre in essere quelle condotte comprovanti la sua effettiva pericolosità sociale[141]. In altri termini, risulta evidente che mentre con riferimento alle esigenze prospettate dalle lettere a) e b), l'invito a rendere l'interrogatorio ante cautela, è destinato ad esercitare sul soggetto una influenza incentivante rispetto ai comportamenti pericolosi temuti[142], nel caso di cui alla lettera c) la reazione psicologica prevedibilmente suscitata dalla consapevolezza dell'iniziativa volta all'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale tende ad assumere una direzione contraria rispetto a quella temuta: il soggetto, infatti, per motivi di opportunità personale, sarà indotto a sospendere – quantomeno in via temporanea – eventuali intenzioni criminose già maturate. Trattasi di una conclusione non

[140] FIANDACA G., *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in Legisl. Pen. 2006, p.257
[141] L. LUDOVICI, *Le novità della legge Nordio in materia cautelare: i contenuti, i problemi, le (possibili) soluzioni*, in Dir. pen. proc. 9/2024, p.1140
[142] F. PORCU, *Le modifiche al codice di rito nel d.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, in www.penaledp. it, 20 agosto 2023, p.5

universalmente accolta: altra dottrina, per esempio, ritiene che, al contrario, sia altrettanto plausibile che l'indagato che sia venuto a conoscenza della richiesta di adozione della misura sia spinto, per ciò solo, a commettere ulteriori reati al fine di occultare o disperdere i proventi illeciti realizzati[143]. Ancora, tra coloro che hanno espresso il loro dissenso alla novella, vi è chi sostiene che in tal modo possa verificarsi una snaturazione non solo della vicenda cautelare, bensì delle stesse fondamenta del processo accusatorio introdotto nel 1988: il procedimento *de libertate*, si afferma, assumerebbe il ruolo di vero e proprio baricentro del processo, con il rischio che si compia già in questa sede un accertamento circa la colpevolezza dell'imputato, il che, inevitabilmente, comporterebbe delle ripercussioni - in termini di influenza negativa - in capo al giudice del dibattimento (il quale sarebbe verosimilmente portato a confermare la decisione statuita dall'organo collegiale, in virtù della rafforzata autorevolezza di quest'ultimo)[144].

Avendo già svolto nel secondo capitolo l'analisi delle principali istanze critiche espresse in dottrina in merito alla riforma, è ora opportuno concentrarsi sulle implicazioni concrete che essa determina sul *periculum libertatis* correlato alla reiterazione del reato. Anzitutto, si rammenda che l'interrogatorio preventivo avverrà soltanto a condizione che si tratti di un delitto diverso da quelli indicati dall'art.407, comma 2, lett. a) o all'art.362, comma 1-ter ovvero ancora i "gravi delitti commessi con uso di armi o con altri mezzi di violenza personale": in tali casi di esclusione continuerà a trovare applicazione la generale disciplina prevista dall'art.294 c.p.p. È stato, pertanto, debitamente osservato, che tale complessa procedura si applichi solo ad ipotesi «*tutto sommato marginali, visto che si tratta dei reati di minore gravità (fra cui rientrano, e non sembra casuale, tutti i reati finanziari e contro la pubblica amministrazione, per i quali l'esigenza cautelare*

[143] G. COLAIACOVO - G. DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia*, in www.penaledp.it, 12 aprile 2024, p.3. Tali autori rilevano come, piuttosto, sarebbe stato «preferibile ancorare il divieto di anticipazione dell'interrogatorio non al "tipo" di esigenza ravvisabile in concreto, bensì alla sua effettiva rilevanza» - da valutarsi valorizzando la distinzione tra esigenze meramente attuali (compatibili con il contraddittorio anticipato) e quelle imminenti (al contrario, ostative ad esso) – ovvero alla «tipologia di misura da applicare, anteponendo l'audizione alla decisione sulla cautela soltanto nel caso di applicazione di misure più blande, nelle quali le esigenze cautelari sono sicuramente più tenui».

[144] In questo senso M. GIALUZ, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, in Sistema penale, www.sistemapenale.it; M. MALERBA, *Osservazioni sul contraddittorio anticipato in ambito cautelare*. Note a margine del D.D.L. S. N. 808 (c.d. d.d.l. Nordio), in Sistema penale, par. 6.

più spesso fatta valere è appunto il pericolo di commissione di delitti della stessa specie)[145]». Inoltre, le esclusioni ivi menzionate hanno indotto parte della dottrina a denunciare il "singolare andamento della garanzie della libertà personale" dato che queste sembrerebbero maggiori per reati puniti con pene superiori a quelle indicate dall'art. 280 c.p.p. mentre si ridurrebbero - per la perdita dell'interrogatorio anticipato - in presenza di reati "massimamente gravi"[146]. D'altra parte, tale ultima osservazione può trovare un'obiezione nella consapevolezza che alla base di tale scelta legislativa vi è, senza dubbio, un bilanciamento tra interessi contrapposti, che, nel caso di specie, pende a favore dell'interesse collettivo a scongiurare il pericolo di recidiva – a discapito dell'interesse del singolo ad interloquire prima dell'adozione della misura -[147]. Opinabile, è altresì la scelta di rinviare a cataloghi di reati (ossia quelli contenuti dnell'art.407 o 362 c.p.p.) che il legislatore ha elaborato in funzione di altri fini (si fa riferimento all'invio della notizia di reato, segretazione delle iscrizioni e computo dei termini di indagini): piuttosto, si ritiene, sarebbe stato preferibile fare riferimento ai reati elencati nell'art.275 c.p.p. per i quali opera la presunzione di sussistenza dei *pericula libertatis*[148].

Un'altra questione particolarmente controversa, evidenziata dalla dottrina, riguarda l'eventualità in cui venga invocata anche la sussistenza di un'altra delle esigenze cautelari: ciò sarebbe sufficiente ad eludere l'obbligo di procedere all'interrogatorio? E ancora, il giudice potrebbe rilevare d'ufficio un'altra esigenza non prospettata dall'organo requirente ed evitare così il contraddittorio anticipato?[149] Inoltre, non si può neppure sorvolare sull' ipotesi specularmente opposta: partendo dal presupposto per cui, per giurisprudenza consolidata[150], il principio della domanda non opera in relazione al procedimento *de libertate*, il giudice ben potrebbe applicare una misura in relazione ad un *periculum* che esorbiti

---

[145] G. ILLUMINATI*, Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2023, p. 891
[146] P. BRONZO, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio*", in Sistema penale, 5
[147] L. LUDOVICI, *Le novità della legge Nordio in materia cautelare: i contenuti, i problemi, le (possibili) soluzioni*, in Dir. pen. proc. 9/2024, p.1140
[148] G. COLAIACOVO - G. DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia*, in www.penaledp.it, 12 aprile 2024, p.3
[149] G. ILLUMINATI*, Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2023, p. 891
[150] Tra le altre, Cass. pen. 8 settembre 2020, Signore, in CED n.279643; Cass. pen. 8 settembre 2016, Borovikov, in CED n.267942

dalla *causa petendi* dedotta dal Pubblico Ministero (e dunque ritenere sussistente il pericolo di reiterazione del reato seppur non richiamato da quest'ultimo all'interno della domanda). In tal modo, potrebbe sorgere la necessità di provvedere all'istaurazione del contradditorio anticipato senza che ciò sia stato, a monte, prospettato dall'organo requirente. Infine, un'ulteriore eventualità che potrebbe verificarsi, concerne il caso in cui il giudice, discostandosi dalle ragioni giuridiche indicate in sede di domanda da parte del Pubblico Ministero, provveda ad una diversa qualificazione della fattispecie delittuosa: potrebbe, così, verificarsi una derubricazione di un fatto di reato in precedenza incompatibile con il contraddittorio *de quo*. D'altra parte, si concludono tali osservazioni un'unica prospettiva di segno positivo e rassicurante: la disciplina finisce quanto meno con farsi carico del fatto che il Pubblico Ministero sia tenuto ad indicare specificamente le esigenze cautelari e gli elementi che le giustificano, e non solamente i gravi indizi di colpevolezza[151].

Ancora, sorgono perplessità con riferimento all'eccessiva genericità utilizzata dal legislatore nel selezionare le ipotesi di esclusione dalla previsione del contraddittorio anticipato. In particolare, si fa riferimento ai c.d. "gravi delitti", evidenziando come a tale previsione non consegua alcuna specificazione del concetto di "gravità"[152]: si paventa, dunque, il rischio che tale disposizione sia riempita di contenuto in via giurisprudenziale.

In definitiva, le prime impressioni dottrinali in relazione alla novella introdotta dal Decreto Nordio non sembrano si segno positivo neanche con riferimento alla centralità data al pericolo de quo: si afferma che, preso atto dell'impossibilità di eliminare l'inciso contenuto alla lettera c) dell'art.274 c.p.p.[153], si è tentato, con tale riforma, di neutralizzarne la portata applicativa prevedendo un

[151] G. ILLUMINATI, op. cit.
[152] Indeterminatezza denunciata anche dal C.S.M. nel parere approvato nell'adunanza del 21 febbraio 2024, in www.arichiviopenale.it
[153] Si fa riferimento al referendum indetto in data 12 giugno 2022, con il quale l'abrogazione dell'art.274 comma 1, lettera c), limitatamente alle parole: "o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni nonché' per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195 e successive modificazioni." La vicenda si concluse con il mancato raggiungimento del quorum.

procedimento "confuso"[154]. Pur ammettendo il carattere meritevole dell'intento di rafforzare la tutela del soggetto indagato, non si può far meno di notare che trattasi in ogni caso di una misura marginale e residuale, in quanto coinvolgente solo il pericolo reiterazione di reati, in una dimensione ipotizzata di non elevata criminalità[155]. Si prospetta, dunque, la necessità di estendere l'istituto a tutti i criteri di cui all'art. 274 c.p.p., posto che, per porre nel nulla" il nuovo meccanismo probabilmente i magistrati inquirenti utilizzeranno il ricorso stereotipato alla formula del pericolo di fuga e dell'inquinamento probatorio[156]. In sostanza, si esprime il condivisibile timore che le eccezioni rischiano di sovrastare – e, per l'effetto, di sterilizzare – la regola[157], ridimensionando notevolmente la portata applicativa della novella e riducendo eccessivamente le menzionate aspettative tanto da sollevare la questione circa la sua effettiva portata garantista[158]. Una soluzione per eludere tale problema sarebbe, quanto meno chiarire, all'interno della norma, che non sia sufficiente la mera prospettazione del Pubblico Ministero, bensì che sia indefettibile il vaglio del giudice *de libertate*.

[154] M. GIALUZ, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*. In Sistema penale, www.sistemapenale.it
[155]G. SPANGHER, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, in www.giustiziainsieme.it, 6 settembre 2023, 9.
[156] A. MARANDOLA, *Troppi dubbi sulle garanzie dell'interrogatorio anticipato*, in Sistema penale, 10 maggio 2024, 9
[157] G. COLAIACOVO - G. DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia*, in www.penaledp.it, 12 aprile 2024, p.3. Nello stesso senso anche F. PORCU, *Le modifiche al codice di rito nel d.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fier*i, in www.penaledp.it, 2 agosto 2023, p. 5
[158] A. MARANDOLA, *Troppi dubbi, cit.*

CONCLUSIONE

L'indagine condotta consente di cogliere come le misure cautelari personali si collochino in una zona di confine, in cui si intrecciano esigenze di efficienza processuale e tutela della collettività, da un lato, e salvaguardia della libertà individuale, dall'altro. Esse incarnano, forse più di ogni altro istituto, l'essenza drammatica del processo penale: un procedimento che, pur fondato sulla presunzione di innocenza, tollera la compressione della libertà prima della condanna, al fine di preservare la serietà della giurisdizione e la tenuta dell'ordine pubblico. Ciò che emerge con forza è l'immagine di un diritto che non si limita a regolamentare, ma che costantemente bilancia, scolpisce e rilegge i propri principi alla luce delle tensioni della storia. La parabola normativa e giurisprudenziale che ha interessato la materia cautelare, dalle rigidità del codice Rocco alle aperture garantiste introdotte dalle riforme più recenti, sino al contraddittorio anticipato delineato dalla legge n. 114 del 2024, dimostra che il processo penale è un cantiere sempre aperto, nel quale il conflitto tra autorità e libertà non viene mai definitivamente risolto, ma continuamente ridefinito.

Le esigenze cautelari, cuore sostanziale del sistema, si rivelano in tale prospettiva non soltanto come presupposti applicativi, ma come luoghi di tensione simbolica: esse fungono da lente attraverso la quale l'ordinamento manifesta la propria idea di sicurezza, di giustizia e, in ultima analisi, di convivenza civile. Non sorprende, allora, che il pericolo di reiterazione del reato sia stato terreno di costanti controversie, capace di riflettere timori collettivi e oscillazioni politiche, ma anche di mettere alla prova la tenuta delle garanzie costituzionali.

In definitiva, le misure cautelari non sono meri strumenti tecnici, ma specchi della civiltà giuridica di uno Stato. Esse raccontano se l'ordinamento è in grado di reggere la pressione delle emergenze senza smarrire la propria vocazione garantista, se sa difendere i valori fondanti anche nei momenti di maggiore tensione. È in questa fragile frontiera che si misura la fedeltà dello Stato ai principi dello Stato di diritto: un banco di prova che non ammette compromessi, poiché da esso dipende non soltanto la sorte dei singoli imputati, ma la credibilità stessa della giustizia penale come istituzione.

BIBLIOGRAFIA

Albertario, E., Castellini, G., *La ricostruzione di cronaca giudiziaria nei media*, in Archivio Penale 2012, n.2.

Aloisi U., *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, 1932.

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

Amato G., *sub art.274 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Amodio-Dominoni (a cura di), vol. 3, Milano, 1990.

Amodio E., *La scuola positiva e il pensiero di Beccaria: un dissenso nascosto dietro la «venerazione riconoscente»*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2014.

Amodio E., *Nuove nome sulle misure cautelari e sul diritto di difesa*, Milano, 1996.

Barbera A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967.

Bargis M., *Compendio di procedura penale*, Milano, 2023.

Barile P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

Barile P., *Le libertà nella Costituzione: lezioni*, Padova, 1966.

Barletta A., *La riforma Nordio in materia penale. Una panoramica d'insieme ed alcune considerazioni critiche,* in Osservatorio Costituzionale AIC, fasc. 5/2024.

Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, § XVI Tortura, a cura di Fabietti, R., Milano, 1973

Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1764.

Benevolo, *Le riforme al codice di procedura penale. La carcerazione preventiva*, in Riv. Pen., XXXVI, 1892.

Bigazzi L., *La Cassazione ritorna sul pericolo di fuga*, nota a Cass. pen., sez. III, 8 maggio 2024, n. 18055, in Giurisprudenza italiana, ottobre 2024.

Botti B., *La valutazione degli indizi nel giudizio di riesame e in quello di merito*, in Diritto e giustizia, 2002.

Botti B., *Riforma del 41-bis, il fine non sempre giustifica i mezzi*, in Dir. e Giust.,2003.

Bronzo P., *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, in Sistema penale, 5.

Callari F., *Il periculum libertatis costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi*? in Dir. pen. cont., 2012.

Caprioli F., *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale,* in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, p.1390

Caretti, P., *Libertà personale*, in Digesto delle discipline pubblicistiche, tomo IX, Torino, 1994

Carini C., *Le misure cautelari personali. Il procedimento applicativo*, G. Spangher e C. Santoriello (a cura di), Torino, 2009.

Carli L., *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, II ed., Milano, 2005.

Carnevale S., *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, 2015.

Carrara F. G., *Immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, Lucca, 1874.

Cerri, A., voce *Libertà personale*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XIX, Roma, 1990

Chiavario, M., *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali*, 3° ed., vol. II, Milano, 1984.

Chiavario M., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, Vol. III, 1989.

Chiavario M., *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, vol. III, Torino, 1990.

Chiavario M*., Le garanzie della giurisdizione e il processo penale*, in *Le garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della Commissione bilaterale*, Milano, 1999.

Chiavario M., *Diritto processuale penale, profilo istituzionale*, Torino, 2005.

Chiavario M., *Diritto processuale penale*, 8° ed., Torino, 2019

Chiavario, M., Diritto processuale penale. Applicazione delle misure cautelari personali, ed. 9, Milano, 2022.

Ciavola A. M., *La valutazione delle esigenze cautelari,* in *La riforma delle misure cautelari personali*, Giuliani, L. (a cura di), Torino, 2016.

Civita G., *Il requisito dell'attualità nel pericolo di reiterazione del reato*, nota a Cass. pen. sez. III, 10 ottobre 2018, n.406, in Diritto Penale e Processo, n.12, 2019.
Colaiacovo G., Della Monica G., *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia*, Appunti sul d.d.l. Nordio, in Dir. pen. proc., 2024.
Collica M. T., *La crisi del concetto di autore non imputabile pericoloso*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012.
Confalonieri, *Il controllo giurisdizionale sulla custodia cautelare. Esperienza italiana e francese a confronto*, Padova, 1996.
Conso G., *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955.
Conso G*., Accusa e sistema accusatorio (diritto processuale penale)*, in Enciclopedia del diritto, vol. I, Milano, 1958.
Conti G., Macchia A., *Il nuovo processo penale: lineamenti della riforma*, Roma, 1989.
Cordero F., *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006.
Cordero F., *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012.
Corso, *Misure cautelari*, in *Manuale di procedura penale*, Pisani, Molari, Perchinunno, Corso (a cura di), Bologna, 1997.
Crisafulli V., *Libertà personale, Costituzione e passaporti*, in Arch. pen., 1955.
Curtotti, voce Custodia cautelare, (presupposti, vicende, estinzione), in Dig. d. pen., Agg. III, 2005.
Dalia A., Ferraioli, M., *Manuale di diritto processuale penale*, Milano, 2018.
De Caro A., *Libertà personale e sistema processuale*, Milano, 1983.
De Caro A., *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000.
De Caro A., *Presupposti e criteri applicativi*, in Aa. Vv. *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, G., vol. II, Tomo II, Torino, 2008
De Leonardis, *Statuto e figure della pericolosità sociale tra psichiatria riformata e giustizia penale: note sociologiche*, in De Leonardis-Gallo-Mauri-Pitch (a cura di), *Curare e punire problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, 1998
De Luca G., *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953

De Salvia M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001.
Della Monica G., *Le presunzioni cautelari*, Torino, 2023
Di Bitonto M. L., Profili dispositivi dell'accertamento penale, Torino, 2004.
Di Bitonto M. L., *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2007.
Di Bitonto M. L., *Fondamenti di procedura penale*. Camon, A., Cesari, C., Daniele, M. (a cura di), ed.4, Milano, 2023
Di Chiara G., *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Fiandaca, G., Di Chiara G. (a cura di), Napoli, 2003.
Elia L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962
Elia L., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in G. Cost, 1964.
Epidendio, T. E., *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari,* in Dir. pen. cont., 21 novembre 2013.
Falato, F., *La presunzione di non colpevolezza, come regola di trattamento, influenza la predisposizione da parte del legislatore degli strumenti per un corretto uso delle cautele processuali,* in Cassazione penale, 2003, vol.9.
Fassone E., *La coercizione personale,* in Magistratura Democratica, 1978
Fassone, E., *Primi appunti sulla valutazione della prova nel nuovo processo penale*, in Quest. Giust. 1989.
Ferraioli, *Misure cautelari*, in Enciclopedia Giuridica, XX, Roma, 1996.
Ferranti G*.,* in *Libertà provvisoria,* in Dizionario Italiano, tomo XIV, Torino, 1902-1905
Fiandaca G., *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in Legisl. Pen. 2006
Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, ed. 6, Bologna, 2006.
Fidelbo G., Silvestri P., *Responsabilità da reato deli enti*, Lattanzi, G. e Severino, P. (a cura di), vol. II, Torino, 2020.
Fiorio, *Giusto processo e fenomenologia della detenzione*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, Cerquetti-Fiorio (a cura di), Padova, 2004.

Fiorucci A., *Reperto 36: anatomia giudiziaria dell'omicidio di Meredith Kercher*, A. Fiorucci, L. Fiorucci (a cura di), Perugia, 2015.
Fonti R., D. Curtotti, A. Nappi, Art.273, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, Gaito, A. (a cura di), II ed., 2006.
Frisoli, *Custodia preventiva*, in *Atti del Convegno nazionale di alcune fra le più urgenti riforme della procedura penale*, 1954.
Furfaro S., *Le misure cautelari personali*, Spangher, G. e Santoriello, C. (a cura di), Torino, 2009.
Gaito A., *I criteri di valutazione della prova nelle decisioni de libertate*, in *Materiali di esercitazioni per un corso di procedura penale*, Padova, 1995.
Galati A., Siracusano D., Tranchina G., Zappalà E., *Diritto processuale penale*, Milano, 3° ed., 2018.
Garofalo, *La detenzione preventiva*, in *Scuola positiva*, 1892.
Gialuz M., *sub art.5,* in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, S. Bartole e altri (a cura di), Padova, 2012.
Gialuz M., *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, in Sistema penale, www.sistemapenale.it
Giarda A., Spangher G., *Codice di procedura penale commentato*, Tomo II, ed. VI, Milano, 2023.
Giordano L., *Sull'attualità del pericolo di recidiva a tre anni dalla riforma del rito cautelare*, in Dir. Pen. Cont., 1, 2019.
Giostra G., *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, 1983.
Giuliani L., Editoriale del Dossier "*Libertà personale dell'imputato e misure cautelari restrittive della libertà individuale nel processo penale" – La Libertà personale dell'imputato tra principi e prassi in attesa di una riforma organica della giustizia penale italiana*, Revista brasileira de Direito Processual Penal 7(3), 202, p.1572
Giunti, D., Motivazione dell'ordinanza di custodia cautelare e pericolo di recidiva: la Corte di Cassazione conferma le proprie posizioni, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3/2018.

Grevi V., voce *Libertà personale dell'imputato*, in Enciclopedia del diritto., vol. XXIV, Milano, 1974;
Grevi V., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976.
Grevi, V., *Commento all'art. 9 l. 28/7/1984 n. 398*, in LP 1985.
Grevi V., voce *Libertà personale*, in Enciclopedia delle scienze sociali, 1996
Grevi V., *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996.
Grevi V., *Misure cautelari*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XX, 1996.
Grevi V., *Misure cautelari* in *Compendio di procedura penale*, Conso G., Grevi V. (a cura di), Padova, 3° ed., 2006.
Grevi V., *Compendio di procedura penale*, Bargis (a cura di), Milano, 2018
Illuminati G., *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979.
Illuminati G., La presunzione di non colpevolezza, in Enc. giur. Treccani, vol. XXVII, Roma, 1991.
Illuminati, G., *Art.3, legge 8 agosto 1995, n.332*, in Aa. Vv. *Modifiche al codice di procedura penale*, Padova, 1995.
Illuminati G., *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, Grevi, V. (a cura di), Milano, 1996.
Illuminati G., Presupposti delle misure cautelari in Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332, Grevi, V. (a cura di), Milano, 1996.
Illuminati G., Relazione, *in* Aa. Vv. *G.I.P. e libertà personale – Verso un contraddittorio anticipato*? Conso, Amodio, Corbi, Illuminati, G., Pecorella, Riccio, P, Tonini, Vanni, Vigna (a cura di), Napoli, 1997
Illuminati G., *La libertà personale*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Conso, G. (a cura di), Napoli, 2006.
Illuminati, G., Introduzione alla riforma, in Aa. Vv., A. La riforma delle misure cautelari personali, Giuliani, L. (a cura di), Torino, 2015
Illuminati, G., Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura, in Riv. it. dir. proc. pen., 2023
La Regina K., *Art.274, in Codice di procedura penale*, Lattanzi, G., Lupo, E. (a cura di), vol. II, Milano, 2020.
La Rocca N., *Il riesame delle misure cautelari personali*, Assago, 2012.
Landi G., *Il delitto di Perugia*, 2021

Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, II, 1961
Lozzi G., *Le misure cautelari personali: presupposti, criteri di scelta e procedimento applicativo*, 2009.
Lozzi G., *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2018.
Lucchini, L., *Il carcere preventivo*, Venezia, 1872.
Luciani M., *Positività, meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare: il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. III, Napoli, 2009.
Ludovici L., *Le novità della legge Nordio in materia cautelare: i contenuti, i problemi, le (possibili) soluzioni*, in Dir. pen. proc. 9/2024
Malerba M., *Osservazioni sul contraddittorio anticipato in ambito cautelare*. Note a margine del D.D.L. S. N. 808 (c.d. d.d.l. Nordio), in Sistema penale, par. 6.
Malinverni, *Applicazione provvisoria di pene accessorie e presunzione di innocenza dell'accusato*, in Giur. Cost., 1969.
Mangione, *La misura di prevenzione fra dogmatica e politica criminale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1994
Marandola A., *L'interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006.
Marandola A., *Troppi dubbi sulle garanzie dell'interrogatorio anticipato*, in Sistema penale, 10 maggio 2024, 9
Maresca F. P., *Processo Meredith: giustizia perfetta*? Pisa, 2016.
Marzaduri E., *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, Chiavario M. (a cura di), Torino, 1998.
Marzaduri E., voce *Misure cautelari personali* (Principi generali e disciplina) in Digesto della Disciplina Penale, Vol. VIII, 1994.
Marzaduri E., *Giusto processo e misure cautelari*, in Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio, R.E Lostoris (a cura di), 2002.
Mazza O., *La libertà personale nella Costituzione europea*, in *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Coppetta, M. G. (a cura di), Torino, 2005
Mazza O., *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 aprile 2012.

Mignini G., *Caso Meredith Kercher, Una vicenda giudiziaria tra due continenti*, Perugia, 2022

Nappi A., *Guida al codice di procedura penale*, ed. 10, Milano, 2007.

Negri, D., *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Milano, 2004

Pace, A., voce *Libertà personale (dir. cost.)* in Enc. Dir., vol. XXIV, Milano, 1974

Pace A., *Problematica delle libertà costituzionali*. *Parte speciale*, 2ª ed., Padova, 1992.

Padovani, T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in Indice Penale, 1999.

Palazzo F., *La recedente legislazione penale*, Padova, 1985.

Pasta, A., *Lo scopo del processo e la tutela dell'innocente. La presunzione di non colpevolezza*, Archivio Penale n. 1/2018.

Paulesu, P. P., voce *Presunzione di non colpevolezza*, in Digesto delle discipline penalistiche, vol. VIII, Torino, 1995.

Paulesu, P. P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009.

Pisani, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in Indice penale, 1970.

Ponti G., Merzagora I., *Psichiatria e giustizia*, Milano, 1993

Porcu F., *Le modifiche al codice di rito nel d.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, in www.penaledp. it, 20 agosto 2023

Potetti D., Note in tema di gravi indizi di colpevolezza di cui all'art.273 c.1 c.p.p., CP 1998

Redenti, E., in *Profili pratici del diritto processuale penale*, Milano, 1939.

Riccio G., De Caro A., Marotta S., P*rincipi costituzionali e riforma della procedura penale. Una rilettura della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 1991.

Rizzo, C., L'attualità del pericolo di reiterazione del reato nell'art. 274 c.p.p., in Cass. pen., 2019.

Ruggieri F., *Del potere dell'autorità giudiziaria: le recenti proposte di riforma*, in Dir. pen. proc., 2023;

Ruotolo M., *Sub art. 13 Cost*., in *Commentario alla Costituzione*, Bifulco, R., Celotto, A., Olivetti, M., (a cura di), vol. I, Milano, 2006.
Spangher G., *La sospensione condizionale esclude anche gli arresti domiciliari*? In Diritto penale e processo, 1997.
Spangher G., sub art. 272, in Codice di procedura penale commentato, Giarda A., Spangher G. (a cura di) IV ed., Milano, 2010.
Spangher G., Procedura penale. Teoria e pratica del processo. Vol. II, Marandola, A. (a cura di), Milano, 2015
Spangher G., Un restyling per le misure cautelari, in Dir. pen. proc., 2015.
Spangher G., Giarda A., *Codice di procedura penale commentato*, Tomo II, Milano, 2023.
Spangher G., *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, in Giust. insieme, 6 settembre 2023., par. 4.
Spangher G., *Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio prospettiva*, Dir. proc. pen., 2023;
Spangher G., *Prefazione in Le novità del procedimento cautelare. Le modifiche del biennio 2023-2024*, Kalb, L. (a cura di), Milano, 2024.
Taormina C., *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino, 2014
Todaro G., *La difesa nel procedimento cautelare personale*, Milano, 2012.
Tonini P., *Manuale di procedura penale*, VI ed., Milano, 2005
Ubertis G., *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992.
Ubertis G., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009.
Ubertis G., Viganò, F., *Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022
Ugoccioni L., *Sub. Art. 299*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, M. Chiavario, E. Marzaduri, Torino, 2008
Valentini E., *Il "doppio binario cautelare": la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall'art. 275 comma 3 C.P.P.*, Revista Brasileira De Direito Processual Penal, p.1687
Vannini O., Cocciardi G., *Manuale di diritto processuale italiano*, 1973.

Varone F., *La difesa nel procedimento cautelare personale*, Milano, 2012.
Vassalli G., *La riforma della custodia preventiva*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1954.
Vassalli G., La *libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero* Calamandrei, Padova, 1958
Vassalli G., *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività,* in Giustizia penale, 1978*;*
Vassalli G., voce *Colpevolezza*, in Enciclopedia giuridica Treccani, vol. VI, 1988.
Viggiano, *Cautele personali e merito, Padova*, 2004.
Zaccaro G., in *Introduzione atti del Convegno "Misure cautelari e libertà personali",* in Questione Giustizia, 2014.
Zacchè F., *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, Milano, 2018.
Zanetti E., *La riparazione dell'ingiusta custodia cautelare. Aspetti sistematici e questione applicative*, Padova, 2002.
Zavatti, Barbieri, *La c.d. "pericolosità antisociale" in psicopatologia forense: un discorso sul metodo*?, in Riv. it. crim., 2000

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione

Cass. Pen., Sez. un., 10 ottobre 1987, Tumminelli, in CED Cass., n. 177102

Cass. Pen., Sez. Un., 25 marzo 1993, Gifuni, in Arch. nuova proc. pen., 1993.

Cass. Pen., sez. Un., 29 luglio 1993, Silvano, in Riv. pen., 1994, 436

Cass. Pen., sez. Un., 12 dicembre 1994, Di Lorenzo, in CED n.199396

Cass. Pen., Sez. Un. 21 aprile 1995, n.11, Costantino , in Cass. pen., 1996.

Cass. Pen., sez. Un., 19 giugno 1996, n.16, Di Francesco, Arch. Nuova proc. pen., 1996, 719

Cass. Pen., sez. Un., 5 luglio 1995, Galletto, in Cass. pen. 1998, p.2874

Cass. Pen., sez. Un. 26 settembre 2000, Mennuni, in Cass. pen., 2001, p.3392

Cass. Pen., sez. Un., 11 luglio 2001, Litteri e altri, in Mass. uff., 219600

Cass. Pen., sez. Un., 27 ottobre 2004, n.44273, Labbia

Cass. Pen., sez. Un., 30 maggio 2006, n.29907 , La Stella, in Giur. It., 2007, p.2567

Cass. Pen., sez. Un. 30 maggio 2006, n.36267, Spennato, in Cass. pen. 2006, 3971

Cass. Pen., sez. Un. 22 gennaio 2009, Novi, in Cass. pen., 2009, p. 41 57 .

Cass. Pen., sez. Un., 31 marzo 2011, n.16085, Khalil, in CED n.249324

Cass. Pen., sez. I, 13 maggio 1982, n.1037, De Stefano, in Mass. uff., 154048

Cass. Pen., sez. I, 30 marzo 1990, Fecchio, in CED 182849

Cass. Pen., sez. V, 26 aprile 1990, Ceruti, in Cass. pen. 1990, II, 329

Cass. Pen., sez. fer., 25 agosto 1991, Ligresti, in CP 1993, 887, n.548

Cass. Pen., sez. VI, 7 ottobre 1992, Ligresti, in CED 191779

Cass. Pen., sez. V, 8 marzo 1993, Manco, in CP 1993, p.2890

Cass. Pen., sez. VI, 30 marzo 1993, Guarnotta, in CED 139828

Cass. Pen., Sez. III, 12 agosto 1993, Alberino, IN CED n. 194482

Cass. Pen., sez. VI, 25 agosto 1993, Andreoni, in CED 194935

Cass. Pen., sez. I, 13 ottobre 1993, in GP 94, III

Cass. Pen., Sez. I, 20 ottobre 1993, Martello

Cass. Pen., sez. II, 31 marzo 1994, Rau , in CED 197306.

Cass. Pen., sez. VI, 7 luglio 1994, Stilo, in CED 202820

Cass. Pen., sez. II, 6 settembre 1994 n.3668, Mammoliti, in Riv. pen., 1994, 1248

Cass. Pen., sez.VI, 10 marzo 1995, n.426, in Cass. pen., 1996, p.2217

Cass. Pen., sez. I, 26 giugno 1995, Pontillo, in CED 201915

Cass. Pen., sez. VI, 7 luglio 1995, n.1825, Pellecchia , in Mass. uff., 202841

Cass. Pen., sez. VI, 19 settembre 1995, n.3109, Lorenzetti, in Arch. nuova proc. pen., 1995

Cass. Pen. sez. I, 11 dicembre 1995, in CED 203067

Cass. Pen., Sez. IV, 25 luglio 1996, n.1913, Schelcht, in CED Cassazione, n. 205460

Cass. Pen., Sez. III, 14 gennaio 1997, n.58, Siciliano, in Giustizia penale 1998, III

Cass. Pen., sez. II, 23 gennaio 1997, Terranova, in CED n.207131

Cass. Pen., sez. III 6 giugno 1997, Pirazzini, in CED 208387

Cass. Pen., sez. II, 12 giugno 1997, Gava, in Cass. pen. 1999, 201

Cass. Pen., sez. II, 21 novembre 1997, Accardo, in CED n.210595

Cass. Pen., Sez. II, 30 gennaio 1998, Largo, n CED Cassazione, n. 209584

Cass. Pen., Sez. V, 11 febbraio 1998, Maizzi

Cass. Pen., sez. VI, 4 marzo 1998, n.256, in Cass. pen. 1999, p. 1534

Cass. Pen., sez. III, 7 luglio 1998, Calamassi, in Mass. uff. 211827

Cass. Pen., sez. I, 18 dicembre 1998, Calì, in Cass. pen. 2000

Cass. Pen., sez. I, 8 febbraio 1999, Calì, in CED 212464

Cass. Pen., sez. Vi, 24 febbraio 1999, Petrillo, in CED n.214139

Cass. Pen, Sez. III, 2 marzo 2000 p.m. in proc. Merka, in CED. Cass., n.215885

Cass. Pen., Sez. VI, 3 marzo 2000

Cass. Pen., sez. II 20 aprile 2000, Piras, in CED 215901

Cass. Pen., sez. I, 2 marzo 2001, Giannino

Cass. Pen., sez. I, 4 giugno 2001, n.28555, Gallo , in CED Cassazione, n. 218109

Cass. Pen., sez. III, 9 ottobre 2001, p.m. in c. Vasiliu , in CED 220031

Cass. Pen., Sez. I, 23 gennaio 2002, n.7406

Cass. Pen., sez. II, 1° luglio 2002, n.25740

Cass. Pen., sez. III, 13 novembre 2002, Angrisani, in CED 223473

Cass. Pen., Sez. V, 21 gennaio 2003, Formigli

Cass. Pen., sez. I, 30 gennaio 2003, Lombardo, Guida dir. 2003, n. 23

Cass. Pen., sez. IV, 10 aprile 2003, Fakid , in Giur. It. 2004, p.592
Cass. Pen., Sez. I, 24 aprile 2003, Esposito
Cass. Pen., Sez. II, 16 ottobre 2003, n.43419, Di Fresco
Cass. Pen., sez. III, 3 dicembre 2003, n. 306/04, in Guida dir. 2004, n.17
Cass. Pen., Sez. II, 15 giugno 2004, in Guida al diritto, 2004, n.47, p.88
Cass. Pen., sez. III, 15 giugno 2004, in CED 229911
Cass. Pen., sez. IV, 17 giugno 2004, Berouki , in Guida dir. 2004, n.48
Cass. Pen. sez. V, 23 settembre 2004, n.42368, Stabile ed altri, in CED 229952
Cass. Pen., sez. V, 24 settembre 2004, n.37938, Grillo, in Arch. Nuova proc. pen., 2006
Cass. Pen., Sez. VI, 7 ottobre 2004, Fanara
Cass. Pen., sez. II, 3 febbraio 2005, in CED, n. 230912
Cass. Pen., Sez. VI, 17 febbraio 2005, Scoma
Cass. Pen., 17 febbraio 2005, Genna, in CED 231323.
Cass. Pen., Sez. I, 4 maggio 2005, Lo Cricchio, in Mass. Uff., 232601
Cass. Pen., sez. I, 5 maggio 2005 n. 198767/05, Lo cricchio, in Cass pen. 2006
Cass. Pen., sez. I, 17 giugno 2005, n.25589, Plaku , in Mass. uff., 232105
Cass. Pen., Sez. IV, 28 ottobre 2005, n.118
Cass. Pen., Sez. II, 2 dicembre 2005, n.4672
Cass. Pen., sez. II, 2 dicembre 2005, in CED n.232866
Cass. Pen., sez. II, 9 febbraio 2006, n.7610, Noto, in Cass. pen., 2007, 2567
Cass. Pen., sez. VI, 9 marzo 2006, n.21393, Ruggiero, in Mass. uff., 234616
Cass. Pen., Sez. VI, 11 luglio 2006
Cass. Pen., sez. VI, 8 gennaio 2007, n. 14120, ivi , n.236377
Cass. Pen., sez. IV, 24 maggio 2007, Okongwu , in Mass. uff., 238299
Cass. Pen., sez. IV, 26 giugno 2007, R., in CED 239019
Cass. Pen., sez. II, 12 luglio 2007, n.35477, Scettro, in Guida al diritto, 2004, n.49
Cass. Pen., sez. II, 29 febbraio 2008, n.17362, Rossano, C.E.D. Cass, 2008
Cass. Pen., sez. VI, 24 settembre 2008, in CED 241321
Cass. Pen., Sez. I, 26 febbraio 2009, n. 11860
Cass. Pen., 2010, p. 3547
Cass. Pen., Sez. VI, 6 ottobre 2011, n.36265 in CED Cassazione, n. 251242

Cass. Pen. sez. IV, 21 giugno 2012 in CED 253723
Cass. Pen., sez. I, 25 marzo 2013, in www.giurisprudenzapenale.com
Cass. Pen. sez. IV, 18 luglio 2013, in CED 257781
Cass. Pen., sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 49112, in Cass. pen., 2014, 12, p. 4221.
Cass. Pen., sez. IV, 12 marzo 2015, in CED n.263722
Cass. Pen., sez. V, 27 marzo 2015, n.36080 in www.giurisprudenzapenale.com
Cass. Pen., sez. III, 19 maggio 2015, Marino, in CED Cass., n. 264688
Cass. Pen., sez. I, 17 dicembre 2015, n. 49918
Cass. Pen,. sez. VI, 26 gennaio 2016, P.C, in DPP 2017
Cass. Pen., sez. VI, 18 aprile 2016, n. 15978, in CED Cass. pen. 2016
Cass. Pen., Sez. Un., 28 aprile 2016, Lovisi, in Cass. pen., 2016, p. 3116
Cass. Pen., sez. III, 21 luglio 2016, in CED 270509
Cass. Pen., 8 settembre 2016, Borovikov , in CED n.267942
Cass. Pen., sez. II, 13 settembre 2016, n. 44946, in CED Cass., n. 267965
Cass. Pen. sez. II, 8 marzo 2017, Carubba , in CED 270172
Cass. Pen., sez. VI, 23 marzo 2017, in CED 270561
Cass. Pen., sez. V, 14 giugno 2017, in CED 271522
Cass. Pen., sez. IV, 28 giugno 2017, n.42014, in www.giurisprudenzapenale.com
Cass. Pen., sez. IV, 17 novembre 2017, Teatro, in CED 271251
Cass. Pen., sez. III, 6 aprile 2018, in CED n.274233
Cass. Pen., sez. III, 10 ottobre 2018, n.406, in Diritto Penale e Processo, n.12, 2019, p.1671
Cass. Pen. sez. V, 26 novembre 2018, in CED 274690
Cass. Pen. sez. IV, 23 maggio 2019, i n CED 276704
Cass. Pen., sez. III, 12 giugno 2019, in CED 276912
Cass. Pen., Sez VI, 25 settembre 2019, in CED 277392
Cass. Pen., sez. III, 16 aprile 2020, CED 278944
Cass. Pen., sez. IV, 19 giugno 2020, in Gdir 2020
Cass. Pen., 8 settembre 2020, Signore, in CED n.279643
Cass. Pen., Sez. I, sent. 15 ottobre 2020, Myasnik Malkhasyan c. Armenia
Cass. Pen., sez. IV, 12 gennaio 2021, in CED 280243
Cass. Pen. sez. IV, 8 aprile 2021, in CED 281019

Cass. Pen., sez. VI, 6 marzo 2022, Gambettola, in Guida dir. 2022. N.26, p.68

Cass. Pen., sez. II, 19/01/2023, n. 24515

Cass. Pen., sez. III, 8 maggio 2024, n. 18055, in Giurisprudenza italiana, ottobre 2024, p.2207

Cass. Pen., sez. IV, 27 maggio 2024, n.20785

Cass. Pen., sez. VI, 18 settembre 2024, n.36577 in www.onelgale.wolterskluwe.it

Cass. Pen., sez. VI, 19 settembre 2024, n.38144

Corte costituzionale

Corte Cost., 23 giugno 1956, n. 2, in Giur. cost., 1956, p. 562 e ss.

Corte Cost. 4 maggio 1970, n.64

Corte Cost., 22 giugno 1972, n.124

Corte Cost. 17 gennaio 1980 n.1, in GCos. 1980, 3

Corte Cost., 23 gennaio 1980, n.1, in Giur. Cost., 1980, p.3

Corte Cost., 22 dicembre 1980, n.177, in Giur. It. 1981, I, 1, c.660

Corte Cost., 8 giugno 1994, n. 219, in Giur. Cost., 1994, p.1882

Corte Cost., 24 aprile 1996, n.131, in Foro it., 1996, I, c.2636

Corte Cost., 3 aprile 1997, n.77, in Giur. Cost. 1997, p.741

Corte Cost., 11 giugno 1998, n. 232, in Cass. pen. 1998, 2850

Corte Cost., 18 luglio 1998, n.292

Corte Cost., 12 maggio 2011, n.164

Corte Cost., 22 luglio 2011, n.231

Corte Cost., 16 dicembre 2011, n.331

Corte Cost., 18 aprile 2012, n.110

Corte Cost, 25 marzo 2013, n.57

Corte Cost., 18 luglio 2013, n.213

Corte Cost., 23 luglio 2013, n.232

Corte Cost., 25 febbraio 2015, n.48.

Corte europea dei diritti dell'uomo

Corte Edu, 18 giugno 1971, De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio, § 65

Corte Edu, 22 febbraio 1989, Ciulla c. Italia, § 38

Corte Edu, 30 agosto 1990, Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito, § 40

Corte Edu, 28 ottobre 1994, Murray c. Regno Unito, § 72

Corte Edu, grande camera, 29 aprile 1999, TW c. Malta, § 43

Corte eur. Dir. Uomo 6 giugno 2000, Cesky c. Repubblica Ceca

Corte Edu, grande camera, 22 marzo 2001, Streletz, Kessler e Krenz c. Germania, §112

Corte Edu, sez. II, 28 ottobre 2003, Rakevich c. Russia, § 44

C. eur. dir. um., 6 novembre 2003, Pantano c. Italia, Legisl. Pen. 2004, p.356

Corte eur. sez. III, 26 maggio 2005, Parlanti c. Germania

Corte EDU, sez. III, 9 giugno 2005, Picaro c. Italia, § 82 ss.

Corte Edu, sez. IV, 20 novembre 2010, Hadjuova c. Slovacchia, § 54

Corte Edu, Sez. II, sent. 8 febbraio 2011, Seferovic c. Italia, § 37 (sintetizzata in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, p.754-755)

Corte Edu, sez. V, 23 aprile 2015, Francois c. Francia, § 47