

LUISS GUIDO CARLI
LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE
DEGLI STUDI SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
ANNO ACCADEMICO 2011-2012

CATTEDRA DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE

LE CONDIZIONI E I CRITERI DI SCELTA
PER L'APPLICAZIONE DELLE MISURE
CAUTELARI PERSONALI

Relatore:

Prof. Paolo Moscarini

Candidato:

Francesco Tascione

Matr. 074743

Correlatori:

Prof.ssa Maria Lucia Di Bitonto

Prof. Domenico Carcano

INDICE

INTRODUZIONE	pag. 5
CAPITOLO I - I PRINCIPI COSTITUZIONALI E SOVRANAZIONALI POSTI A TUTELA DELLA LIBERTA' PERSONALE	
1.1. Premessa.	pag. 13
1.2. Il concetto e l'inviolabilità della libertà personale.	pag. 16
1.3. Il “vuoto dei fini” e la presunzione di non colpevolezza quale regola di trattamento.	pag. 46
1.4. La necessaria partecipazione dialettica alla vicenda cautelare.	pag. 82
1.5. La tutela della libertà personale a livello sovranazionale.	pag. 89
CAPITOLO II - LE CONDIZIONI GENERALI DI APPLICAZIONE DELLE MISURE CAUTELARI PERSONALI	
2.1. Cenni introduttivi.	pag. 97
2.2. Il principio di legalità cautelare e i suoi corollari.	pag. 100
2.3. I «gravi indizi di colpevolezza» come condizione delle misure cautelari personali.	pag. 118
2.4. Regole probatorie nella valutazione degli indizi.	pag. 142

2.5. Orientamenti della Cassazione penale. pag. 161

CAPITOLO III - LE ESIGENZE CAUTELARI

3.1. Generalità. pag. 190

3.2. L'esigenza di tutela del processo. pag. 206

3.3. L'esigenza di cautela finale. pag. 218

3.4. Le esigenze di tutela della collettività. pag. 223

CAPITOLO IV - I CRITERI DI SCELTA DELLE MISURE

4.1. Considerazioni generali. pag. 242

4.2. Adeguatezza e gradualità nella scelta delle misure. pag. 247

4.3. Il principio di proporzionalità. pag. 258

4.4. Deroche al principio di adeguatezza e interventi della Corte costituzionale. pag. 266

4.5. Altre applicazioni del principio di adeguatezza. pag. 277

4.6. Le «particolari modalità di controllo» previste
nell'art. 275-*bis* c.p.p.

pag. 282

CONCLUSIONI

pag. 289

BIBLIOGRAFIA

pag. 297

INTRODUZIONE

Proporre un panorama generale sulla materia della libertà personale significa presentare una sintesi, in definitiva, sui metodi e principi che governano il processo penale italiano: esporre le norme vuol dire, infatti, coglierne anche le connessioni.

Non a caso, la stessa successione dei temi nell'esposizione del presente lavoro corrisponde ad una scelta di fondo, rispetto a quello che si ritiene essere il "senso" del processo e delle limitazioni della libertà personale che in esso possono essere applicate.

Allo stesso tempo, però, il tema della libertà impone di delineare un confine sul quale concentrare l'attenzione, dal momento che, nell'ambito della materia dedicata alle misure cautelari, esiste una interconnessione tra diversi principi: gli istituti coinvolti, infatti, possono avere una molteplicità di interazioni e manifestazioni.

Le norme relative alla disciplina della libertà personale sono, al fondo, *l'humus* del sistema processuale, delle idee e delle forme culturali di riferimento.

Libertà e processo, infatti, rappresentano un binomio costituente il binario lungo il quale procede l'esperienza giuridica, culturale e politica della nostra epoca.

Esso deve essere adottato come categoria-guida di un'esposizione che si manifesta come una successione di scelte, via via che si ricostruiscono le opzioni portanti del processo penale.

Il riferimento è, innanzitutto, alle scelte fondamentali, non solo giuridiche, ma culturali e politiche, poste in essere nel nostro Paese, dapprima con la Costituzione (artt. 2, 3, 13, 24, 27 e 111), poi con l'introduzione del codice di procedura penale.

Ed allora, è soprattutto intorno alla “parabola” della libertà che può essere impostata – e compresa –, in modo convincente, una ricostruzione dei principi fondamentali del nostro sistema: cogliere la solidità dei canoni posti a fondamento di tale sensibilissima materia vuol dire rinvenire il forte intreccio tra norme e valori disseminati nel codice e nella Costituzione.

In questa prospettiva, nel presente lavoro, l'analisi della disciplina della libertà personale, ha sempre tenuto in considerazione i principi e i valori che rappresentano gli assi cartesiani della “parabola” della libertà.

Nel solco di tale peculiare considerazione si è avuto riguardo, innanzitutto, al vincolo esistente tra la normativa della libertà personale nel processo penale e la concezione politica dello Stato che ha reso necessaria una ricostruzione dogmatica ed una lettura ermeneutica “illuminata” dai principi fondamentali della materia.

Tale necessità si è rivelata tanto più urgente in relazione al “tipo” di Costituzione adottata nel nostro Paese: in Essa infatti si

rinvengono non solo principi di carattere generale, ma anche norme dirette a regolare, in modo più o meno specifico, determinati rapporti.

I principi costituzionali di sicuro riferimento nello studio della disciplina processuale della libertà personale sono senz'altro rappresentati dagli articoli 2, 3, 13, 24, 27 e 111 Cost., i quali segnano il confine entro il quale qualsiasi disposizione legislativa in argomento deve essere certamente orientata.

L'orizzonte delle misure cautelari, illuminato dai principi costituzionali, inizia a schiarirsi, però, solo negli anni ottanta, allorquando vengono previste dal legislatore misure cautelari "alternative" in funzione limitativa all'applicazione della misura carceraria.

In questa prospettiva, non a caso l'art. 2 n. 59 legge delega n. 81 del 1987, imponendo la «previsione di misure diverse di coercizione personale, fino alla custodia in carcere» ha posto in essere un insieme di regole circa pluralità (di misure) e gradualismo (di interventi) che solo pochi anni prima apparivano su quello stesso orizzonte come una faticosa "conquista di civiltà".

Costituisce, dunque, un merito della "cultura della riforma" l'aver spezzato il pregiudizio secondo cui soltanto il carcere sarebbe "naturalmente" in grado di venire incontro alle esigenze cautelari che si manifestano durante il procedimento penale.

È, ancora, un merito del nuovo codice, e dei suoi principi ispiratori, quello di aver introdotto in argomento il principio di

“giurisdizionalizzazione” delle misure cautelari; e quello – fors’anche più incisivo – della loro sottoponibilità al riesame di merito, in contraddittorio fra le parti e davanti ad un organo collegiale.

In questo ambito, poi, un ruolo essenziale per l’assetto e per il funzionamento della disciplina del potere cautelare nel procedimento penale è svolto dall’insieme delle direttive dettate dal delegante per definire l’ambito delle condizioni generali e specifiche di applicazione delle misure stesse.

Ad essere coinvolto è, in sostanza, quasi tutto il contenuto dell’art. 2 n. 59 della delega: a cominciare dalla regola “aurea” – già di per sé sola espressiva dei principi costituzionali cui si faceva cenno – in forza della quale le misure di coercizione personale sono disposte «a carico della persona nei cui confronti ricorrono gravi indizi di colpevolezza, quando sussistono inderogabili esigenze attinenti alle indagini e per il tempo strettamente necessario ovvero quando sussistono esigenze di tutela della collettività o, se il reato risulta di particolare gravità, quando la persona si è data alla fuga o vi è concreto pericolo di fuga»; per continuare «col divieto di misure di coercizione che limitano la libertà personale se il reato per il quale si procede è punito con pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni»; sino alla “canonizzazione” di taluni principi più specificamente “gestionali” per la scelta tra le varie misure e per l’adattamento dello *status* della persona ad esse sottoposta all’eventuale evolversi delle valutazioni sulle loro condizioni applicative.

In definitiva, è fuor di dubbio che la materia delle misure cautelari personali, racchiusa nel libro IV del nuovo codice di

procedura penale, è una delle più significative della riforma, ancorché larga parte del suo contenuto fosse stato anticipato dalla legge n. 330/1988. Sotto tale profilo sistematico, il tema delle cautele è stato ridisegnato con rigore, come emerge dalla precisa scansione in titoli e capi, suscettibile di dare un ordine preciso e consequenziale ai vari profili considerati, e dalla sua capacità di costituire un vero e proprio sottosistema normativo, in qualche misura suscettibile di integrarsi in vari modelli procedurali.

Nella sua configurazione originaria, il sistema delle cautele poteva essere definito “equilibrato”, collocandosi in una posizione che teneva conto tanto delle esigenze individuali, quanto di quelle dell’ordinamento, ricercando e trovando il giusto punto di mediazione.

La sostanziale condivisione, da parte degli operatori, del modulo processuale in tema cautelare, introdotto con la riforma, non è parso scalfito da alcuni primi inasprimenti normativi, con i quali si ritenne di intervenire in riferimento a specifiche posizioni soggettive (a fronte di preoccupanti episodi di cronaca) nonché in relazione prevalentemente ai fenomeni di criminalità organizzata. Si è trattato di interventi sia specifici, sia riflessi, per un verso mirati, per un altro legati alle soglie di pena, con ricadute a vasto raggio.

Il momento di rottura della diffusa accettazione del sottosistema, è stato costituito, come si andrà sottolineando nel corso del lavoro, da una stagione nella quale – attraverso alcune forzature interpretative del dato normativo ed alcune prassi non uniformemente seguite anche da altri uffici giudiziari – lo strumento cautelare ha visto snaturare la sua funzione, assumendo i connotati – forse anche per la

particolare tipologia dei soggetti destinatari dei provvedimenti restrittivi – di un mezzo repressivo ed inquisitorio.

La reazione del Parlamento, culminata nella legge n. 332/1995, ha ridimensionato i presupposti dei provvedimenti coercitivi ed il novero delle garanzie per i soggetti *in vinculis*.

Sotto tale profilo sono stati rimodellati i *pericula libertatis* e sono state precisate le soglie e le condizioni per l'applicazione della custodia cautelare in carcere.

Sotto il secondo profilo, si è assistito ad un rafforzamento delle garanzie difensive, variamente articolato, ma tendenzialmente finalizzato all'anticipazione della tutela difensiva rispetto al momento del riesame che conserva, peraltro, la sua centralità. Si è così previsto, significativamente fra gli altri elementi, che il pubblico ministero debba sempre trasmettere al giudice gli elementi favorevoli e che la struttura dell'ordinanza cautelare contenga tutti gli elementi che ne costituiscono il presupposto.

Il tema delle cautele affronta sfide nuove, in qualche modo sopraggiunte, per effetto sia delle dinamiche che sta subendo in conseguenza del dispiegarsi degli effetti di alcune scelte normative, sia delle prassi che stanno modificando i comportamenti, soprattutto degli uffici di procura.

La prima è quella della collegialità. Si tratta di un tema ricorrente nel dibattito sul procedimento applicativo delle misure, in

parte collegato anche alla tematica del c.d. “contraddittorio anticipato”.

Com'è noto, si discute da tempo sulla opportunità che le misure siano applicate da un organo collegiale il quale possa provvedere anche all'interrogatorio anticipato rispetto all'applicazione della misura, con conseguente sacrificio del giudizio di riesame.

Se la soluzione del contraddittorio anticipato risulta convincente per le misure non custodiali, essa manifesta implicazioni negative per le altre misure, quelle custodiali: allungamento dei tempi di restrizione, eliminazione dell'attività di controllo, difficoltà difensive per la brevità dei tempi, problematiche in ordine alla competenza in punto di revoca delle ordinanze sono solo alcuni degli aspetti problematici della questione.

In questa direzione – quella della collegialità – sembra aver mosso qualche passo il legislatore con il recente provvedimento in tema di rifiuti nella Regione Campania. Seppur in un contesto emergenziale del tutto particolare, con riferimento alle richieste di misure cautelari personali e reali (legge n. 123/2008), si è previsto che la competenza a provvedere spetti al tribunale distrettuale in composizione collegiale.

Il secondo profilo problematico – decisamente più complesso – riguarda la considerazione per la quale “anche” il progressivo rafforzamento delle garanzie difensive contribuisce a far assumere al

provvedimento cautelare sempre più i connotati dell'anticipazione della pena.

Invero, la tendenza a rendere omogenei i presupposti dell'applicazione delle misure cautelari (specie a seguito della introduzione del discusso art. 273 comma 1-*bis*) rispetto ai criteri valutativi probatori, rischia di omologare premesse delle cautele e giudizio di responsabilità.

Inoltre, il sempre più accentuato e penetrante sviluppo dell'attività difensiva nel merito della posizione del soggetto *in vinculis*, finisce per rendere o rischia di rendere più stabile il provvedimento, al di là della variabile delle esigenze cautelari.

In questa sua parte, insomma, e per finire, il codice di procedura penale era, ed è tuttora, chiamato ad essere una “carta di libertà” che – senza piegarsi ai tentativi di snaturamento autoritario che pure nel tempo ha dovuto subire – ha trovato la sua rappresentazione “grafica” e di sistema in quella “parabola”, in quell'intreccio tra regole e principi fondamentali, cui si faceva cenno in premessa.

CAPITOLO I

I PRINCIPI COSTITUZIONALI E SOVRANAZIONALI POSTI A TUTELA DELLA LIBERTA' PERSONALE

1.1. Premessa.

Tra le conquiste giuridiche più significative del secolo scorso è sicuramente da annoverare la raggiunta consapevolezza del valore rappresentato dalla persona umana e della necessità di qualificare l'ordinamento giuridico attraverso l'individuazione e la tutela complessiva dei diritti fondamentali ad essa riconducibili. Tra questi rientra a pieno titolo, in posizione primaria, il diritto alla libertà personale; a cui sia la Costituzione che le Carte sovranazionali riservano un ruolo centrale nell'economia generale della tutela soggettiva. Per questa ragione, la sua limitazione durante lo svolgimento del procedimento penale – prima cioè della definizione di quest'ultimo con sentenza irrevocabile – costituisce un'evenienza oggettivamente eccentrica rispetto ad un sistema ideale costituzionalmente orientato. Si rivela, quindi, poco compatibile con un ordinamento basato sul riconoscimento assoluto del bene libertà personale (art.13, comma 2, Cost.) ed ispirato dalla presunzione di non colpevolezza (art.27, comma 2, Cost.) la stessa idea di una restrizione significativa della libertà prima della decisione definitiva di condanna. Ciò nonostante, la previsione di più o meno spinte compressioni della libertà personale dell'imputato durante l'*iter* procedimentale rappresenta una costante della storia del processo penale.

La giustificazione solitamente invocata consiste nell'argomento secondo cui l'accertamento penale – valore in sé, da tutelare pienamente – può richiedere interventi coercitivi prima del suo naturale epilogo; e ciò per varie e significative ragioni, connesse alla delicatezza della vicenda procedimentale penale ed alla sua capacità di disvelare particolari situazioni di pericolo per i beni coinvolti, con le conseguenti esigenze di tutela (essenzialmente relative al risultato del processo e alla difesa della collettività).

Per comprendere questa possibile contraddizione, bisogna considerare come, nel procedimento penale, si confrontino due profili in possibile contrasto: la libertà individuale e l'autorità dello Stato. Da un lato, l'apparato repressivo statale, che punta al fine ultimo di esercitare, in modo effettivo ed efficiente, la pretesa punitiva, tutelando la collettività dalle svariate possibili forme di aggressioni di beni e di valori protetti dall'ordinamento; dall'altro, l'esigenza di massima tutela della libertà personale, bene fondamentale dell'individuo, inserito, nel testo costituzionale, tra quelli di maggior rilievo. La prevalenza riconosciuta all'interesse repressivo ha, nel passato, qualificato il sistema processuale in modo autoritario¹; invece, la successiva sempre maggiore attenzione per la libertà ha contrassegnato l'evoluzione verso un processo democratico².

La distinzione tra autorità e libertà è, però, ancorata alla necessità di differenziare bene le matrici culturali dei sistemi processuali. Sul piano concreto ed attuale, invece, il distinguo perde rilevanza, in quanto, nell'ottica costituzionale, "l'autorità è al servizio della libertà e perde la posizione antitetica rispetto all'individuo; e ciò pure quando

¹ Ci si riferisce, in particolare, al codice di procedura penale del 1930, tipico esempio di processo autoritario, nato in un momento storico nel quale viveva una dimensione autoritaria dello Stato (il fascismo) che si riversava sul tipo processuale coniato in quel contesto.

² La differenza tra processo democratico e processo autoritario si fonda su una peculiare relazione tra le parti e il giudice connessa al complessivo rispetto dei principi costituzionali che costituiscono la struttura portante della democrazia e, quindi, di un sistema processuale ad essa ispirato.

rivolge attenzione alla “sicurezza” che è un profilo connaturato – pur esso – alla globale e generale evoluzione della persona”³.

Questa semplice considerazione consente di svalutare i profili di antitesi tra i due versanti, per esaltare, invece, le occasioni di confronto e di interrelazione tra gli stessi. Il procedimento penale rappresenta, in via di massima approssimazione, un percorso legale di accertamento che coinvolge una vasta gamma di diritti e di libertà dell’individuo. La stessa forza d’un simile strumento di verifica – il cui epilogo può essere la condanna alla pena detentiva, perfino perpetua – rende l’idea di quale pressione esso sia capace di esercitare su beni di fondamentale rilievo e di quali lesioni possa determinare con la sua progressione. Il complesso normativo deputato a regolare il procedimento penale prevede un insieme di poteri “forti”, che trovano la loro giustificazione e, al contempo, il loro limite – anzitutto – nella Costituzione; la quale stabilisce, altresì, i diritti e le libertà essenziali dell’individuo. Il momento dell’autorità, dunque, non può prevaricare quello della libertà. Pertanto, al fine di stabilire un equilibrio soddisfacente tra le esigenze tipiche dell’accertamento penale e la libertà personale (nonché gli altri diritti coinvolti dal processo) è necessario considerare, *in primis*, i principi previsti, nella specifica materia, dalla Costituzione e dalle Carte internazionali sui diritti umani; in questo modo, è possibile comprendere quale sia l’insieme dei valori di riferimento e quale il progetto da realizzare.

La fonte normativa principale del nostro sistema giuridico è la Costituzione, la quale condiziona, naturalmente, il modello procedimentale in tutte le sue scansioni. Nella gerarchia delle fonti giuridiche, alla Carta fondamentale fanno immediatamente seguito – in posizione comunque sovraordinata rispetto alla legge ordinaria – le

³ DE CARO, *Libertà penale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, 168.

Carte internazionali dei diritti contenenti principi e regole generalmente condivise. Tali sistemi normativi delineano l'archetipo processuale ideale di riferimento (tra l'altro, il c.d. "giusto processo"). In questo senso, l'art. 2 della legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, approvata nel 1987, introduce l'elenco delle direttive stabilendo che il nuovo sistema processuale penale si uniformi ai principi della Costituzione e delle Carte internazionali relative ai diritti della persona ed al processo penale ed attui i caratteri del sistema accusatorio.

Ed allora, se il giusto processo è quello previsto, nelle sue linee essenziali, dalla Costituzione e dalle suddette Convenzioni internazionali, la comprensione delle regole predisposte dalla legge ordinaria per disciplinare le limitazioni della libertà personale prima della decisione definitiva deve passare per una chiara definizione dei principi essenziali predisposti a tutela di taluni fondamentali valori. Inoltre, le stesse regole sono essenziali per comprendere le ragioni – ed i punti critici – dell'equilibrio tra diversi interessi stabilito dal legislatore.

1.2. Il concetto e l'inviolabilità della libertà personale.

Tra i molteplici valori tutelati dalla Carta fondamentale, sicuramente la libertà personale ne rappresenta uno di primo piano, sia per la sua natura in sé considerata, sia perché essa costituisce una sorta di presupposto di tutti gli altri diritti di libertà, in quanto logicamente li precede e li condiziona a livello operativo, rendendone possibile la piena esplicazione⁴. Ha colto sicuramente nel segno chi ha posto in

⁴ GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 2.

luce come il nodo della libertà personale sostanzialmente “un crocevia nevralgico dell’intera rete di rapporti fra la tematica dei diritti fondamentali della persona e la tematica del processo”⁵.

L’esatta individuazione della nozione di libertà personale – soprattutto, della sua latitudine – rappresenta il primo scoglio interpretativo da superare per poter definire in modo compiuto le coordinate costituzionali della sua tutela. In questa prospettiva, l’art. 13, comma 1, Cost. costituisce sicuramente la norma centrale in materia, poiché sancisce in maniera solenne, l’inviolabilità di tale diritto⁶. Tuttavia, non è chiaro – in assenza di precisi riferimenti normativi – quali siano gli esatti confini della nozione costituzionalistica di libertà personale; difatti, trattandosi di una tipica figura di “libertà-situazione”, la cui estrinsecazione non può farsi coincidere con l’esercizio di specifiche facoltà⁷, la definizione del suo ambito può apparire problematica, almeno in rapporto a determinati casi limite. Questa mancanza è stata foriera, nel tempo, di numerose e spesso contrastanti elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, volte a tracciare l’ambito operativo e la portata dell’art. 13 Cost. Specialmente, a proposito delle norme qui contenute, si discute molto sui criteri di demarcazione fra la sfera della libertà personale ivi tutelata ed altre sfere di libertà anch’esse direttamente coinvolte nel processo penale.

In primis, sono controversi i rapporti intercorrenti tra la libertà in oggetto e quella di circolazione (salvaguardata dall’art. 16 Cost.); tanto che, a tutt’oggi, non si è ancora pervenuti ad una soluzione condivisa. A proposito, infatti, sono ipotizzabili situazioni “intermedie”, rispetto alle quali è estremamente problematico capire

⁵ CHIAVARIO, *Processo*

ed., Milano, 1984, 299.

⁶ Recita il comma 1° dell’art.13 Cost.: «La libertà personale è inviolabile».

⁷ AMATO, *Art.13*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1977, 1 ss.

se le stesse siano interessate dall'art. 13 piuttosto che dall'art. 16 Cost. Dal punto di vista dei poteri restrittivi, si tratta di situazioni su cui insistono le misure personali (tipicamente di polizia) implicanti non coercizioni fisiche, ma limitazioni, divieti ed obblighi vari. Sotto il profilo del contenuto di libertà, cioè della sfera individuale interessata, la zona è quella della disponibilità di se medesimi e della stessa dignità della persona. Il problema è quindi capire quale delle due libertà sia coinvolta dalle misure in questione. Sicuramente, lo è la libertà di circolazione; ma, se la libertà personale andasse oltre le coercizioni fisiche ed investisse anche l'integrità morale della persona, non verrebbe essa stessa in gioco, di fronte a limitazioni non meno penetranti (e non meno "degradanti") della soggezione corporale?

L'interrogativo non ha soltanto ragioni sistematico – teoriche, ma investe aspetti pratici assai importanti, che si connettono al diverso regime delle due libertà. La libertà personale è coperta infatti – secondo l'interpretazione oggi prevalente – da una riserva di giurisdizione derogabile solo in via d'urgenza; l'altra è assoggettata, di norma, all'intervento di organi amministrativi. In particolare, in dottrina, è pacifico che l'art. 13 Cost. tuteli la libertà personale intesa come libertà da coercizioni fisiche⁸, e dunque, come "libertà dagli arresti"; ma ad esser oggetto di vivaci dibattiti è stata – ed è tuttora – la possibilità o non che lo stesso articolo protegga anche ulteriori profili della libertà personale, tali da trascendere il riferimento alla dimensione esclusivamente fisica dell'individuo.

Un primo orientamento⁹, muovendo da una lettura restrittiva dell'art. 13, comma 1, Cost., ritiene che tale norma si riferisca esclusivamente

⁸ Tale rilievo si ricava non solo dal testo della norma, che menziona esplicitamente provvedimenti realizzanti una limitazione fisica della persona, ma anche dai lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, laddove nella relazione preliminare "il diritto alla libertà della persona fisica" viene discusso come "inviolabilità dagli arresti".

⁹ Cfr., per tutti, AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 23 ss.

alla libertà fisica, essendo diretta a garantirla contro arbitrarie coercizioni sul corpo. In particolare, vengono distinte le ipotesi in cui il limite viene imposto coattivamente da quelle nelle quali, invece, si ha un semplice vincolo obbligatorio; e ciò sulla base della considerazione per cui i provvedimenti non riguardanti “la libertà dagli arresti” risulterebbero regolati dall’art. 16 Cost. e chiamerebbero in causa la libertà di circolazione.

Per vero, – tuttavia – la rilevanza dell’art. 16 Cost. risulta circoscritta ai casi in cui sussistano “in via generale [...] motivi di sanità o di sicurezza” tali da condurre a restringere la libertà di circolazione; invece, in tutti i casi nei quali, per contro, le limitazioni a tale libertà siano diversamente motivate – come avviene a proposito delle misure coercitive nel procedimento penale – pare inevitabile presupporre l’operatività dell’art. 13 Cost.: se l’art. 16 Cost. costituisse davvero la sede costituzionale esclusiva della regolamentazione della libertà di circolazione, dovrebbero conseguentemente ritenersi inammissibili provvedimenti limitativi disposti per fini non contemplati *expressis verbis* nello stesso art. 16 Cost.¹⁰

In ogni caso, non si disconosce che la Costituzione tuteli l’ulteriore profilo della libertà morale; ma si ritiene che questa, lungi dal ricevere la tutela apprestata dall’art. 13 Cost., sia destinataria di una protezione – sicuramente, meno intensa – da parte di altre norme costituzionali. In particolare, in riferimento alla stessa libertà, la norma di elezione sarebbe l’art. 23 Cost., dove è assicurata la garanzia della sola riserva di legge affinché possano essere imposte prestazioni personali e patrimoniali¹¹. Viene, al riguardo, sottolineato come non sia privo di

¹⁰ MARZADURI, *L’applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell’imputato*, Milano, 1985, 57 ss.

¹¹ DI NICOLA, *La libertà personale dell’imputato*, Salerno, 1989, 13.

significato il fatto che il Costituente, nel delineare il catalogo delle libertà civili all'interno della Carta fondamentale, dopo aver dettato in via prioritaria la disciplina della libertà personale, le abbia di seguito affiancato quella della libertà di domicilio (art. 14), della libertà di corrispondenza (art. 15), nonché della libertà di circolazione e di espatrio (art.16): tutte forme di libertà che, se non fossero state riconosciute e garantite in via autonoma, sarebbero state da ricondurre – verosimilmente – ad 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 libertà in oggetto¹².

Questa scelta sistematica di enucleazione e di specificazione, nel testo costituzionale, di singole figure di libertà attinenti alla persona, ma distinte dalla libertà personale, combinandosi con l'ulteriore cospicuo ventaglio di libertà tutelate nel medesimo contesto, in quanto più ampia proiezione della personalità individuale – dalla libertà di riunione (art. 17) e di associazione (art. 18), alla libertà religiosa (art. 19) e a quella di manifestazione del pensiero (art. 21) – viene in definitiva a confermare l'intenzione legislativa di riferire l'art. 13 Cost. soprattutto, se non esclusivamente, alla tutela della libertà personale intesa quale libertà da coercizioni fisiche o materiali. In altri termini, le situazioni e le vicende “coperte” dalle garanzie dettate dall'art. 13 Cost. sono, in linea di massima, quelle legate alla fenomenologia del procedimento penale: dalla fase delle indagini della polizia giudiziaria e del pubblico ministero a quella caratterizzata dall'intervento del giudice, fino a quella dell'esecuzione dell'eventuale condanna a una pena detentiva¹³.

¹² CARETTI, *Libertà personale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1994, 231ss.

¹³ BRESCIANI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol.VII, Torino, 1993, 443 ss.

A sostegno dell'interpretazione restrittiva si è affermato, inoltre, che solo quest'ultima consente in concreto di assicurare la piena effettività del principio dell'inviolabilità personale; invece, accogliere le ricostruzioni che ricomprendono nella sfera di operatività del predetto articolo anche misure obbligatorie determina un'incertezza esegetica destinata a tradursi, nel concreto, in un serio indebolimento della tutela costituzionale dei diritti di libertà. Difatti, se si considerassero lesive della libertà personale tutte le misure, sia coercitive che obbligatorie, tali da comportare una degradazione giuridica del soggetto colpito o un rilevante livello di assoggettamento all'altrui volere, le garanzie della riserva assoluta di legge e della riserva di giurisdizione potrebbero non trovare applicazione nel caso di interventi coercitivi non degradanti, o che comunque comportassero un grado di coazione fisica non equiparabile all'arresto¹⁴.

In diversa prospettiva si colloca l'orientamento¹⁵ secondo il quale un provvedimento va ritenuto restrittivo della libertà personale non in considerazione della qualità e gravosità dei limiti che esso impone, bensì in base alla possibilità che, attraverso la limitazione della libera disponibilità della propria persona, si venga ad incidere sulla personalità morale e sulla dignità sociale del singolo; in particolare, riguardo ai rapporti tra l'art. 13 e l'art. 16 Cost., si afferma che, qualora i limiti alla libertà di circolazione siano stati imposti “solo per esigenze oggettive, svincolate, cioè, da motivi riferibili alle condizioni personali del destinatario”, si rientra nell'ambito dell'art. 16; invece, ove la limitazione alla libertà del singolo di circolare e soggiornare venga “giustificata dalla sua pericolosità sociale, e quindi dalle sue

¹⁴ In questi termini FILIPPETTA, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in NANIA-RIDOLA, *I diritti costituzionali*, II volume, Torino, 2006, 561.

¹⁵ BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 119 ss.

particolari qualità morali”, si configura una restrizione della libertà personale, bisognosa della tutela di cui all’art. 13 Cost.

Ancora, è stato da altri sostenuto che l’apparato garantista dell’art. 13 Cost. si deve attivare “sia ogni qualvolta si configuri un’ipotesi di coercizione fisica, sia allorché il provvedimento autoritativo, pur esibendo contenuto esclusivamente obbligatorio o pur investendo la sfera economico-patrimoniale del soggetto, si riconnetta alla valutazione di disvalore circa la personalità e la pericolosità del destinatario”¹⁶.

Ulteriore impostazione, favorevole ad un’interpretazione estensiva del concetto di libertà personale, è quella secondo la quale quest’ultima include, oltre al profilo concernente la dimensione fisica, anche la c.d. “libertà morale”¹⁷. In questo senso, si adduce che oggetto della tutela assicurata dall’art. 13 Cost. è anche la libertà di autodeterminarsi psichicamente in ordine alle proprie azioni¹⁸. La necessità di sostenere un’ampia nozione di libertà personale si fonda, quindi, sulla considerazione per cui il potere della persona di disporre liberamente del suo essere fisico è coercibile non solo mediante atti di coazione materiale, ma anche attraverso l’imposizione di obblighi incidenti, tramite la sfera psichica dell’individuo, su tale potere¹⁹; obblighi che, pertanto, potrebbero essere imposti solo nel rispetto delle garanzie previste dall’art. 13 Cost. In questa ottica, la dottrina

¹⁶ Sempre nel senso che la libertà personale sia una pretesa a che non vengano posti, se non nel rispetto dell’art. 13 Cost., limitazioni incidenti sulla dignità sociale, si veda, dunque, NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, 69.

¹⁷ Su tale concetto si veda, per tutti, VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, V, Padova, 1958, 365; ID., *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in *Scritti giuridici in memoria di F. Vassalli*, Torino, 1960, 1629.

¹⁸ BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 111; GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell’imprenditore fallito*, *GCost*, 1962, 205; GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, II, Milano, 1967, 40; MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, *GCost*, 1960, 683.

¹⁹ FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009, 40; MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Milano, 1985, 191.

più recente²⁰ ha ritenuto che la nozione di libertà personale debba conquistare spazi positivi, aprendosi a tutte le dinamiche che la coinvolgono. Il suo ampliamento viene giustificato con la convinzione secondo cui la libertà personale è – nell’ottica dell’art. 2 Cost. (che riconosce e tutela, in via generale, l’inviolabilità dei diritti dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge e si realizza la sua personalità) – un valore ancorato alla persona umana intesa in senso dinamico. Il concetto, dunque, travalica il mero riferimento all’arresto, comprendendo sia la libertà fisica sia la libertà morale, profili coesenziali alla personalità dell’individuo ed entrambi caratteristici del valore coinvolto. La lapidaria, ma efficace, definizione di inviolabilità della libertà personale si riferisce, dunque, al bene inteso nella sua ampia latitudine, coincidente con il progetto di tutela massima introdotto dall’art. 2 Cost. Quest’ultima disposizione – come più volte sottolineato²¹ in dottrina – non ha un valore puramente riassuntivo delle libertà espressamente tutelate nelle altre norme della Costituzione, poiché una simile funzione sarebbe oggettivamente inutile. La disposizione deve essere intesa, quindi, come una ‘clausola aperta’ ad altri valori e a nuove libertà emergenti dalla coscienza sociale, dai principi e dagli orientamenti dell’ordinamento, capace di adeguarsi all’evoluzione dei valori fondamentali della persona frutto della naturale dinamica sociale. Per questa peculiarità, la stessa disposizione riesce a garantire i diritti non tradotti in modo specifico in altre norme costituzionali; ha, cioè, la capacità di ricomprendere i “valori di libertà” emergenti a livello di costituzione materiale e

²⁰ DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, 193 ss.

²¹ Per una messa a punto più completa del ruolo ricoperto dall’art. 2 Cost. cfr. BARBERA, *Commento all’art. 2 Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, artt. 1-12, Bologna, 1975, 50 ss.; ESPOSITO, *La Costituzione italiana: Saggi*, Padova, 1954, 22 ss.; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1960, 1038 ss.; TREVES, *Lezioni di diritto pubblico*, 232.

l'idoneità a raccogliere i diritti consacrati in atti e convenzioni internazionali²².

Detta peculiarità consente di riconoscere e tutelare tutti i diritti inviolabili dell'individuo e di affidare alla disposizione il ruolo di pilastro dell'ordinamento giuridico; così che essa rappresenti il generico, ma forte e fondamentale, richiamo al necessario ed inderogabile rispetto di tutti i diritti inviolabili dell'uomo; e ciò soprattutto nel versante dinamico, ove la necessità di tutelare lo "svolgersi" della personalità (il suo divenire) può costituire il presupposto di eventuali modifiche alle modalità di tutela scelte dal costituente; e – soprattutto – la stessa esigenza può rendere l'art. 2 "il raccoglitore" dei diritti non contemplati specificamente, frutto degli inevitabili sviluppi culturali, politici e sociali²³.

Questa connotazione dimostra l'attuale validità e, soprattutto, la forza della disposizione in oggetto, che consente di adeguare l'ordinamento alla naturale evoluzione della società. È storicamente ben visibile, infatti, il progressivo, naturale arricchimento del novero dei diritti inviolabili dell'uomo quale effetto diretto e proporzionale della crescita sociale, economica e culturale della nostra comunità. Questo fenomeno sollecita la valorizzazione di una disposizione capace di garantire l'immediato recepimento, al massimo livello giuridico (quello costituzionale), dei nuovi diritti. Ugualmente, l'evoluzione culturale e normativa internazionali spesso scoprono (ed elaborano) nuovi diritti e nuove libertà, da annoverare, per la loro intrinseca natura e per la loro diretta riconducibilità alla persona umana, senza alcun dubbio, nell'ambito dei diritti inviolabili. La qualificazione di un diritto come inviolabile è, infatti, diretta

²² Per una più puntuale ed ampia esplicazione di questi profili si veda DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, cit., 176 ss.

²³ Così, AA.VV., *La procedura penale*, a cura di RICCIO, SPANGHER, Napoli, 2002, 208.

conseguenza del suo riconoscimento quale essenziale profilo di tutela dell'individuo. E, alle volte, tale aspetto emerge prima nella coscienza sociale e nella cultura, e solo dopo viene apprezzato dal diritto. Per tutti questi casi, la Costituzione ha creato, con l'art. 2, un meccanismo "automatico" ed "immediato", diretto a recepire tali valori e ad apprestare la massima tutela possibile.

Questa soluzione sembra confermata dalla particolare collocazione topografica della norma *de qua*, posta subito dopo la solenne proclamazione della sovranità popolare nonché della forma repubblicana e democratica dello Stato; ed immediatamente prima della enunciazione del fondamentale principio di uguaglianza. Se l'art. 2 fosse una clausola meramente riassuntiva²⁴ delle libertà e dei diritti altrove regolati, esso sarebbe, infatti, non solo superfluo, ma anche collocato arbitrariamente nella parte iniziale della Carta, tra due autentici pilastri della democrazia. L'ubicazione adottata dimostra, invece, la forte preoccupazione di stabilire preliminarmente il riconoscimento e la garanzia di tutti i diritti inviolabili, e di ancorare tale operazione al completo sviluppo della personalità; per poi, nelle successive parti del testo costituzionale, elencare i diritti e le libertà allo stato giuridicamente e culturalmente definite – regolamentandole specificamente – anche attraverso l'individuazione di legittimi limiti o peculiari modalità; ma senza la pretesa di fissare definitivamente una elencazione esaustiva ed assoluta, posto che l'evoluzione storica e sociale inevitabilmente propone nuove forme e nuovi versanti degni di attenzione e tutela. Per questa ragione, la norma appare correttamente

²⁴ Nel senso della natura ricognitiva della disposizione si esprime tuttavia PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1990, 7. Ne consegue che, secondo questa analisi, il riconoscimento di nuovi diritti deve ritenersi precluso poiché, in caso contrario, *si verrebbero a determinare* insanabili antinomie con altre norme costituzionali sulla base del ragionamento secondo cui all'affermazione di un diritto consegue automaticamente l'imposizione di un corrispondente obbligo a carico di qualcuno. Pertanto l'esistenza di nuovi diritti può essere sancita solo dal legislatore e gli stessi potranno assumere rango costituzionale solo a seguito di una legge adottata secondo le procedure di cui all'art. 138, Cost. In tal senso anche MAZZIOTTI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, 1993, 58-59.

inserita nella topografia costituzionale, condividendo con le prime disposizioni il ruolo centrale ed essenziale ad esse affidato. La ragion d'essere della clausola non è solo quella della (potenziale) individuazione di nuovi diritti inviolabili, ma anche quella di regolare la (possibile) variazione di ampiezza del singolo diritto, anch'essa determinata dall'evoluzione culturale e sociale. Può avvenire, cioè, col passare del tempo, anche che muti la dimensione di un diritto già riconosciuto, sicché una eccezione o una riserva prima ritenuta corretta perda l'iniziale giustificazione; o viceversa.

L'art. 2 Cost. diviene, in tal modo, una norma centrale anche in tema di libertà personale. Esso consente, cioè, l'adeguamento dell'ordinamento alla libertà personale secondo la sua moderna considerazione. In particolare, – sotto il profilo della ricostruzione del principio – tale regola, se letta in combinato disposto con l'art. 27, comma 2 e 3, Cost.²⁵, libera l'attività interpretativa dai limiti che deriverebbero dal mero riferimento all'art. 13 Cost.; i quali confini, per troppo tempo, hanno condizionato il dibattito scientifico e culturale sul tema. Per quanto concerne la libertà personale – riconosciuta con riferimento allo sviluppo della personalità dell'uomo – il problema non è solo quello di garantirla dagli arresti illegali e ingiustificati o dalle forme di coazione minori, ma è anche quello di assicurarle uno sviluppo capace di realizzare il programma costituzionale.

Sotto questo aspetto, il contenuto minimo dell'invulnerabilità è rappresentato dal diritto di non essere privati della libertà fisica o morale senza una (valida) ragione corrispondente all'esigenza di tutelare eguali valori costituzionali. Ma non basta. Nella formazione

²⁵ L'art. 27, 2° comma Cost. recita: “L'imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva”; e al 3° comma: “Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”.

della personalità individuale, tale evoluzione dinamica evidenzia la necessità che la società si organizzi per rendere effettiva quella tutela. In tal senso, l'art. 2 Cost. garantisce, sì, la libertà personale dall'arresto illegittimo (momento riferito essenzialmente all'imputato); ma anche, contemporaneamente, tutela il diritto alla sicurezza, esige l'assenza dal territorio di forme di criminalità condizionanti il pieno sviluppo della persona e, di conseguenza, richiede il corretto funzionamento delle istituzioni deputate alla gestione dei bisogni dei singoli ed alla soluzione dei conflitti sociali.

In sintesi – secondo questa dottrina – alla libertà personale fanno capo due profili essenziali: l'aspetto statico, che si manifesta come libertà da forme di coazione (ed in particolare, ma non solo, dagli arresti), posizione individualistica comune ad altri diritti; la direzione dinamica coniuga, invece, libertà e sicurezza come presupposti dello sviluppo della personalità, ed ha, in questo senso, una prevalente dimensione collettiva. L'art. 2 Cost., dunque, è la disposizione chiave anche in tema di libertà personale, dal momento che propone un progetto di tutela generale ed onnicomprensivo senza il quale il bene personale perderebbe valore; stabilisce il valore fondamentale dei diritti inviolabili; assegna alla libertà personale – unitamente con l'art. 13 Cost. – un significato assoluto; la collega allo sviluppo della personalità dell'individuo; ne riconosce la duplice valenza e gli ambiti rispetto alla sua evoluzione e alle sue possibili limitazioni.

La dimensione ampia e totalizzante dell'art. 2 Cost., non può non contemplare il coesistente versante dei «doveri inderogabili di solidarietà sociale, politica ed economica» richiesti dallo Stato ai cittadini. In tal modo, i necessari limiti alla libertà personale devono trovare giustificazione nell'adempimento dei richiamati doveri di solidarietà, che costituiscono gli ambiti selezionati di possibile

riduzione della valenza del bene; nell'ottica, però, del pieno sviluppo della personalità²⁶.

In definitiva, a fronte di un così variegato ventaglio di possibili accezioni del concetto di libertà personale, e considerato che gli stessi elementi testuali ricavabili dall'art. 13 Cost. si prestano ad opposte letture (in proposito basta pensare all'inciso "qualsiasi altra restrizione della libertà personale" di cui al comma 2, che potrebbe alludere tanto a misure diverse da quelle fisicamente coercitive espressamente elencate nella stessa disposizione, quanto a misure ulteriori rispetto alla detenzione, ispezione e perquisizione, ma sempre riconducibili alla coercizione fisica²⁷; analogamente il divieto di sottoporre la persona ristretta a violenze fisiche e morali di cui all'art. 13, comma 4, Cost. potrebbe essere un argomento a sostegno della concezione estensiva della libertà personale o, al contrario, venir impiegato per accreditare l'opposta concezione: si sostiene, da un canto, che nel prevedere una tutela delle persone "comunque sottoposte a restrizioni della libertà personale" la norma costituzionale conferma che la fattispecie presa in considerazione dall'articolo è quella della coercizione fisica²⁸; laddove, d'altro canto, si ritiene che il disposto dell'art. 13, comma 4, Cost. non espliciti, bensì presupponga la nozione di libertà personale)²⁹, è parso a taluno più proficuo abbandonare la ricerca di una nozione aprioristica e assoluta di libertà personale, a favore di una interpretazione dinamica delle norme costituzionali: il bene tutelato nell'art. 13 si presterebbe, cioè, ad essere sacrificato sia da misure che si risolvono in un vero e proprio stato di coazione per il destinatario, quanto da altri strumenti, che si

²⁶ DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da SPANGHER, vol. II, tomo II, *Le misure cautelari*, a cura di SCALFATI, UTET, 2008, 11 ss.

²⁷ PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, EdD, Milano, 1974, 289.

²⁸ ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, *GCost*, 1964, 949.

²⁹ PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, Parte speciale, Padova, 1992, 172.

concretizzano nell'assoggettamento ad obblighi o a divieti "purché ne risulti la diretta e specifica funzionalizzazione alle esigenze di un procedimento penale in corso"³⁰.

Per ciò che concerne la concezione di libertà personale accolta col vigente codice di procedura penale, utili indicazioni possono essere tratte specialmente dal Titolo I del suo libro IV (dedicato alle misure cautelari personali); ove, peraltro, non sono state collocate tutte le possibili ipotesi di limitazione della libertà tutelata dall'art. 13 Cost. Nel predisporre un articolato insieme di strumenti coercitivi – rispetto ai quali la custodia cautelare si configura come la più gravosa ed afflittiva misura – il codice di rito sembra aver accolto la concezione in base alla quale la restrizione della libertà personale non è realizzata solo dalla completa privazione della libertà fisica, ma anche da quelle altre forme coercitive che sono integrate dalle corrispondenti misure³¹.

Al contempo, la normativa del libro IV induce ad escludere la riconducibilità alle restrizioni della libertà personale delle misure interdittive; benché queste, nel porre limitazioni all'esercizio di talune importanti facoltà relative alla capacità giuridica individuale e al lavoro, incidano sulla dignità sociale e giuridica dell'imputato o dell'indagato³²: la sostanziale estraneità di tali provvedimenti al novero delle situazioni di privazione della libertà personale è desumibile non solo dalla collocazione topografica dei medesimi – disciplinati in un capo autonomo rispetto a quello delle misure coercitive –, ma soprattutto dal disposto dell'art. 272; quest'ultimo, infatti, nel riferirsi, al plurale, alle "libertà della persona" (piuttosto

³⁰ BRESCIANI, *Libertà personale dell'imputato*, *Dpen*, VII, Torino, 1992, 446; in senso analogo si era espresso anche BRICOLA, *Forme di tutela ante-delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, 69.

³¹ Nella *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *GU* 24 ottobre 1988, Suppl. ord. n. 2, 73 si era osservato, a proposito del divieto di espatrio, che "soltanto adottando un'accezione molto lata di libertà personale" quella misura poteva essere ricondotta tra i provvedimenti limitativi della libertà personale.

³² MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, *Dpen*, VIII, Torino, 1994, 63.

che alla “libertà personale”), denota la consapevolezza della presenza, nel titolo dedicato alle cautele personali, di strumenti non incidenti sulla libertà personale in senso stretto³³. In definitiva, il suddetto libro IV attribuisce alla libertà personale un significato più ampio rispetto a quello di “libertà dagli arresti”; ma non giunge fino a ricondurvi le limitazioni ed i divieti in cui si sostanziano le misure interdittive.

Si è sostenuto, pertanto, che la libertà personale è intesa, nel sistema codicistico, come “libertà di disposizione della persona nello spazio”³⁴.

Un'altra dottrina, però, andando di contrario avviso, ritiene invece che la libertà di cui all'art. 13 Cost. sia interessata solo dalle misure custodiali, mentre le altre misure coercitive riguardino la libertà di movimento e di circolazione³⁵.

È palese – quale che sia la concezione di libertà personale accolta nella formula d'esordio dell'art. 13 Cost. – che il diritto *de quo* si iscrive – al pari della libertà di domicilio e della libertà e segretezza delle comunicazioni – nel novero delle prerogative inviolabili dell'uomo riconosciute e garantite dall'art. 2 Cost. L'attribuzione di inviolabilità alla libertà in esame, nel ricollegarsi all'opzione personalistica espressa nell'art. 2 Cost., si arricchisce di significato ed implicazioni ulteriori, se rapportata al peculiare oggetto ed al contenuto delle libertà di cui si predica in modo specifico la natura inviolabile.

Quanto al profilo dell'oggetto, è agevole constatare che la libertà personale, nel riferirsi ad un bene in senso naturalistico essenziale alla tutela dell'individuo, si caratterizza per essere primordiale e strumentale rispetto a qualsiasi altra libertà civile; ed invero, essendo

³³ PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano, 1992, 80.

³⁴ MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, cit., 63.

³⁵ FERRAIOLI, *Misure cautelari*, EGT, XXII, Roma, 1996, 4.

immediatamente riconducibile alla persona umana, di cui investe la dimensione fisica (art.13), tale libertà costituisce, altresì, il tramite necessario per il godimento di qualsiasi altra situazione soggettiva in cui può esplicarsi la personalità del singolo; difatti, ben poco senso avrebbe riconoscere un diritto o una libertà che presuppone quella personale se non vi fosse alcuna efficace tutela di quest'ultima.

Sotto altro profilo, la libertà disciplinata nell'art. 13 Cost. (insieme a quelle considerate dagli artt. 14 e 15 della stessa Carta fondamentale) è quella più pericolosamente esposta a "limitazioni più o meno estese in nome dell'efficienza del processo"³⁶: la ricostruzione dei fatti e l'accertamento della responsabilità penale, nel porsi come precipue finalità del rito penale, postulano di frequente l'impiego di strumenti e meccanismi processuali potenzialmente lesivi di diritti e garanzie fondamentali, soprattutto nei confronti dell'imputato. La circostanza che la libertà personale (unitamente a quelle espresse negli art. 14 e 15 Cost.), destinata per il proprio oggetto ad includere i profili più intimi e fondamentali dell'individuo, sia la libertà la cui limitazione può risultare di estremo ausilio per assecondare esigenze di matrice pubblicistica, consente di comprendere le ragioni che hanno indotto il Costituente a riservarle un'articolata disciplina, finalizzata a risolvere conflitti di interesse di un simile spessore: l'accennata situazione di conflitto tra esigenze per più versi antitetiche, ma egualmente meritevoli di tutela, fa da sfondo alla disciplina dettata nell'art. 13, nonché negli artt. 14 e 15 Cost.; nel senso che la Carta fondamentale, pur prevedendo la possibilità di restrizioni a tali libertà personale in vista del soddisfacimento di interessi di natura pubblicistica, detta un copioso corredo di garanzie; precedute, peraltro, dal riconoscimento del carattere inviolabile delle libertà in esame; operazione attraverso la

³⁶ FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2004, 40.

quale si attribuisce alle medesime una tendenziale priorità sui rispettivi limiti, che impone di preferirla a questi ultimi quanto meno nelle ipotesi di dubbio, sia evitandone il sacrificio – quando sia questa la questione – sia, ad un diverso livello, fornendole il più efficiente degli strumenti di tutela fra quanti ne offre di volta in volta l'ordinamento.

Oltre alle riserve di legge e di giurisdizione e all'obbligo di motivazione, le garanzie dettate nell'art. 13 Cost. fanno perno, dunque, sull'uso dell'attributo "inviolabile", che – nel tradurre la più generale presa di posizione a favore dei diritti ricollegabili allo sviluppo della personalità del singolo, espressa nell'art. 2 Cost. – si atteggia, in relazione alla libertà considerata, a "selettore automatico della soluzione più favorevole"³⁷, con riferimento a tutte le situazioni di dubbio tra il rispettivo limite e la libertà inviolabile; e come baluardo nei confronti della possibilità di una totale soppressione della stessa, perfino nelle situazioni in cui è ammessa una parziale compressione: "la libertà personale si configura come una sfera di autonomia suscettibile bensì di compressione, ma tale da tendere a mantenersi espansa e munita perciò degli strumenti giuridici per farlo"³⁸. Ne è indice specificativo proprio l'art. 13, comma 4, Cost.: il principio per cui «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà», finalizzato a tutelare la personalità del singolo nell'ottica dell'art. 2 Cost., evidenzia come, pur essendo comprimibile nelle forme e nei limiti autorizzati dal sistema, la libertà personale sia bene dalla consistenza elastica e, perciò, non espropriabile per intero; sicché residueranno pur sempre – anche nell'ipotesi estrema dello *status custodiae* – margini

³⁷ AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 323.

³⁸ AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 370.

insopprimibili di libertà residue; la cui arbitraria aggressione risulterà non solo vietata ma anche punita dall'ordinamento.³⁹

Posto che il divieto dell'art. 13, comma 4, Cost. riguarda tanto le violenze fisiche che quelle morali, deve escludersi la legittimità costituzionale di qualsiasi forma di coercizione che sia idonea ad annullare l'autonomia psichica di chi la subisce⁴⁰. In sostanza, la scelta del Costituente di ribadire, nell'*incipit* dell'art. 13 Cost., il carattere dell'inviolabilità si traduce in una precisa scelta metodologica, destinata ad indirizzare e a condizionare le possibili opzioni legislative: pur potendosi prevedere restrizioni alla libertà ivi tutelata, occorre comunque assicurare quel nucleo essenziale di garanzie che consenta di far prevalere la tutela di tale medesima libertà rispetto ai limiti eventualmente apposti nel rispetto del tracciato costituzionale.

Si sottolinea, inoltre, come, sotto un profilo più generale, l'attribuzione del carattere di inviolabilità rilevi anche per quanto concerne i limiti alla revisione costituzionale: questi, in riferimento a quei diritti "specificamente e singolarmente chiamati inviolabili dallo stesso testo costituzionale", attengono non solo all'esistenza del diritto, ma all'intera disciplina dettata dalla Carta fondamentale. Al riguardo, è stato sottolineato come "la sottrazione alla competenza del potere di revisione abbracci il diritto in sé, in una visione analitica e non già globale e collettiva; concerna anche il modo e non soltanto il principio

³⁹ Una chiave di lettura omogenea suggerisce, d'altronde, la regola sancita dall'art. 277 c.p.p., ove si prevede che «le modalità di esecuzione delle misure devono salvaguardare i diritti della persona ad esse sottoposta, il cui esercizio non sia incompatibile con le esigenze cautelari del caso concreto». La previsione, si ricollega a sua volta anche all'art. 27, 3° comma, Cost. ove è sancito il divieto di pene contrarie al senso di umanità.

⁴⁰ MAINARDIS, Sub *art. 13 Cost.*, in CRISAFULLI-PALADIN-BARTOLE-BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, volume II, Padova, 2008, 112.

della sua esistenza; consideri ed irrigidisca, insomma, l'intera disciplina al riguardo costituzionalmente fissata"⁴¹.

I diritti qualificati inviolabili, fanno parte, inoltre, di quel "nucleo di principi supremi che resistono all'osmosi con altri ordinamenti, pur quando è consentita dalla Costituzione"⁴², e che si impongono nei confronti di tutti i soggetti, e non solo del potere pubblico⁴³. Rispetto al principio enunciato dal comma 1 dell'art.13 Cost., la disciplina contenuta nel comma 2 dello stesso articolo assume un'importanza fondamentale, in quanto delinea l'ambito delle compressioni che – stando al disegno costituzionale – la libertà personale può legittimamente subire, ovviamente, in chiave derogatoria rispetto alla regola della sua inviolabilità. Ed è qui, per l'appunto, che la Costituzione – rivolgendosi anzitutto al legislatore ordinario per vincolarne la sfera di discrezionalità – sancisce le due più qualificanti garanzie a tutela della libertà personale: la previsione della riserva di legge e quella della riserva di giurisdizione, in rapporto a ogni atto limitativo di tale libertà. Più precisamente, stabilendo in linea di principio, quale ovvio corollario del comma 1, che «non è ammessa alcuna forma di detenzione, di ispezione o perquisizione personale» – ma ammettendo subito dopo la legittimità delle corrispondenti limitazioni in quanto operate «per atto motivato dell'autorità giudiziaria» e «nei soli casi e modi previsti dalla legge» – il comma 2 dell'art. 13 definisce con chiarezza i presupposti in presenza dei quali soltanto può addivenirsi al sacrificio della libertà in oggetto. Con l'ulteriore specificazione – per quanto riguarda l'area di incidenza della garanzia – che, attraverso la formula di chiusura concernente «qualsiasi altra restrizione della libertà personale», lo stesso art. 13,

⁴¹ GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 171-172.

⁴² CERRI, *Libertà II) libertà personale - dir. cost., EGT, XXI*, Roma, 1991, 10.

⁴³ C Cost. 122/1970, *GCost* 1970, 1529.

comma 2, mostra di voler andare al di là delle fattispecie precedentemente richiamate in via esemplificativa, con prevalente riferimento alla fenomenologia del procedimento penale⁴⁴. Nondimeno, proprio l'espressa menzione delle medesime fattispecie, manifestamente indicative di situazioni di coercizione personale in senso fisico, denota bene quale sia stato l'oggetto della tutela al centro dell'interesse del costituente⁴⁵. Più in particolare, quella posta dall'art. 13, comma 2, Cost. è una riserva assoluta di legge statale: si attribuisce esclusivamente a quest'ultima e agli atti ad essa equiparati la disciplina delle limitazioni alla libertà personale, escludendo che sulla materia si possa intervenire con altre fonti subordinate (salvi i regolamenti di stretta esecuzione)⁴⁶. È bandita, pertanto, “ogni *interpositio* di discrezionalità amministrativa tra norma ed atto applicativo”⁴⁷.

La riserva di legge in questione sembra avere anche carattere rinforzato, dal momento che pone precisi vincoli per il legislatore ordinario: le limitazioni alla libertà personale devono essere specificate dalla legge non solo in relazione ai casi, ma anche con riferimento ai modi in cui possono essere realizzate⁴⁸, definendone sia, da un canto, i presupposti e le finalità, sia, dall'altro, le forme e le procedure strumentali ai relativi provvedimenti; e possono essere previste esclusivamente per il perseguimento di fini previsti dalla Costituzione. In effetti, è stato sostenuto che l'art. 13 Cost. si limita a porre una disciplina di carattere procedimentale e “servente”,

⁴⁴ AMATO, *Art. 13*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili* (a cura di BRANCA), Bologna-Roma 1977, 51.

⁴⁵ CARETTI, *Libertà personale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1994, 234.

⁴⁶ Così, da ultimo, RUOTOLO, *Sub art. 13 Cost.*, in BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, I, Milano, 2006, 325.

⁴⁷ CERRI, *Libertà II) libertà personale - dir. cost.*, *EGT*, XXI, Roma, 1991, 10.

⁴⁸ CERRI, in *Libertà II) libertà personale - dir. cost.*, cit., 10-11, afferma che la precisazione dei modi “evoca la problematica del processo, del contraddittorio, del diritto di difesa, della indipendenza del giudice, certamente autonoma, e tuttavia in realtà indissolubilmente connessa con quella della libertà in esame”.

imponendo al legislatore uno schema da seguire per la previsione di restrizioni *de libertate*; mentre le finalità in vista delle quali si può restringere la libertà in oggetto risultano dagli artt. 25, 30 e 32 Cost., che vengono a costituire il profilo sostanziale della riserva di legge rinforzata⁴⁹. L'opinione contraria, che ravvisa nell'art. 13 Cost. un "vuoto dei fini" e ritiene che il legislatore sia libero di prevedere per qualsiasi finalità forme di coercizione personale, rischia di legittimare un'interpretazione parzialmente ablativa della valenza garantista della disposizione: questa avrebbe proclamato la inviolabilità della libertà personale per poi dotarla, nei confronti del legislatore, di una protezione addirittura ridotta rispetto a quella assicurata dall'art. 16 Cost. alla libertà di circolazione, che può essere limitata dalla legge solo in via generale e per motivi di sanità o di sicurezza. Questa opinione, però, non è condivisa da un'altra parte della dottrina, che – negato il carattere rinforzato alla riserva di legge stabilita dall'art. 13 – sostiene che il legislatore è libero di prevedere restrizioni della libertà personale, "anche per motivi ulteriori [...] per esempio motivi di buon costume, fini economici e fiscali, finalità di giustizia civile, di sicurezza pubblica"⁵⁰.

L'altra fondamentale garanzia posta a presidio della libertà personale è la riserva di giurisdizione, in base alla quale le corrispondenti restrizioni possono essere disposte solo con atto motivato dell'autorità giudiziaria. Va subito sottolineato come, sin dall'inizio del dibattito, la dottrina si fosse posta il problema di dar contenuto alla formula "autorità giudiziaria" che compare nell'art. 13, comma 2, Cost. In particolare, ci si interrogava sulla possibilità o meno di

⁴⁹ In tal senso ELIA, in *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 8 e 23, ravvisa nei soli fini indicati negli artt. 25, 30 e 32 Cost. le finalità che legittimano restrizioni della libertà personale, vale a dire per la repressione dei reati, per l'educazione dei minori e per la tutela della salute; ma anche BARILE, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 116.

⁵⁰ PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, II*, Parte speciale, Padova, 1992, 191; MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 191.

riferire l'espressione utilizzata dal Costituente anche al pubblico ministero, oltre che ovviamente al giudice. Con ogni probabilità il costituente, a fronte del sistema processuale all'epoca vigente, si accontentò della garanzia rappresentata dall'intervento, iniziale o successivo, di un magistrato, come tale appartenente «ad ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere» (art. 104, comma 1 della Carta fondamentale), senza prendere posizione fra magistratura requirente e magistratura giudicante⁵¹. Sulla base di tale rilievo, vigente il codice del 1930, l'orientamento interpretativo prevalente ha ritenuto che la locuzione in questione fosse riferibile anche al pubblico ministero⁵²; nondimeno, una dottrina minoritaria si esprimeva, invece, nel senso che gli organi del pubblico ministero non fossero compresi nell'espressione “autorità giudiziaria”⁵³; altro autorevole orientamento, poi, pur propendendo per l'interpretazione estensiva, aveva, peraltro, sottolineato come l'esegesi restrittiva fosse condivisibile, nella misura in cui faceva risaltare “una significativa propensione del sistema costituzionale per l'affidamento di quel potere al giudice, cioè ad un organo assolutamente *super partes*, piuttosto che ad una parte parziale, quale è quella del pubblico ministero”⁵⁴.

La soluzione più rigoristica è stata accolta, in linea di massima, dal codice di rito del 1988: questo – in base al principio della separazione delle funzioni e accentuato il ruolo di parte del pubblico ministero – attribuisce tendenzialmente, o quantomeno in ordine ai provvedimenti

⁵¹ GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 75.

⁵² Tra gli altri si esprimeva a favore di questa interpretazione legislativa AMATO, in *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 388; ma anche BARILE, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 116.

⁵³ In tal senso GALEOTTI, in *La libertà personale*, Milano, 1953, 99; nonché TAORMINA, in *Tutela costituzionale della libertà personale*, GP, 1974, III, 27.

⁵⁴ GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., 74.

coercitivi più invasivi⁵⁵, solo al giudice il potere di incidere sulla libertà personale. Residuano, tuttavia, anche nel codice vigente, alcuni poteri coercitivi attribuiti direttamente al pubblico ministero; quali, in particolare, quello di disporre le perquisizioni e le ispezioni personali, rispetto alle quali quest'ultimo non deve richiedere la convalida al giudice (come avviene, invece, in tema di misure precautelari o di prelievo coattivo di campioni biologici da persone viventi). Rispetto a tali misure meno invasive, inoltre, non è prevista la ricorribilità per cassazione, che invece è garantita, in generale, dall'art. 111, comma 7, Cost., nei confronti delle sentenze e dei provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali.

Dalla regola dell'art. 111, comma 7, Cost., si è desunta, in particolare, l'esistenza di un sistema diversificato di tutela nei confronti degli atti di coercizione personale; in base al quale la legittimazione ad incidere sulla libertà in oggetto e l'ulteriore garanzia della ricorribilità sono diversamente modulate in relazione al grado di restrizione apportato al bene *de quo*: i provvedimenti restrittivi particolarmente incisivi devono essere emessi dal giudice e sono ricorribili; invece, quelli che, pur incidendo sulla libertà personale, non la comprimono in modo significativo possono essere adottati (nella fase investigativa) dal pubblico ministero e non richiedono di poter essere portati immediatamente al vaglio della Suprema Corte, essendo sufficienti la garanzia della riserva di legge e di "promanazione giudiziaria"⁵⁶.

Più nel dettaglio, si sottolinea come non sembri corretto l'usuale riferimento alla riserva di giurisdizione, in quanto non sarebbe l'art. 13 Cost. a sancire la giurisdizionalizzazione delle misure cautelari

⁵⁵ In tal senso si esprime DE CARO, in *Libertà penale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, 196 ss; ma anche FANUELE, in *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009, 43.

⁵⁶ DE CARO, *Libertà personale (profili costituzionali)*, Dpen, III Agg., I, Torino, 2005, 837.

(cioè delle limitazioni più consistenti alla libertà): per un verso, infatti, col termine “autorità giudiziaria” ci si riferisce anche al pubblico ministero, mentre, per un altro, il principio trova il suo vero fondamento nell’art. 111, comma 7, Cost. È quest’ultima disposizione, infatti, ad avere la fondamentale funzione di sottolineare l’esigenza di giurisdizionalizzazione dei provvedimenti incidenti in modo cospicuo sulla libertà personale⁵⁷; ed essa, laddove richiede che il provvedimento coercitivo, per poter essere impugnato col ricorso per cassazione, sia emesso da un organo giurisdizionale (i.e.: dal giudice e non dal pubblico ministero), lungi dal legittimare competenze *de libertate* in capo ad organi diversi dal giudice, evidenzia l’impossibilità che restrizioni significative della libertà in oggetto siano disposte da autorità differenti da quelle giurisdizionali *stricto sensu*.

In altri termini, se la ricorribilità per cassazione si riferisce ai soli provvedimenti coercitivi che si concretizzano in una limitazione fisica della libertà personale, sono soltanto questi ultimi a soggiacere alla regola secondo cui solo il giudice può incidere – nei casi tassativamente previsti dalla legge e con un provvedimento motivato – sulla libertà fisica, limitandola. Se si legge l’art. 111, comma 7, in combinato disposto con l’art. 13, comma 2, Cost. – che, invece, ammette forme di restrizione della libertà personale disposte, nei casi previsti dalla legge, con provvedimento motivato dell’autorità giudiziaria (e, quindi, anche del pubblico ministero) – si ricava che le “restrizioni significative” (cioè, quelle che ledono in maniera grave la libertà personale, incidendo sulla libertà fisica o di esercizio di prerogative essenziali; in particolare: la custodia cautelare) devono

⁵⁷ RICCIO, *Principio di giurisdizionalità e vincoli alla discrezionalità nell’odierna disciplina della libertà personale*, in *La libertà personale dell’imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di GREVI, Padova, 1989, 17 ss.

essere sempre disposte dal giudice e sono soggette al ricorso diretto per cassazione; mentre quelle minori (come le perquisizioni, l'accompagnamento coattivo, le ispezioni, che determinano una transitoria restrizione della libertà) possono essere disposte anche dal pubblico ministero e non sono ricorribili; non già perché esse non incidano sulla libertà garantita dall'art. 13 Cost., ma piuttosto per ragioni tecniche; in particolare, per il fatto che, una volta avvenuta la compressione della libertà minore, la situazione non è certamente riparabile col ricorso per cassazione; restando, comunque, la possibilità di far valere eventuali doglianze in sede di impugnazione del provvedimento che definisce il giudizio. Del resto, l'art. 13, comma 2, Cost. fa riferimento espressamente alle perquisizioni; eppure è evidente ed indubitabile la non ricorribilità per cassazione del provvedimento che dispone una perquisizione. Quindi, è la nozione di libertà personale recepita dall'art. 111, comma 7, Cost. ad essere più ristretta di quella accolta dalle altre disposizioni costituzionali; e ciò discende da ragioni comprensibili, in quanto non tutte le "piccole restrizioni" meritano di essere portate immediatamente al vaglio della Cassazione; difatti, comunque, quelle stesse questioni possono approdare al giudizio di legittimità unitamente alla sentenza, senza che ciò dia luogo ad un'apprezzabile ulteriore limitazione della libertà del soggetto.

Viceversa, nell'ottica del costituente, la ricorribilità per cassazione dei provvedimenti di coercizione personale legittima ad emetterli solo organi giurisdizionali. Ciò risponde all'esigenza di assicurare una tutela differenziata ed immediata nei confronti delle restrizioni significative della libertà personale. Si tratta, peraltro, di un meccanismo che, giustamente, col tempo si è ritenuto insufficiente; tanto che, negli ultimi decenni, si è focalizzata l'attenzione su più

incisive forme di verifica sul provvedimento, estese anche al merito, tali quindi da travalicare il mero controllo di legittimità, e da realizzare, finalmente, il diritto a far sindacare i provvedimenti coercitivi, emergente dalla Costituzione in esito a quanto disposto nell'art. 111, comma 6, che prevede l'obbligo di motivazione anche di questa tipologia di provvedimenti, vista la loro natura giurisdizionale⁵⁸. Tale clausola, infatti, sarebbe una vana enunciazione di principio, se non mirasse al controllo effettivo del provvedimento, che non può essere se non di merito (sindacato richiesto – come si vedrà –, come specifico profilo di garanzia, anche dalle fonti internazionali).

In definitiva, l'art. 111, comma 7, Cost., va considerato di fondamentale importanza laddove indica la strada della necessaria giurisdizionalizzazione del provvedimento *de libertate*; strada seguita poi, effettivamente, dal legislatore ordinario⁵⁹. La ragione della garanzia, inoltre, suggerisce di non far rientrare tutti i provvedimenti incidenti sulla libertà nell'alveo della competenza del giudice, dal momento che, in alcuni casi, la coercizione è di poco momento ed il corrispondente provvedimento afferisce, di solito, alla fase investigativa (come nel caso delle perquisizioni). In queste situazioni, infatti, la garanzia della doppia riserva di legge e di “promanazione giudiziaria” costituisce una sufficiente tutela della libertà. Si può sostenere, allora, anche nell'ottica appena descritta, che il legislatore costituzionale “ha recepito, nell'ambito dell'art. 13 Cost., una nozione ampia di libertà personale e nel contesto della complessiva tutela del bene, affidata ad una pluralità di disposizioni, ha voluto stabilire, con

⁵⁸ Recita, infatti, l'art. 111, comma 6, Cost.: “Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”.

⁵⁹ Con la legge 330 del 1988, che ha sostanzialmente anticipato le direttrici ideologiche del nuovo codice di procedura penale in materia *de libertate*, si è imposto il principio della giurisdizionalizzazione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale.

la previsione dell'art. 111, comma 7, Cost., la necessaria giurisdizionalizzazione dei percorsi limitativi che più marcatamente incidono sul diritto garantito”⁶⁰.

Infine, è necessario notare che – come già accennato – ogni provvedimento con cui viene disposta una forma di coercizione personale deve essere motivato. La discrezionalità giurisdizionale viene, in tal modo, ad essere circoscritta, dal momento che, nell'adottare un provvedimento limitativo, l'autorità giudiziaria deve illustrare tutte le ragioni (di fatto e di diritto) che hanno determinato l'emanazione della misura restrittiva⁶¹. Nel conferire un “significato sostanziale” alla riserva di giurisdizione, l'ulteriore garanzia della motivazione è finalizzata a consentire un controllo dell'opinione pubblica e del giudice che dovrà decidere sull'eventuale impugnazione.⁶² Espressamente richiesta dall'art. 111, comma 6, Cost. in relazione a tutti i provvedimenti giurisdizionali, la motivazione della misura offre la piattaforma logico-giuridica che consente un proficuo esercizio del diritto al controllo di legittimità, sul provvedimento *de libertate*, da parte della Cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost.

Per quanto concerne ancora la riserva di giurisdizione contemplata dal comma 2 dell'art. 13 Cost., è necessario aggiungere che tale garanzia, al contrario della riserva di legge – la quale nell'architettura della disciplina prevista dall'art. 13 Cost. si pone come un argine insuperabile – non ha carattere assoluto, ma subisce una deroga parziale – e, comunque, provvisoria ed iniziale – laddove, nel comma 3 dello stesso articolo, si prevede che «in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge», l'autorità di pubblica

⁶⁰ In questi termini si esprime DE CARO, in *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, 196 ss.

⁶¹ PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, Parte speciale, Padova, 1992, 196.

⁶² CERRI, *Libertà II) libertà personale - dir. cost.*, EGT, XXI, Roma, 1991, 11.

sicurezza possa adottare provvedimenti provvisori, da comunicarsi entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e da intendersi come revocati nonché inefficaci, se questa stessa non li convalida nelle successive quarantotto ore.

Al riguardo, si è sottolineato, innanzitutto, come tale deroga non scalfisca la centralità dell'intervento giurisdizionale: dalla complessiva disciplina dell'art. 13 Cost. si ricava, infatti, che il provvedimento del giudice deve in ogni caso intervenire: ordinariamente, in via preventiva (art. 13, comma 2), oppure straordinariamente, in via successiva (art. 13, comma 3) sotto forma di convalida⁶³. Quindi la garanzia della riserva di giurisdizione non risulta pretermessa, ma soltanto differita per un determinato arco temporale.⁶⁴

È inoltre agevole formulare un immediato rilievo: l'art. 13, comma 3, Cost. plasma una disciplina di estremo dettaglio, che appare stilisticamente e metodologicamente lontana dalle sfumate statuizioni di principio per solito proprie delle Carte fondamentali. Proprio la minuziosità della previsione – ove si giunge finanche a scandire le cadenze cronologiche dell'*iter* relativo alla convalida – palesa l'esigenza di circoscrivere, con precisione estrema, gli insuperabili margini di manovra dell' "autorità di pubblica sicurezza" sul terreno della libertà personale. Nitida appare, d'altronde, la *ratio* della disposizione: la "necessità" e l' "urgenza" dei "casi eccezionali" elevati a presupposto della fattispecie impongono interventi tempestivi, incompatibili con un previo filtro deliberativo dell'autorità giudiziaria; alla quale ultima – va però ribadito – è riservato, tuttavia, un controllo successivo sulla misura adottata, secondo le forme e nel

⁶³ In questo senso si esprime RUOTOLO, Sub *art. 13 Cost.*, in BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 327, il quale individua, pertanto, nel 3° comma dell'art. 13 Cost. una conferma alla riserva di giurisdizione.

⁶⁴ BARILE, *Diritto dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 118.

rispetto delle rigide scadenze cronologiche della convalida⁶⁵. La restrizione della libertà personale provocata da un provvedimento di polizia non potrà quindi protrarsi per una durata superiore alle novantasei ore, scadute le quali essa è destinata a perdere efficacia, a meno che la competente autorità giudiziaria – chiamata nel frattempo ad un controllo sul provvedimento provvisorio – non decida di convalidarlo e di disporre la prosecuzione dello *status detentionis*, in virtù di un proprio autonomo “atto motivato”⁶⁶.

A questo riguardo, la Corte costituzionale ha stabilito che il provvedimento di convalida deve basarsi su di una valutazione di merito circa la sussistenza in concreto dei requisiti prescritti⁶⁷; e che, laddove non ci dovesse essere convalida, da parte dell’autorità giudiziaria, sul presupposto di un corretto esercizio del potere coattivo “di polizia”, le prove derivanti dall’atto poliziesco non potrebbero essere utilizzate nel processo⁶⁸.

Il richiamo ai concetti di “necessità ed urgenza”, indica, senza possibilità di equivoci, come siano esclusi tutti i casi nei quali è possibile – pur con difficoltà – l’intervento preventivo del giudice o comunque, ove previsto, dell’autorità giudiziaria. Quanto a questo specifico punto, la Corte costituzionale, in più occasioni⁶⁹, ha riferito gli estremi della necessità e dell’urgenza alla finalità di acquisire e conservare le prove, considerata la pericolosità del soggetto. Ma non basta che la situazione concreta richieda come necessario ed urgente l’intervento limitativo dell’autorità di polizia, perché questo è subordinato altresì alla eccezionalità delle corrispondenti ipotesi.

⁶⁵ FIANDACA- DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, 307.

⁶⁶ Se il provvedimento non è convalidato o se la convalida interviene oltre i termini stabiliti dall’art. 13, 3° comma, Cost., i provvedimenti “si intendono revocati e restano privi di ogni effetto”. Si verifica, in tale ipotesi, una “caducazione *ope legis* dell’atto”: in tal senso si esprime FANUELE, in *La libertà personale*, in DINACCI, *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, 220.

⁶⁷ C Cost. 64/1977, *GCost* 1977, 635.

⁶⁸ C Cost. 34/1973, *GCost* 1973, 316.

⁶⁹ C Cost. 79/1982, *GCost* 1982, I, 712; C Cost 3/1972, *GCost* 1972, 6; C Cost. 173/1971, *GCost* 1971, 1813.

Difatti, se fosse legittima una restrizione della libertà personale in tutti i casi di necessità ed urgenza, sarebbe priva di significato l'ulteriore specificazione – quella della eccezionalità – contenuta nella disposizione costituzionale. Il richiamo, invece, qualifica la vicenda, individuando la peculiarità della situazione nel suo carattere contingente ed estremamente residuale, tale da non lasciare ipotizzare il ricorso a modalità più garantite di intervento⁷⁰.

Quanto al significato da attribuire alla locuzione “autorità di pubblica sicurezza”, i lavori preparatori della Costituzione testimoniano come tale espressione sia stata utilizzata in un'accezione lata ed atecnica: i soggetti rientranti nella categoria in questione non sono solo gli organi (come il prefetto, il questore, il sindaco), ai quali è attribuita la suddetta qualifica secondo un significato strettamente tecnico-giuridico; ma anche “tutti gli organi della polizia giudiziaria nell'esercizio delle loro tipiche funzioni *post delictum*”⁷¹; e, più in generale, ogni soggetto cui la legge attribuisca specificamente l'autorità di compiere atti di polizia⁷².

In questa ottica, la Corte costituzionale, nell'interpretare estensivamente la citata espressione, ha ritenuto non illegittima la norma che autorizza, a determinate condizioni, l'arresto del reo da parte del privato cittadino⁷³. Occorre poi sottolineare, quanto al presupposto legittimante il potere restrittivo provvisorio, che l'espressione “casi eccezionali” pone un rigoroso limite al legislatore e agli interpreti nella concreta individuazione delle ipotesi in questione⁷⁴. Per giunta, in dottrina, è stato affermato che anche i provvedimenti coercitivi provvisori necessitano di motivazione, in

⁷⁰ DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 18.

⁷¹ GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 78.

⁷² PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, Parte speciale, Padova, 1992, 198.

⁷³ C Cost. 89/1970, *GCost* 1970, 1119.

⁷⁴ PERLINGIERI - DI RAIMO, *Sub. Art. 13 Cost.*, in PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, 71.

quanto, essendo tale obbligo previsto per le restrizioni disposte dall'autorità giudiziaria, a maggior ragione lo stesso non può non sussistere per le limitazioni “di polizia”⁷⁵.

Si ascrivono pienamente al meccanismo delineato dall'art. 13, comma 3, Cost. le misure precautelari dell'arresto e del fermo; i cui presupposti appaiono integrare i casi eccezionali di necessità ed urgenza tali da legittimare l'esercizio del potere coercitivo provvisorio dell'autorità di polizia; da sottoporre, entro brevissimi termini, alla autorità giudiziaria per la convalida. Ulteriori poteri di coercizione personale, direttamente esperibili dalla polizia giudiziaria, salva successiva convalida del magistrato, sono quelli previsti in tema di perquisizione.

1.3. Il “vuoto dei fini” e la presunzione di non colpevolezza quale regola di trattamento.

Tra le misure restrittive della libertà personale soggette alle garanzie previste dall' art. 13, comma 2, Cost., le più importanti sono quelle di natura detentiva; sia che la detenzione venga disposta ai fini dell'esecuzione della pena, sia che essa venga attuata nei confronti dell'indagato, durante la fase investigativa, oppure dell'imputato, in corso di processo. A proposito di forme di coercizione fisica *ante iudicatum*, dal testo dell'art. 13, ultimo comma, Cost., sembra potersi cogliere la legittimazione della c.d. “carcerazione preventiva”, ora denominata “custodia cautelare”. Infatti, con una sintetica enunciazione – «la legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva» – la norma inequivocabilmente riconosce dignità

⁷⁵ PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 200.

all'istituto⁷⁶. E, tra gli istituti che limitano la libertà personale, quello che – da sempre e più di ogni altro – ha polarizzato il dibattito scientifico è stato proprio la coercizione della libertà fisica *ante iudicatum*; e ciò non solo per l'indubbio rilievo in base al quale “non v'è mai stato ordinamento, indipendentemente dalle concezioni, autoritarie o liberali, che ne abbiano di volta in volta sostenuto la struttura, che sia riuscito a fare a meno di strumenti processuali limitativi della libertà fisica, da utilizzare in via anticipata rispetto alla formulazione di un qualsiasi giudizio di responsabilità a carico della persona”⁷⁷; ma anche perché la disciplina del medesimo istituto è uno dei banchi di prova privilegiati per tentare il bilanciamento dei rapporti tra Stato e individuo all'interno di un dato ordinamento giuridico.

Il ricorso al “carcere preventivo” è stato oggetto di svariate elaborazioni concettuali, anche per ciò che attiene alle finalità mediante tale strumento perseguibili: accanto alle funzioni intimamente contigue alle esigenze processuali – quali quelle di evitare l'eventuale fuga dell'inquisito ovvero l'occultamento delle prove – non di rado, è prevalsa, in diversi sistemi processuali, l'idea di assegnare al medesimo istituto finalità di prevenzione, se non addirittura scopi, in senso lato, sanzionatori nei confronti di soggetti recalcitranti a collaborare con le autorità inquirenti. Tuttavia, – come ha sottolineato autorevole dottrina – il non trascurabile filone di pensiero tendente ad attribuire al “carcere *ante iudicatum*” finalità di prevenzione non è in grado di affrancarsi da un equivoco di fondo: l'assenza di una netta distinzione concettuale tra la figura dell'imputato e quella del colpevole. Invero, “solamente ragionando

⁷⁶ DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, 200.

⁷⁷ TRANCHINA, *Custodia cautelare*, a cura di VASSALLI, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, 143.

entro lo schema logico della presunta colpevolezza dell'imputato potrebbe concepirsi la sua incarcerazione come strumento sedativo delle ansie e dei timori suscitati dal reato, mentre una siffatta concezione appare insostenibile in un sistema processuale fondato sulla presunzione di non colpevolezza"⁷⁸. Si coglie, con ciò, uno dei punti nevralgici della tutela costituzionale riguardante la libertà personale nel processo. La descrizione dei contenuti dell'art. 13 Cost., sin qui fatta, non esaurisce l'analisi di tale disciplina: la legittimazione del potere coercitivo prima del processo richiede, infatti, anche l'esatta individuazione delle ragioni cautelari poste a corrispondente fondamento. Non a caso, la scienza giuridica si è sempre interrogata sulla ragion d'essere degli strumenti coercitivi prima della sentenza. È la domanda è centrale, in tema di tutela della libertà personale, e richiede una risposta chiara ed univoca. Si tratta tuttavia di un profilo che potrebbe apparire trascurato dalla norma cardine sulla libertà in questione: alle minuziosi indicazioni, circa la riserva di legge e di giurisdizione, nonché dell'obbligo di motivazione, non segue, nell'art. 13 Cost., alcun esplicito riferimento alle funzioni da attribuire alle limitazioni alla libertà personale, nemmeno nella sua forma più grave della carcerazione preventiva; rispetto alla quale ultima, il comma 5 si preoccupa (solo) di prendere espressa posizione circa l'altra importante questione dei termini massimi di durata.

La ricerca delle legittime finalità del potere cautelare (e, più in generale, di quello d'adottare provvedimenti coercitivi *ante iudicatum*) è ruotata, per molti anni, esclusivamente intorno alla interpretazione isolata dell' art. 13 Cost., senza peraltro condurre a risultati soddisfacenti. Si è evidenziato, pertanto, in dottrina, il

⁷⁸ GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 43.

problema del “vuoto dei fini”⁷⁹, proprio per sottolineare che, nella lettera dell’art. 13 Cost., non sono rintracciabili gli elementi minimi tali da far individuare le ragioni idonee a legittimare le restrizioni della libertà personale prima del giudizio. Si riteneva, perciò, che la Costituzione non fornisse alcuna indicazione circa i parametri di riferimento cui collegare precisamente la detenzione *ante iudicatum*. Le attenzioni erano proiettate solo sul versante della legittimazione all’esercizio del potere coercitivo, e non guardavano alla sua natura dal punto di vista finalistico. Al fondo, ciò che non consentiva di rintracciare le ragioni delle cautele penali era l’incapacità di leggere in modo sistematico le norme costituzionali. Infatti, lo sforzo della dottrina di rintracciare, all’interno dell’art. 13, significati capaci di dare base al potere coercitivo spaziava tra l’individuazione di esigenze processuali e il ripiegamento su esigenze sostanziali; senza, tuttavia, riuscire a cogliere la filosofia cautelare emergente, invece, dal testo costituzionale, in modo da attribuire un significato inequivoco alle limitazioni della libertà personale prima del giudizio.

La messa a punto della logica cautelare trova fondamento in un’interpretazione logico-sistematica di differenti norme costituzionali; in particolare, nel raccordo tra l’art. 13 e l’art. 27, 2 comma, Cost.; in base al quale ultimo, «l’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva»; collegamento attuato nella raggiunta consapevolezza del ruolo ricoperto dalla presunzione di non colpevolezza quale regola di trattamento⁸⁰. Si è scoperta, attraverso

⁷⁹ Si tratta di una espressione coniata da ELIA, *Le misure di prevenzione tra l’art. 13 e l’art. 25 della Costituzione*, *GCost*, 1964, 951. Si intende con ciò la mancanza di elementi idonei ad individuare, in Costituzione, un legittimo finalismo cautelare: e per questa via si denunciava, anche, la inidoneità del solo art. 13 a costituire l’ossatura costituzionale della libertà personale. In questo senso si rinvia a DOMINIONI, *La presunzione d’innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, 203 ss.; ma anche a RICCIO, *Libertà personale*, in RICCIO-DE CARO-MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale. Una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988*, Napoli, 1991, 229 ss.

⁸⁰ Sulla presunzione di non colpevolezza quale regola di trattamento si vedano, per tutti, le pagine di ILLUMINATI, in *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bologna, 1979.

questa “presa di coscienza”, la base della “filosofia cautelare”, già in *nuce* nell’art. 13 Cost.; e, con ciò, si sono trovate le legittime finalità delle restrizioni *ante iudicatum*.

In proposito, un’autorevole dottrina ha sottolineato come, a fronte di una norma costituzionale che impone di non considerare l’imputato colpevole fino alla condanna definitiva, “non potrà ritenersi conforme alla Costituzione che la libertà personale dell’imputato venga sacrificata sulla scorta di premesse e per la tutela di interessi che ne presuppongono già accertata la colpevolezza”⁸¹: di conseguenza, le limitazioni alla libertà personale *ante iudicatum* potranno essere contemplate “unicamente in vista della soddisfazione di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo”⁸². È dunque proprio nel raccordo tra l’art. 13 Cost. e l’art. 27, comma 2, Cost. che è possibile rinvenire lo spunto per superare quel “vuoto dei fini” che precedentemente era rimasto insoluto per conseguenza di una lettura “monistica” dell’art. 13.

Al fine, poi, di cogliere nella sua esatta portata il *trait d’union* tra libertà personale e presunzione di non colpevolezza, non può prescindere da un accurato sforzo diretto a cogliere il senso della regola fondamentale enunciata dall’art. 27, comma 2, Cost. Principio cardine di un moderno sistema processuale penale orientato in chiave garantista, la presunzione di non colpevolezza dell’imputato trae la sua ragione d’essere da una elementare, ma incontestabile verità: siamo tutti esposti al potere di punire, colpevoli o no. In questa prospettiva tale canone rappresenta il più immediato ed efficace antidoto all’errore giudiziario⁸³ ed è quindi suscettibile di rivestire – proprio in virtù del suo anzidetto nucleo ideologico – un ruolo di

⁸¹ Così GREVI, in *Libertà personale dell’imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 40-41.

⁸² In questo modo si esprime C. Cost. 64/1970, *GCost* 1970.

⁸³ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, Torino, 2009, 25 e 85.

primo piano anche in una dimensione sovranazionale. Infatti, la presunzione *de qua* – pur nel differente modo di atteggiarsi a seconda del contesto ordinamentale di riferimento e pur nelle diverse sue forme lessicali – corrisponde ad una convinzione culturale diffusa anche a livello internazionale⁸⁴.

Accostarsi al principio stabilito dall'art. 27, comma 2, Cost. significa, inevitabilmente, anche fare i conti con una questione alla quale è stato sovente assegnato un rilievo inversamente proporzionale alla sua reale consistenza; e che ha finito, purtroppo, nei fatti, per favorire soprattutto i detrattori della garanzia costituzionale. Come è noto, la Carta fondamentale definisce l'imputato, anziché "innocente" – come invece fanno diverse Carte sovranazionali – "non colpevole". Da qui gli opposti tentativi di ravvisare, nell'enunciato costituzionale, ora una vera e propria presunzione di "innocenza", ora una più attenuata presunzione soltanto di "non colpevolezza". Prese le mosse dalla terminologia utilizzata nella Carta fondamentale, diversi autori hanno ritenuto che quest'ultima, accogliendo una soluzione diversa dalla presunzione di "innocenza", mirasse ad un equilibrio stabile tra l'inalienabile bisogno di tutelare la "dignità" del soggetto e l'insopprimibile esigenza di proteggere anche la collettività. In tal senso, si pensò che la Costituzione esprimesse margini di tolleranza incompatibili con la presunzione di "innocenza", affermando un postulato – non neutro rispetto all'innocenza dell'imputato – capace di contemperare le varie esigenze in gioco nel processo. Si sottolineava,

⁸⁴ Non a caso il principio è espresso con uguale ampiezza ed enfasi nella Costituzione italiana, nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali e nel Patto internazionale sui diritti civili e politici. Né vanno dimenticati il recente *Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza* (Commissione delle comunità europee, 26 aprile 2006) e lo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, che richiamano entrambi il principio.

inoltre, come ciò valesse sul versante del principio che lo intende come regola di trattamento⁸⁵.

Con questa interpretazione, quindi, si volle attribuire rilevanza alla formulazione negativa contenuta nella disposizione; in questo senso, si adduceva che, nell'espressione adottata dal Costituente, "si riflette una sorta di compromesso che sarebbe arbitrario ignorare"⁸⁶; e che la formula negativa avrebbe avuto il pregio di evitare la contraddizione logica sussistente tra la carcerazione preventiva e la presunzione d'innocenza⁸⁷. Secondo tale esegesi, insomma, l'art. 27, comma 2, Cost., ponendo l'accento sulla qualificazione di "non colpevolezza", avrebbe garantito un qualche spazio alla previsione di istituti limitativi della libertà personale dell'imputato, innanzitutto alla carcerazione preventiva⁸⁸.

Sebbene, sotto questo profilo, l'interpretazione del materiale relativo alla "gestazione" dell'art. 27, comma 2, non appaia sempre agevole, si può ragionevolmente affermare che dal tenore e dall'andamento generale del dibattito svoltosi in seno all'Assemblea costituente sembra trasparire la convinzione per cui la formula della "non colpevolezza" avrebbe evitato il pericolo che l'uso dei termini "presunto" e "innocente" esponesse la garanzia alle antiche accuse di illogicità tecnico-giuridica; critiche precedentemente formulate soprattutto da chi, facendo leva sul significato tecnico del concetto di presunzione, definiva "paradossale" e "contraddittoria" tale garanzia. Ancora, se era stata prescelta quella formula – si ebbe infatti cura di

⁸⁵ DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953, 43; CONSO, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Milano, 1969, 115; GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., 39; VASSALLI, *Libertà personale e tutela della collettività*, in *Giust. pen.* 1978, I, 12.

⁸⁶ AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 379.

⁸⁷ PISANI, *Libertà personale e processo*, 1974, 7-8.

⁸⁸ In tal senso, C. Cost. 124/1972; 88/1976; 342/1983.

precisare con la maggiore autorevolezza⁸⁹ – è perché essa appariva “un modo più chiaro per esprimere quel concetto che [...] esprimono tutti coloro che presumono il reo innocente finché non sia stato definitivamente condannato”⁹⁰.

Peraltro, il divario tra la formula “negativa” adottata dalla Costituzione e quella “positiva” presente nell’art. 6 § 2 C.e.d.u.⁹¹ ha condizionato la stessa Corte costituzionale; la quale ha fatto leva proprio sulla “singolarità testuale” dell’art. 27, comma 2, per escludere la possibilità di ravvisare nella norma *de qua* una vera e propria presunzione di innocenza, ritenendo quest’ultima incompatibile con l’istituto della custodia cautelare. Da qui, l’assunto secondo cui la formula “non colpevolezza” si limiterebbe ad indicare che “durante il processo non esiste un colpevole ma solo un imputato”⁹². Non sfugge, peraltro, come questa sorta di “terza via” esegetica si riveli inutile e pericolosa. Inutile perché non aggiunge né toglie niente al contenuto della disposizione costituzionale: che durante il processo non esista un colpevole, ma solo un imputato è una conclusione scaturente dall’autentica funzione del giudizio, inteso quale momento di verifica dell’illiceità penale. Pericolosa perché si espone a facili strumentalizzazioni, potendo essere impiegata surrettiziamente per denotare non semplicemente il soggetto sottoposto a procedimento penale, bensì l’individuo che, proprio

⁸⁹ Così TUPINI, Ass. cost., sed. ant. 15 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente*, a cura della Camera dei Deputati-Segretariato generale, vol. I, 909, in risposta a RESCIGNO che aveva chiesto il ripristino della formula “presunzione d’innocenza”.

⁹⁰ MORO, Commissione per la Costituzione, Ad. Plenaria, sed. pom. 25 gennaio 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente*, a cura della Camera dei Deputati-Segretariato generale, vol. VI, 189; ma anche TUPINI, BELLAVISTA, RESCIGNO e CRISPO, gli interventi dei quali sono rinvenibili nell’opera citata.

⁹¹ La quale prevede che “ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata”.

⁹² C. Cost. 124/1972, *GCost.* 1972, 1325.

perché sottoposto a tale procedimento, può legittimamente subire una significativa *deminutio capitis* in materia di libertà personale⁹³.

Insistere ancora sulle possibili differenze concettuali ed applicative tra il postulato di “innocenza” e quello di “non colpevolezza” significa restare confinati all’interno di uno pseudo problema. Innanzitutto, perché la natura sostanzialmente “ideologica” della presunzione la pone al riparo da interpretazioni troppo legate al dato testuale e che rischiano di indebolirla⁹⁴. Inoltre, perché il dibattito su tale distinzione resta fondato su di una petizione di principio, dando per scontato un presupposto che deve essere dimostrato; cioè, che tra l’innocenza e la non colpevolezza sia dato rinvenire un significato intermedio, tale da rendere erronea la sovrapposizione tra le due formule; infatti, se è ovvio che, esistendo due termini di significato opposto, l’impiego dell’uno preceduto da una negazione non sempre equivale all’uso dell’altro; è altresì inevitabile che, quando tra i due opposti non è dato rinvenire, logicamente, alcun significato intermedio, i due tipi di uso, nella sostanza, si equivalgono⁹⁵.

Infine, va senz’altro coltivata l’idea di una lettura necessariamente coordinata degli artt. 27, comma 2, Cost. e 6, § 2, C.e.d.u.⁹⁶: una simile impostazione metodologica appare, oggi, non solo opportuna, ma addirittura ineludibile, alla luce delle recenti e ben note sentenze costituzionali che hanno elevato le disposizioni della suddetta

⁹³ In questi termini, nel muovere una critica alla posizione espressa dalla Corte Costituzionale, si esprime PAULESU, in *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 56.

⁹⁴ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 35.

⁹⁵ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 57.

⁹⁶ Propendono per questa idea vari autori, tra i quali, CHIAVARIO, in *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969; ILLUMINATI, in *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 27; PAULESU, in *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 57. Sostiene invece una diversa opinione, GAROFOLI, in *Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, 93.

Convenzione al rango di “parametri interposti”⁹⁷ tra la Carta fondamentale e la legge ordinaria.

In conclusione, si può tranquillamente affermare che le formule “innocente” e “non colpevole” rappresentano due varianti semantiche di un identico concetto, e che la diversità tra di esse rappresenta solo il frutto di matrici storico-culturali differenti, oppure di mere opzioni lessicali contingenti⁹⁸. In questo senso, un'altra dottrina ha sottolineato come l'unica distinzione giuridicamente concepibile sia quella tra colpevole e non colpevole, mentre non sembri avere rilevante significato l'ulteriore contrapposizione tra non colpevole ed innocente: quest'ultima categoria concettuale, nel giudizio penale, si atteggia in modo del tutto analogo e sovrapponibile alla espressione “non colpevole”. Si tratta, perciò, di una variante lessicale, di un modo differente per affermare che l'ipotesi di accusa non è approdata alla verifica di colpevolezza e, quindi, all'irrogazione della condanna penale. Non è concepibile una tripartizione tra colpevole, soggetto ritenuto non colpevole e soggetto innocente, tale da conferire uno spazio di autonoma valenza alla seconda formula, come se la “non colpevolezza” fosse un *tertium genus* che, pur non consentendo l'equiparazione del colpevole all'imputato, lasci margini per un trattamento affievolito delle situazioni soggettive facenti capo a quest'ultimo⁹⁹.

In tale ottica, le sottili distinzioni tra “innocente” e “non colpevole” non si fondano su dati ontologicamente riconoscibili. Il fatto che il soggetto imputato possa essere destinatario di particolari attenzioni ordinamentali, naturalmente insite nell'accertamento stesso, non

⁹⁷ C. Cost. 348/2007 e C. Cost. 349/2007, *GCost* 2007, 3555.

⁹⁸ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 59.

⁹⁹ In tal senso, DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, cit., 185 ss.

riduce il livello di garanzie riconoscibili¹⁰⁰. Se in dottrina vi sono divergenze circa l'eventuale compatibilità delle specifiche restrizioni cautelari con l'una o l'altra espressione, è pacifico che il principio minimo inderogabile espresso dall'art. 27, comma 2, consista nel divieto di equiparare l'imputato al colpevole. La disposizione racchiude una regola centrale ed un canone fondamentale nell'architettura costituzionale dei diritti civili, avendo gli sviluppi ermeneutici superato la concezione che le attribuiva la funzione di "proclamazione politica", come tale meramente programmatica e priva di incidenza in specifici settori giuridici. La stessa Corte costituzionale – pur senza elaborare in modo incisivo gli ambiti di valenza ed i limiti della regola – ha riconosciuto che, "in linea di principio, la detenzione preventiva va disciplinata in modo da non contrastare con una delle fondamentali garanzie della libertà del cittadino, la presunzione di non colpevolezza dell'imputato"¹⁰¹.

Indugiare sul tenore letterale dell'art. 27, comma 2, Cost., potrebbe tuttavia risultare interessante sotto un altro, diverso, profilo. La formula «l'imputato non è considerato colpevole» esprime, all'evidenza, una negazione passiva. Più precisamente, quindi, si sostanzia in un divieto di valutazione in merito alla colpevolezza dell'imputato. Nel contesto della negazione passiva, è come se lo Stato non considerasse l'imputato colpevole fino alla condanna definitiva. Fino a questo momento, il giudizio in ordine responsabilità penale di un individuo si dovrebbe ritenere sospeso. Si potrebbe forse cominciare a riflettere sulla possibilità di valorizzare la formula costituzionale della negazione passiva sotto il profilo squisitamente culturale. Ribadire che, nella nostra Costituzione, la presunzione di

¹⁰⁰ GAROFOLI, in *Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 63 ss.

¹⁰¹ Sentenza della C. Cost. 64/1970, *GCost* 1970.

non colpevolezza è espressa attraverso quella particolare costruzione semantica – che, come si diceva, conferisce un particolare risalto all’esigenza di non valutare l’imputato alla stregua di un colpevole fino alla condanna irrevocabile – è una operazione suscettibile di inculcare nell’immaginario collettivo (e prima ancora nei *mass media*, che contribuiscono a plasmarlo) il senso e l’importanza del “distacco” da qualsiasi pregiudizio colpevolista prima che il procedimento penale sia giunto al suo definitivo epilogo¹⁰².

Si conviene – ormai da tempo – che, sotto il profilo strutturale, la garanzia posta dall’art. 27, comma 2, Cost., è scomponibile in due norme distinte: la presunzione di non colpevolezza opera, innanzitutto, – come già accennato – quale regola di trattamento e, in questo senso, si sostanzia nel divieto di assimilare l’imputato al colpevole, e quindi di punire il primo soggetto prima della sua eventuale condanna definitiva¹⁰³. In altri termini, se l’imputato non può considerarsi colpevole fino alla condanna definitiva, ciò implica che, fin quando non sopravvenga una simile sentenza irrevocabile, è inibito ogni trattamento che presupponga l’imputato colpevole, ipotizzando come definitivamente accertato l’addebito. Da questo punto di vista, la presunzione di non colpevolezza costituisce un criterio regolatore dei rapporti tra individuo e autorità nell’ambito del processo penale.

Allo stesso principio si collega, altresì, la fissazione di termini massimi di carcerazione preventiva, secondo il canone posto dall’art. 13, comma 5, Cost.: l’impossibilità di considerare l’imputato colpevole fino alla condanna definitiva impedisce che la privazione della libertà personale in corso di processo possa protrarsi oltre soglie etiche di accettabilità, la cui specifica determinazione è affidata al legislatore ordinario. Se infatti i provvedimenti restrittivi *ante*

¹⁰² PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, cit., 60.

¹⁰³ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, cit., 10.

iudicatum potessero essere applicati senza termini di durata, essi finirebbero per costituire una anticipazione della pena nei confronti dell'imputato, che la Costituzione vieta invece di considerare colpevole fino al passaggio in giudicato della sua condanna. Una simile regola ha pertanto l'indiscutibile significato di una "garanzia di chiusura": si vuole, cioè, che – quali che siano le difficoltà delle vicende processuali, e quale che sia il grado di consistenza degli indizi di responsabilità penale dell'imputato – questi non debba sopportare oltre un certo tempo, sulla propria persona, le lungaggini processuali; da qui, dovrebbe venire anche uno stimolo ad una giustizia celere; ma in primo piano c'è, sicuramente, la preoccupazione di salvaguardare, contro detenzioni "preventive" a tempo indeterminato, la persona dell'imputato.

Dunque, come regola di trattamento, la presunzione di non colpevolezza va considerata alla stregua di momento concettuale centrale nell'individuazione degli ambiti costituzionali della libertà personale, in modo da rappresentare un principio necessariamente integrante quello espresso, nello stesso settore, dall'art. 13 Cost.

D'altro canto, considerata come regola di giudizio, la stessa presunzione cristallizza l'onere della prova (da intendere, nel processo penale, come "rischio della mancata prova", stante l'esistenza, nel medesimo, di ampi poteri di iniziativa probatoria attribuiti al giudice)¹⁰⁴ della responsabilità penale in capo al pubblico ministero, così da risolvere l'eventuale incertezza nell'accertamento processuale in senso favorevole all'imputato, secondo l'aureo canone "*in dubio pro reo*". In sostanza, formulata l'ipotesi di accusa, l'inadempimento dell'onere probatorio che grava sul pubblico ministero deve condurre

¹⁰⁴ PAULESU, *Giudice e parti "nella dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2002, 25.

– essendo la prova mancante, insufficiente o contraddittoria – all’assoluzione.

Questa regola di giudizio penalistica attinge direttamente ad una istanza culturale di libertà, intesa qui come salvaguardia (fino alla sentenza irrevocabile) della non colpevolezza dell’imputato di fronte alla pretesa punitiva statale. E, sotto questo profilo, - giova ribadirlo - non si dubita che la presunzione *de qua* integri una autentica regola di giudizio dotata di un preciso contenuto “minimo”: essa fa sì che prevalga, nel dubbio, l’interesse individuale di libertà.¹⁰⁵ Alla luce di questa premessa, si conviene sul fatto che il canone “*in dubio pro reo*”, quale criterio di decisione sul fatto incerto, gode di una solida copertura al più alto livello nella gerarchia delle fonti, rappresentando il logico corollario della presunzione costituzionale di non colpevolezza¹⁰⁶.

Delicato è il profilo concernente la “durata” della presunzione di non colpevolezza intesa come regola di trattamento, cioè come divieto di anticipare nei confronti dell’imputato un trattamento sanzionatorio. Nel protrarre tale presunzione fino alla condanna definitiva, la nostra Costituzione stabilisce inequivocabilmente il momento finale per l’operatività di tale garanzia. Verrebbe quindi naturale associare la condanna definitiva alla decisione irrevocabile, ossia a quella che ha acquisito l’autorità del giudicato. Ed in questa prospettiva si può sostenere che l’art. 27, comma 2, della Carta fondamentale offre una solida base costituzionale all’effetto sospensivo delle impugnazioni penali ordinarie nei confronti delle sentenze di condanna¹⁰⁷. Del resto, la dottrina assolutamente maggioritaria ritiene che “definitiva”

¹⁰⁵ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, cit., 186.

¹⁰⁶ ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, cit., 106; DOMINIONI, *La presunzione d’innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, 240.

¹⁰⁷ CHIAVARIO, *Profili di disciplina della libertà personale nell’Italia degli anni settanta*, in *La libertà personale* (a cura di ELIA-CHIAVARIO), Torino, 1977, 247.

significati irrevocabile: la presunzione coprirebbe, dunque, l'intero procedimento penale, operando sino al passaggio in giudicato della sentenza.

Senonché, nella nostra cultura giuridica è presente l'aspirazione a rendere provvisoriamente esecutiva la condanna di primo grado, al fine di assicurare l'immediata applicazione della pena¹⁰⁸. Tra i motivi solitamente adottati a sostegno di questa soluzione, il più ricorrente è costituito dalla patologica durata dei processi, alimentata non di rado da impugnazioni pretestuose: una situazione del genere, infatti, è capace di pregiudicare non solo la (simbolica) funzione intimidatoria della pena, ma anche la sua finalità rieducativa, posto che il raggiungimento di quest'ultimo obiettivo richiederebbe trattamenti sanzionatori tempestivi.

I fautori della provvisoria esecuzione della condanna fanno leva soprattutto sul dettato dell'art. 6 § 2 C.e.d.u.; il quale, protraendo la presunzione di innocenza fino al raggiungimento della "prova legale della colpevolezza", parrebbe far coincidere la scadenza di tale garanzia con la prima sentenza che affermi la responsabilità dell'imputato¹⁰⁹. Occorre inoltre segnalare che l'art. 5 § 1 lett. a) C.e.d.u. parla di restrizioni della libertà personale che trovano la loro fonte in una "condanna da parte di un tribunale competente", senza aggiungere ulteriori specificazioni in proposito. Ed è ragionevole supporre che un assunto così generico possa anche alludere ad una sentenza di primo grado.

Probabilmente, la vera ragione per cui l'art. 6 § 2 C.e.d.u. non accenna esplicitamente alla durata della presunzione di innocenza

¹⁰⁸ A riguardo, tra le proposte di legge avanzate in passato, la n. 5590, presentata alla Camera dei deputati il 10 ottobre 1991, era volta a dissociare il concetto di "definitività" da quello di "irrevocabilità", collegando il primo alla pronuncia di una statuizione di merito ed il secondo all'esaurimento dei mezzi ordinari di impugnazione. In dottrina, FASSONE, in *Il processo che non c'è*, *QG*, 1994, 534, ritiene che la "definitività" cui allude l'art. 27, comma 2, Cost., non sarebbe "affatto sinonimo di cosa giudicata".

¹⁰⁹ MICALI, *La presunzione di innocenza dell'imputato e l'art. 27 c. 2 Cost.*, *CP* 1990, 663.

risiede nel fatto che essa intende affidare alla disciplina interna di ciascun paese l'individuazione del momento in cui la colpevolezza può dirsi provata. Inoltre, la disposizione pattizia sembra attingere soprattutto alla tradizione culturale di *Common Law*, nella quale il tema della pluralità dei gradi di giurisdizione presenta un rilievo secondario rispetto ad altri aspetti del processo penale ritenuti più significativi. Nondimeno, resta fermo che il nostro attuale sistema costituzionale non consente di coltivare la soluzione volta a restringere il confine temporale della presunzione di non colpevolezza ad un momento anteriore alla condanna definitiva¹¹⁰.

Premesso, allora, che dai lavori preparatori dell'art. 27 comma 2 non sembrano emergere dati suscettibili di confermare l'esistenza di una volontà dei costituenti volta a tracciare un distinguo tra la condanna definitiva e quella irrevocabile, non bisogna dimenticare che l'art. 111, comma 7, della Carta fondamentale, nel prevedere la ricorribilità per violazione di legge delle sentenze, enuncia un principio di carattere generale che andrebbe logicamente raccordato con il riferimento alla condanna definitiva presente nell'art. 27, comma 2: se ogni decisione è sempre potenzialmente soggetta al vaglio della Suprema Corte, essa non è mai, di per sé, definitiva, ma diventa tale solo quando l'impugnazione non è stata proposta, o quando non è più proponibile, oppure perché si è concluso il giudizio di legittimità¹¹¹. Sembra, quindi, plausibile concludere che il "blocco normativo" costituito dagli artt. 27 comma 2 e 111 comma 7, Cost. rappresenta, oggi, un ostacolo insuperabile per chi volesse tentare di introdurre nel

¹¹⁰ In questo senso si esprimono vari autori, tra i quali: FERRUA, in *Presunzione di non colpevolezza e definitività della condanna*, PD 1991, 514; GREVI, in *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, 21; ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 143.

¹¹¹ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 84. Tra l'altro è la stessa C. Cost. 59/1980, GC 1980, 1234, ad affermare che il principio espresso dall'art. 27, comma 2, Cost. intende garantire l'imputato "durante tutto lo svolgimento del processo".

sistema forme di esecuzione provvisoria della pena attraverso una semplice legge ordinaria¹¹².

Di conseguenza, una volta stabilito che “condanna definitiva” sta per “condanna irrevocabile”, si è prospettata una nozione sostanziale di quest’ultima e, quindi, del giudicato formale: da una lettura sistematica degli artt. 27 comma 2 e 24 comma 2, si è arguito che la Carta fondamentale presuppone la sussistenza di più gradi di giudizio e, dunque, di un’impugnazione ordinaria; l’unica impugnazione espressamente contemplata dalla stessa Costituzione è il ricorso per cassazione; ne deriva che “nessuna sentenza di condanna potrà essere ritenuta definitiva, e perciò idonea a determinare la caduta della presunzione di non colpevolezza, se non dopo che contro di essa sia stato proposto, o sia stato comunque proponibile, almeno il ricorso per cassazione”¹¹³.

Sotto un profilo logico poi, non andrebbe trascurato il ruolo svolto dalla presunzione di non colpevolezza come “antidoto” all’errore giudiziario. Quello stesso errore al quale la Carta fondamentale mostra di attribuire un notevole peso, tanto da considerarlo suscettibile di riparazione nell’art. 24, comma 4. Appare pertanto fondato ritenere che la Costituzione si preoccupi, altresì, della necessità di prevenire un simile errore, proprio attraverso la garanzia della presunzione di non colpevolezza. Pertanto, limitare la sfera operativa dell’art. 27 comma 2 alla sentenza di primo grado, al fine di legittimarne la provvisoria esecuzione, significherebbe, nei fatti, introdurre nel sistema una sorta di “presunzione di verità”, di perfezione e di compiutezza del giudizio di prima istanza: una prospettiva pericolosa, perché indifferente ai problemi cognitivi che quotidianamente emergono nella prassi

¹¹² PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 84.

¹¹³ GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, cit., 18 ss.

giudiziaria. Postulare quindi la possibilità di un controllo sulla condanna, prima che questa produca i suoi effetti, sembra costituire una necessità di ordine etico, prima ancora che giuridico¹¹⁴.

La questione concernente la durata della presunzione di non colpevolezza potrebbe trovare una preziosa chiave di lettura nella distinzione tra una concezione psicologica ed una concezione normativa di tale principio. Intesa in senso psicologico, detta presunzione costituisce una regola destinata a produrre i suoi effetti sia sul pubblico ministero – nel momento in cui questi decide di indagare ed eventualmente di esercitare l'azione penale nei confronti di un determinato soggetto – sia sul giudice, ogni volta in cui quest'ultimo venga chiamato ad adottare una decisione che coinvolga la responsabilità dell'imputato. Quando il pubblico ministero esercita l'azione penale o chiede l'applicazione di una misura cautelare, oppure quando il giudice ritiene sussistenti i gravi indizi di colpevolezza ai fini dell'adozione di quella misura, è ovvio che tali organi, da un punto di vista strettamente psicologico, considerano l'indagato o l'imputato alla stregua di un "colpevole". Anzi, essi devono considerarlo "provvisoriamente colpevole", altrimenti la macchina procedimentale verrebbe avviata inutilmente e la restrizione della libertà personale sarebbe priva di ragionevoli giustificazioni.

Ora, non sfugge che, in questo ordine di idee, il livello della tutela che la presunzione di non colpevolezza assicura all'imputato risulta inversamente proporzionale all'evoluzione del processo e alla qualità e alla quantità dei dati "probatori" che in questo vengono in gioco. Quindi, la presunzione di non colpevolezza viene concepita alla stregua di una "grandezza variabile", e l'idea che un soggetto possa essere considerato "ancora non colpevole" dopo che è intervenuta una

¹¹⁴ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 85.

condanna in primo grado diventa insostenibile, mentre appare scontato auspicare la provvisoria esecuzione di quella medesima condanna¹¹⁵.

È appena il caso di rilevare che uno dei motivi di diffusione della concezione psicologica della presunzione *de qua* risiede nella sua capacità di coesistere con alcuni importanti istituti processuali. Ci si riferisce, soprattutto, alla valutazione del quadro indiziante in vista dell'adozione di un provvedimento cautelare, che diventerebbe maggiormente comprensibile ove si ritenesse che la medesima presunzione subisca un progressivo indebolimento man mano che emergono elementi a sostegno dell'ipotesi accusatoria. Senonché, qui si profila una questione particolare. Assoggettare l'imputato ad una misura restrittiva della libertà personale, considerandolo "provvisoriamente colpevole", significa, nei fatti, confinarlo in una posizione ambigua di fronte al potere punitivo, essendo "intuitivo che l'imputato non possa essere considerato, allo stesso tempo, come colpevole o innocente"¹¹⁶.

Ebbene, tale ambiguità verrebbe meno ove si adottasse una concezione "normativa" della presunzione di non colpevolezza, nel senso di ritenere che tale garanzia vieti non tanto di "*pensare*" l'imputato come colpevole, quanto, piuttosto, di *trattarlo* come tale¹¹⁷. In questa prospettiva, perde peso l'opinione di chi agisce ("accusando" o "giudicando") nel procedimento, e la presunzione di non colpevolezza appare come una "grandezza costante", rappresentando il frutto di una precisa scelta politico-ideologica che non risulta indebolita dall'evoluzione delle conoscenze processuali¹¹⁸. E sembra corretto affermare come l'art. 27 comma 2 Cost., tutelando

¹¹⁵ Su questa linea FASSONE-PEPINO, *Verso una nuova disciplina della custodia preventiva*, *QG* 1993, 747.

¹¹⁶ In questi termini si esprime ORLANDI, in *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 35.

¹¹⁷ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 130.

¹¹⁸ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 90.

l'imputato fino alla condanna definitiva, recepisce proprio la concezione normativa della presunzione in oggetto; la quale, da questo punto di vista, rappresenta un limite che il potere pubblico pone a se stesso: l'imputato non deve essere equiparato al colpevole fino alla sentenza irrevocabile, a prescindere dall'entità del quadro probatorio a suo carico¹¹⁹.

La concezione “normativa” della presunzione di non colpevolezza parrebbe trovare conferma nel collegamento sistematico tra i commi 1 e 2 dell'art. 27 Cost.. Dal principio sostanziale di “colpevolezza” – sancito nell'art. 27, comma 1 – si evince che lo Stato può punire solo il cittadino responsabile, per dolo o colpa, di una condotta penalmente rilevante; tale responsabilità va legalmente e definitivamente accertata attraverso un regolare processo; prima che l'accertamento si sia perfezionato, vige il divieto di trattare l'imputato come colpevole. E questo precetto rappresenta “la condizione che lo Stato di diritto pone al dispiegamento della propria potestà punitiva: se si sottraesse a questo limite, anticipando l'esecuzione della pena, lo Stato verrebbe meno a uno dei principi su cui si fonda, violando il patto che lo avvince al cittadino”¹²⁰.

In questa prospettiva, occorre sottolineare con forza che, ancorando la presunzione di non colpevolezza ad un preciso dato temporale (la sentenza definitiva di condanna), si vuole dire che anche la “ragionevole convinzione” della colpevolezza dell'imputato – magari, espressa in una condanna confermata in grado di appello – non può giustificare un trattamento che “parifichi” la posizione dell'imputato a quella del colpevole. La sola sussistenza di elementi, anche gravi, a

¹¹⁹ Esprimono questa opinione: ILLUMINATI, in *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., 83; MARZADURI in *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza* in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 215; PAULESU, in *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 91.

¹²⁰ Così ORLANDI, in *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 132.

sostegno dell'accusa e di una valutazione giurisdizionale in chiave di affermazione della responsabilità non è, di per sé, sufficiente a legittimare la "cattura": se tale fosse, essa si configurerebbe come una anticipazione della pena, inammissibile visto il postulato garantista di partenza. Ed anche il proporzionale aumento della "probabilità" di colpevolezza – inevitabilmente conseguente all'evolvere del processo nei vari gradi di giurisdizione, fino all'approdo conclusivo del passaggio in giudicato – non comporta deroghe alla regola e non consente "presunzioni" di colpevolezza.

Tuttavia, se si concentra l'attenzione sui rapporti tra la presunzione *de qua* e la tutela della libertà personale, sembra profilarsi una autentica antinomia nel sistema. Viene da chiedersi, infatti, come possa conciliarsi il divieto di equiparare l'imputato al colpevole fino alla condanna definitiva con una valutazione in ordine alla "probabile colpevolezza" di tale soggetto effettuata nel corso del procedimento, necessaria per applicare una misura cautelare nei suoi confronti; e, ancora, come sia possibile non considerare colpevole un imputato (o anche un indagato) su cui pesano "gravi indizi di colpevolezza" (come richiesto dall'art. 273, comma 1, c.p.p.).

Tale antinomia risulterà peraltro dissolversi, ove si accolga l'idea che il sistema esige i gravi indizi di colpevolezza come presupposto per la restrizione della libertà personale dell'imputato proprio perché quest'ultimo è protetto dalla presunzione di non colpevolezza. Più precisamente, se l'imputato non va assimilato al colpevole prima della condanna definitiva, ne deriva che, per poter provvisoriamente limitare la libertà di tale soggetto, si rende necessario il raggiungimento di un livello cognitivo idoneo a confermare, sia pure in via interinale (*i.e.*, allo stato degli atti), che quella persona, probabilmente, è colpevole. In definitiva, questa particolare chiave di

lettura consente di qualificare i gravi indizi di cui all'art. 273 comma 1, alla stregua di una "barriera cognitiva" coerente con il valore della presunzione di non colpevolezza¹²¹.

Da un altro punto di vista, è necessario ribadire che è la stessa presunzione ad offrire lo strumento cardine per superare il vuoto emerso dall'indagine sull'art. 13 Cost. Si conviene, ormai da tempo, infatti, sulla necessità di valorizzare l'art. 27, comma 2, Cost. quale parametro teleologico dell'art. 13 Cost. L'intuizione di fondo sta nell'aver compreso che quest'ultimo "in quanto 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"¹²². Posto, infatti, che il divieto di punire l'imputato prima della condanna definitiva non consente di limitare la libertà personale di tale soggetto sulla sola base della prognosi di colpevolezza – perché, se fosse diversamente, la custodia cautelare verrebbe intesa alla stregua di una pena anticipata –, e considerato che sul piano afflittivo è difficile tracciare un distinguo tra le due figure, diventa allora prioritaria l'esigenza di sottolineare come la libertà di un individuo possa essere conculcata solo in vista della soddisfazione di esigenze strumentali al processo¹²³.

Pertanto, la legittimazione della coercizione personale deve provenire dall'esistenza di un *quid pluris*, cioè di una situazione eccezionale, nella quale risultano in "pericolo" rilevanti valori, costituzionalmente "protetti" e degni di tutela anche a discapito della libertà personale dell'imputato. In un simile caso, il contrasto tra il

¹²¹ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 67.

¹²² RICCIO-DE CARO-MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale. Una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988*, cit., 232.

¹²³ Per un riepilogo di questa analisi si vedano: AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 373; GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., 38; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., 35; PISANI, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, IP 1970, 189.

principio di libertà e l'esigenza di tutelare il processo (e la collettività) viene risolto – legittimamente – a discapito del primo¹²⁴. Quindi, in quest'ottica, l'art. 27 comma 2 va a riempire di contenuti l'art. 13 Cost. Se l'imputato non può considerarsi colpevole sino al sopravvenire della *res iudicata* a contenuto condannatorio, ne consegue l'illegittimità costituzionale di qualsiasi meccanismo, processuale o extraprocessuale, che coinvolga la parte privata trattandola alla stregua di responsabile del fatto addebitato. Sta qui, dunque, il cuore della regola che consente di superare il denunciato "vuoto dei fini": le restrizioni della libertà personale anteriori alla condanna definitiva sono costituzionalmente accettabili a condizione che non si risolvano in trattamenti, a carico dell'imputato, conformi ad una surrettizia e non consentita presunzione di colpevolezza; qualunque scopo del "carcere preventivo" che presupponga l'imputato responsabile del fatto addebitato si colloca, pertanto, al di fuori del perimetro del costituzionalmente consentito.

Stando ai rilievi svolti, si deve ritenere che lo specifico ruolo della regola di trattamento considerata stia non già nell'impedire la coercizione personale nei confronti dell'imputato, bensì nell'evitare che la custodia cautelare sia applicata senza un adeguato supporto cognitivo e per perseguire obiettivi *stricto sensu* "sanzionatori"¹²⁵. Donde l'impossibilità di ricavare dal principio consacrato nell'art. 27, comma 2, Cost. una sorta di presunzione di infondatezza dei presupposti delle misure cautelari; né con riferimento al *fumus commissi delicti* né in relazione al *periculum libertatis*¹²⁶. In definitiva, si può affermare che i principi contenuti negli artt. 13 e 27,

¹²⁴ DE CARO, *Libertà penale e sistema processuale penale*, cit., 221.

¹²⁵ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 68.

¹²⁶ GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 24.

comma 2, Cost. integrano “un disegno programmatico ispirato a coerenza”¹²⁷. Sicché, la custodia cautelare e la presunzione di non colpevolezza, lungi dall’elidersi reciprocamente, stanno in un rapporto di coesistenza necessitata: la suddetta presunzione opera sul terreno della libertà personale proprio perché esiste la custodia cautelare¹²⁸.

Nel ribadire che la regola costituzionale di trattamento desumibile dall’art. 27, comma 2, si sostanzia nel divieto di equiparare l’imputato, *in itinere iudicii*, al colpevole – imponendo, tanto al potere legislativo, quanto all’esecutivo, l’obbligo a configurare un sistema di custodia preventiva che si differenzi da quello dell’esecuzione della pena¹²⁹ – non può tuttavia essere sottaciuto come invece, nel nostro ordinamento, si rinvenga una sorta di “omologazione afflittiva” tra la sanzione penale e la custodia cautelare, che si inserisce all’interno di un più ampio fenomeno di tendenziale “assimilazione” tra imputato e condannato, con inevitabile “lacerazione” della presunzione costituzionale d’innocenza. Si è sottolineato, a questo proposito, come sia ravvisabile una logica di equiparazione concreta dell’imputato al colpevole, quando al primo viene applicata – sulla base di un giudizio probabilistico assai relativo e per esigenze cautelari – la custodia carcere o un’altra misura coercitiva di fatto contenutisticamente identiche a quelle che dovrebbe sopportare solo se successivamente la sua colpevolezza fosse accertata attraverso un giudizio definitivo¹³⁰.

È infatti percepibile l’esistenza di un ambiguo concetto di “detenzione”, che sembra prescindere dal titolo giuridico legittimante la restrizione della libertà personale. Basti pensare che, tra i destinatari del regime differenziato di cui all’art. 41 *bis*, comma 2, ord. penit., figurano – costituendo, concretamente, un numero

¹²⁷ PISANI, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, cit., 189.

¹²⁸ PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, Dpen 1995, VIII, Torino, 680.

¹²⁹ PISANI, *Libertà personale e processo*, Padova, 1974, 21.

¹³⁰ Così DE CARO, *Libertà penale e sistema processuale penale*, cit., 211.

cospicuo – i detenuti “non definitivi”, spesso in attesa della sentenza di primo grado¹³¹. Donde l’estensione di una misura tipicamente “penitenziaria” a soggetti che dovrebbero rientrare nell’area di tutela dell’art. 27, comma 2, Cost., e che quindi non dovrebbero essere trattati come “colpevoli”. Il che è in palese contrasto altresì con l’art. 10 § 2 P. i. d. c. p., secondo cui «gli imputati, salvo circostanze eccezionali, devono essere separati dai condannati, e sottoposti ad un trattamento diverso, consono alla loro condizione di persone non condannate».

Posto quindi che, sul piano squisitamente afflittivo, appare difficile differenziare la custodia cautelare dalla pena, il tratto distintivo tra le due figure va colto sul piano delle finalità rispettivamente perseguite. Lo scopo delle misure cautelari è la tutela del processo e del suo risultato¹³², mentre quello sotteso alle pene è la rieducazione del condannato. Su queste basi, si tratta di verificare se la disciplina codicistica dettata in materia di esigenze cautelari si presti ad interpretazioni elusive della regola costituzionale di trattamento; in altri termini, se gli scopi delle restrizioni *ante iudicatum* siano o no compatibili con la presunzione d’innocenza.

Per quanto concerne, innanzitutto, il pericolo dell’inquinamento probatorio (art. 274, lett. a), c.p.p.), in linea di principio esso appare in sintonia con la regola di cui all’art. 27, comma 2, Cost., perché non sembra implicare anticipati giudizi di colpevolezza nei confronti dell’imputato. Sembra, quindi, troppo rigoristica la tesi secondo cui giustificare la custodia preventiva sulla base del pericolo che l’imputato, se lasciato libero, possa ostacolare dall’esterno l’acquisizione delle prove o comprometterne la genuinità,

¹³¹ FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale* (a cura di DEAN), Torino 2007, 138.

¹³² In tal senso, non senza qualche ambiguità, C. Cost. 64/1970, *GCost* 1970, 665.

sottenderebbe un ragionamento distonico rispetto alla presunzione di non colpevolezza, poiché darebbe per scontato che tale soggetto, per dimostrarsi innocente, abbia bisogno di occultare o di alterare le prove, così assimilandolo al colpevole¹³³. Infatti, ogni volta in cui si restringe la libertà personale dell'imputato per prevenire il rischio che si realizzi un inquinamento probatorio, ad essere valutata è la sola "pericolosità processuale" di tale soggetto; la quale ultima si colloca su di un piano diverso ed autonomo da quello di un anticipato giudizio sull'imputazione. Del resto, è empiricamente dimostrato che anche un imputato non colpevole può essere indotto ad alterare il quadro probatorio, per autotutelarsi di fronte ad un procedimento che egli ritiene ingiusto; ovvero, pur non avendo commesso alcun reato, per evitare che certe notizie sul suo conto vengano alla luce¹³⁴; o, ancora, perché non nutre alcuna fiducia nella giustizia e teme che, se non occultasse le prove, potrebbe essere condannato. Senza contare che, in presenza di indagini particolarmente complesse, l'autorità potrebbe avvertire la necessità di prevenire eventuali interferenze dell'imputato nell'attività di ricerca delle "prove", soprattutto alla luce del significativo rilievo che le operazioni tecniche attualmente presentano nell'economia delle indagini¹³⁵.

Il discorso, tuttavia, cambia laddove si profili una "strumentalizzazione confessoria" della esigenza cautelare in discorso¹³⁶. Infatti, la custodia cautelare non potrebbe essere impiegata per "convincere" l'imputato ad autoincriminarsi o ad accusare altri, né, più in generale, come mezzo "atipico" di ricerca della prova. Si deve quindi ritenere che sia lo stato di libertà dell'imputato a dover integrare il pericolo di inquinamento delle prove, non già il suo rifiuto

¹³³ AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 377.

¹³⁴ GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, EdD, XXIV, Milano, 1974, 337.

¹³⁵ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 126.

¹³⁶ GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, EdD, XXIV, cit., 337.

di collaborare alle indagini¹³⁷; come, del resto, si evince facilmente dalla disposizione contenuta nell'art. 274, lett. *a*), c.p.p., laddove si esclude che le situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione e la genuinità della prova possano essere identificate nel rifiuto dell'indagato (o dell'imputato) di collaborare, oppure nella sua mancata ammissione dei fatti contestatigli.

Resta, tuttavia, il fatto che la mancata estensione di tale divieto alle altre esigenze contenute nell'art. 274 potrebbe fornire un comodo alibi a chi volesse impiegare tale norma per legittimare un giudizio prognostico in ordine al pericolo di fuga o a quello di commissione di ulteriori reati; anche se, a questo riguardo, dalla giurisprudenza è giunto qualche segnale rassicurante, perché contrario ad una simile soluzione esegetica¹³⁸.

Per quanto concerne, poi, l'esigenza cautelare finale costituita dalla fuga o dal concreto pericolo di fuga dell'imputato (art. 274, lett. *b*), c.p.p.), non sfugge come una simile timore si regga su di una doppia congettura. Per considerare necessario restringere la libertà personale di un individuo, nella ragionevole previsione che si sottragga all'esecuzione dell'eventuale pena, si dovrebbe logicamente muovere dalla supposizione che egli possa essere condannato; e che, sulla base di questa ipotesi, tale soggetto possa darsi alla fuga. Tale duplice giudizio prognostico che parrebbe sottendere – ancorché in via interinale e provvisoria – l'assimilazione dell'imputato al colpevole, in contrasto con la presunzione d'innocenza¹³⁹.

In realtà, però, appare irragionevole pretendere che le misure cautelari non abbiano alcuna rapporto con l'ipotesi di un'eventuale

¹³⁷ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 125.

¹³⁸ Si veda C 27.3.1996, Papagna, *RP* 1996, 1386.

¹³⁹ In quest'ottica AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 380; ma si veda altresì il parere espresso in data 19 luglio 1988 dal CSM sul progetto di c.p.p. 1998, dove si afferma che "l'emissione delle misure cautelari in funzione di antidoto alla fuga dell'imputato pare evocare, in qualche modo, l'idea della anticipata afflittività della sanzione".

condanna, che rientra tra i possibili epiloghi del processo. È quindi evidente come il punto nodale non stia 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, sia aggirato il divieto di punire l'imputato prima della condanna definitiva¹⁴⁰. Sembra quindi cogliere nel segno chi osserva che la restrizione della libertà personale viene disposta in base al pericolo di fuga non già perché si consideri l'imputato colpevole, ma in quanto – non essendo consentito, allo stato degli atti, escludere che egli possa essere tale, ed anzi sussistendo “gravi indizi” in tal senso – ci si preoccupa di garantire in ogni caso il risultato del processo, anche in relazione all'ipotesi più sfavorevole per colui che è sottoposto al procedimento¹⁴¹.

È palese come la logica di un simile *modus argumentandi* s'impervi sulla consistenza del substrato *lato sensu* probatorio già acquisito: la valutazione del *fumus commissi delicti* dovrà, allo scopo, effettuarsi “con particolare rigore, attraverso un severo esame della consistenza degli indizi o delle prove a carico”; ed avendo di mira – in chiave ovviamente prognostica – “non solo il profilo della colpevolezza dell'imputato, ma anche, e soprattutto, quello della probabile applicazione di una pena detentiva destinata ad essere eseguita”¹⁴².

Stando così le cose, il vero problema, dal punto di vista del rispetto della regola di trattamento, non sta nella previsione di tale finalità cautelare da parte del legislatore ordinario, bensì nella sua corretta applicazione. In particolare, il pericolo di fuga dovrebbe essere reale e non immaginario; e formare oggetto di una valutazione quanto più

¹⁴⁰ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., 46.

¹⁴¹ GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, EdD, XXIV, cit., 339.

¹⁴² GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., 63.

possibile oggettiva e fondata su di una elevata probabilità che l'imputato possa sottrarsi al processo¹⁴³.

Da questo punto di vista, si ritiene che il presupposto costituito dal concreto pericolo debba evocare “prospettive incombenti”, desumibili dalla presenza di “segni ad alto rilievo induttivo”¹⁴⁴. Va evitato, inoltre, che vengano disposte misure cautelari sulla base della semplice equazione tra la gravità del reato (stabilita in base all'entità della pena che potrebbe essere irrogata a seguito dell'eventuale condanna) e il pericolo di fuga¹⁴⁵; il quale ultimo dovrebbe essere, inoltre, valutato in relazione al progredire del procedimento. Un accertamento di questo tipo si rivela peraltro assai difficile prima della chiusura delle indagini preliminari, quando gli elementi cognitivi risultano ancora troppo fluidi; mentre appare necessario che simili dati si consolidino ad un livello tale da consentire, quantomeno, l'esercizio dell'azione penale, così da restringere quanto più è possibile il margine di errore nell'applicazione della misura cautelare. Proprio alla luce di questa considerazione potrebbe giustificarsi, allora, il divario, rinvenibile all'interno del catalogo di cui all'art. 274 c.p.p., tra l'esigenza di cautela processuale finale – ipotizzabile solo in ordine all' "imputato" – e gli ulteriori due *pericula libertatis*, contemplati per quanto concerne sia l' "imputato" sia la “persona sottoposta alle indagini”; onde la fuga o il pericolo di fuga non sembrano poter legittimare l'adozione di una misura cautelare nei confronti di colui che rivesta ancora la qualifica di indagato¹⁴⁶.

Contrariamente a quanto affermato in passato dalla Corte costituzionale¹⁴⁷, le esigenze extraprocessuali di tipo special-

¹⁴³ C I 14.4.2005, X, CED 231330.

¹⁴⁴ CORDERO, *Procedura penale*, ed., Milano, 2001, 472.

¹⁴⁵ C SU 11.7.2001, Brembati CP 2002, 26.

¹⁴⁶ ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa* (a cura di GREVI), Milano, 1996, 84.

¹⁴⁷ C Cost. 1/1980, GCost 1980, 3.

preventivo (art. 274, lett. c), c.p.p.) – tradizionalmente assegnate alla custodia cautelare – parrebbero logicamente inconciliabili con la regola di trattamento di cui all’art. 27, comma 2, della Carta fondamentale. Infatti, limitare la libertà personale dell’imputato al fine di impedire che egli commetta altri reati significa necessariamente presupporre che egli sia colpevole. Tuttavia, un’autorevole dottrina ritiene possibile contemperare le istanze cautelari special-preventive e la presunzione di non colpevolezza¹⁴⁸. Premesso che queste istanze di prevenzione speciale sono costituzionalmente giustificabili in ragione della pericolosità dell’imputato¹⁴⁹, si ritiene che la vera questione non sia tanto quella di distinguere gli scopi cautelari endoprocessuali da quelli extraprocessuali, quanto, piuttosto, quella di garantire che tutte le finalizzazioni siano sottoposte a rigorosi limiti e controlli¹⁵⁰.

Apprezzabile nella misura in cui, sottolineata l’esigenza di valorizzare tutti i dati utili per valutare la pericolosità di un soggetto, si sforza di conciliare le istanze cautelari special-preventive con il divieto di punire l’imputato prima della condanna definitiva, una soluzione di questo tipo sembra tuttavia spostare l’oggetto della controversia. Non è in discussione il fatto che il legislatore debba ancorare il giudizio di pericolosità a criteri rigorosi e concretamente verificabili; infatti, l’art. 274, lett. c), c.p.p. si fa carico di questa fondamentale esigenza. Il punto è, invece, che dal principio

¹⁴⁸ CHIAVARIO, *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, cit., 237-238. L’autore afferma che se si ragiona in termini di “rischio”, come fattore determinante nella dinamica delle misure cautelari, l’obiezione di incompatibilità tra le istanze cautelari specialpreventive e la presunzione di non colpevolezza appare superabile: infatti, una particolare consistenza di elementi *lato sensu* probatori - combinata con una oggettiva gravità del reato di cui in imputazione e con altre “spie” di pericolosità del soggetto *sub iudice* - può giustificare, se vi sono adeguate garanzie di contesto, l’adozione di tali misure, facendo contemporaneamente risultare più innocua che in apparenza la terminologia impiegata per descrivere il fenomeno.

¹⁴⁹ VASSALLI, *Libertà personale dell’imputato e tutela della collettività*, GP 1978, 1.

¹⁵⁰ CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino, 2006, 536; MARZADURI, *Custodia cautelare nel diritto processuale penale*, Dpen III, Torino, 1989, 285.

contemplato nell'art. 27, comma 2, si ricava la regola secondo cui il giudizio di pericolosità non può precedere l'accertamento della colpevolezza¹⁵¹; mentre la finalità di prevenzione speciale resta indissolubilmente legata proprio ad un giudizio anticipato di responsabilità penale e di "minaccia sociale". Le due situazioni, da un punto di vista squisitamente logico, stanno e cadono insieme. È quindi il rapporto eziologico tra la prognosi di colpevolezza-pericolosità dell'imputato e le relative conseguenze pregiudizievoli a determinare il conflitto con la regola di trattamento, a prescindere dal livello di "tassatività" della fattispecie cautelare.

Insomma, sembrerebbero persistere tutti i dubbi in ordine alla compatibilità tra l'art. 274, lett. c), c.p.p. e l'art. 27, comma 2, Cost. Certo, almeno in linea di principio, è difficile accettare l'idea che un imputato pericoloso possa essere lasciato libero fino alla sentenza definitiva di condanna; tanto più se si mette in conto l'innaturale dilatazione dei tempi processuali. Ma questo obiettivo, senz'altro legittimo, non può essere perseguito attraverso l'istituto della custodia cautelare. Per scongiurare il pericolo che vengano commessi ulteriori delitti, bisognerebbe assicurare proprio la celere definizione del processo e l'effettiva applicazione della pena.

Ma non è tutto. Di fronte ad uno Stato che tende ad anticipare la soglia del suo intervento nel settore penale – orientandosi in maniera sempre più massiccia a contrastare la criminalità organizzata (proprio quella che assume un rilievo centrale nell'economia dell'art. 274, lett. c), c.p.p.) 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 procedimentale, come la custodia cautelare, che è

¹⁵¹ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., 43; GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, EdD, XXIV, cit., 335.

destinato ad incidere negativamente su valori costituzionali di notevole spessore¹⁵².

Infine, occorre domandarsi se i meccanismi procedurali volti a restringere lo spazio valutativo del giudice in ordine ai presupposti che legittimano la restrizione della libertà personale risultino compatibili con l'art. 27, comma 2, della Carta fondamentale. Ci si riferisce, segnatamente, alla disciplina di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p., dove è stabilito che, in presenza di gravi indizi di colpevolezza nei «procedimenti per i delitti, tentati o consumati, di cui agli artt. 416, comma 6, 600, 601, 602, 416 *bis* e 630 c.p.», per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'art. 74 t.u.l.stup., e dell'art. 291-*quater* d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43, nonché ai delitti di terrorismo, omicidio volontario, prostituzione minorile e violenza sessuale, l'applicazione della custodia cautelare in carcere sia per il giudice un autentico atto dovuto, a meno che non risultino elementi tali da escludere la sussistenza delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p.

La disposizione di cui al comma 3 dell'art. 275 risulta basata su di una doppia presunzione. Anzitutto, per le fattispecie delittuose poc'anzi indicate, vige una sorta di presunzione relativa¹⁵³ di sussistenza del *periculum libertatis*, fondata sui gravi indizi di colpevolezza. Inoltre, sembra sussistere una seconda presunzione – assoluta – di adeguatezza e proporzionalità della sola custodia cautelare in carcere¹⁵⁴. Si tratta di una scelta che capovolge

¹⁵² PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 138-139.

¹⁵³ Da questo punto di vista la presunzione è relativa perché, ai sensi del 3° comma dello stesso articolo, come già anticipato, la custodia cautelare in carcere può comunque essere evitata qualora siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari.

¹⁵⁴ NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, CP 1996, 2836.

radicalmente non solo la prospettiva garantista di fondo delineata dall'art. 275, comma 3, primo periodo (in cui è stabilito che detta custodia venga disposta solo allorché ogni altra misura risulti inadeguata), ma anche quella indicata dal precedente comma 2 (dove è prescritto che ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e al tipo di sanzione che si ritiene possa essere concretamente applicata). Poiché poggia su queste basi, il meccanismo in discorso sembra costituzionalmente indifendibile¹⁵⁵.

Di fronte ad una custodia cautelare in carcere che presenta gli iniqui connotati della “quasi obbligatorietà”¹⁵⁶, resta da chiedersi come sia possibile scongiurare il rischio che, nei fatti, tale misura non si traduca in una strisciante sanzione anticipata. Con la trasformazione delle esigenze cautelari da condizione a requisito ostativo del carcere, la limitazione della libertà personale diventa – insomma – il naturale riflesso dell'imputazione, così come la pena rappresenta la naturale conseguenza della condanna¹⁵⁷.

A questo proposito, in un'ottica di più ampio respiro, – volto lo sguardo ai rapporti tra la presunzione d'innocenza ed altri valori tutelati dalla Carta fondamentale, e fedeli al criterio per cui i principi vanno interpretati sinergicamente e “bilanciati” tra di loro – occorre valorizzare il nesso tra la presunzione di non colpevolezza ed il canone di “eguaglianza sostanziale” (desumibile dall'art. 3 Cost.). Ciò proprio al fine di assicurare l'effettiva parità di trattamento tra le persone sottoposte al processo penale; difatti, il divieto di assimilare l'imputato al colpevole dovrebbe essere inteso alla stregua di una garanzia estesa a tutti gli imputati, a prescindere dalla posizione sociale ed economica, dalla recidiva e dai precedenti penali. Sono

¹⁵⁵ Di diverso avviso è C. Cost. 450/1995, CP 1996, 2835.

¹⁵⁶ FASSONE, *Garanzie e dintorni: spunti per un processo non metafisico*, QG 1991, 120.

¹⁵⁷ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 142.

pertanto evidenti le ragioni di perplessità di fronte alla politica criminale adottata dal legislatore sin dai primi anni novanta, che si è tradotta nella previsione di regimi diversificati tra diversi indagati od imputati, specialmente – per ciò che riguarda la presente analisi –, nel settore delle cautele processuali¹⁵⁸. Da tale differenziazione scaturisce quindi, in maniera palese, una diversa incidenza di alcune garanzie fondamentali a seconda del “tipo di imputato”; né simile distinzione sembra immune da residui culturali di tipo “vetero–sostanzialistico”, legati al paradigma criminologico del “tipo d’autore”¹⁵⁹.

Dalla regola posta dall’art. 27, comma 2, Cost. discende, inoltre, il divieto di “far apparire” l’imputato come colpevole. Pertanto, in dottrina, ci si è chiesti se dalla presunzione d’innocenza possano o no derivare restrizioni al diritto di cronaca giudiziaria. Informare l’opinione pubblica in ordine ad un determinato procedimento, significa, infatti, produrre nel contesto sociale possibili effetti pregiudizievoli nei confronti di colui che vi è sottoposto. Se, da un lato, vi è la necessità di evitare – attraverso l’imposizione di momenti di segretezza o, comunque, di riservatezza – che le indagini penali vengano vanificate o che il corso dei processi sia turbato da fughe di notizie, dall’altro permane l’esigenza di garantire una corretta informazione dell’opinione pubblica sulle vicende giudiziarie; nonché, – attraverso la trasparenza degli atti processuali – il controllo sociale sull’operato della magistratura¹⁶⁰.

Se non si può escludere, *a priori*, che l’informazione sia corretta e che quindi la pubblicità del processo giovi all’imputato, è empiricamente dimostrato che tale fenomeno è assai raro, in quanto l’attenzione dei *media* risulta, di solito, inversamente proporzionale

¹⁵⁸ Ci si riferisce, appunto, all’art. 275, 3° comma, c.p.p.

¹⁵⁹ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, cit., 65.

¹⁶⁰ GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989, 17.

all'evoluzione della vicenda giudiziaria. Si assiste sovente ad una sorta di paradosso mediatico: la notizia di reato, l'informazione di garanzia, gli arresti o i provvedimenti cautelari, resi pubblici, di regola, all'inizio della fase procedimentale, hanno una resa "giornalistica" di gran lunga superiore rispetto a quella di una sentenza di assoluzione, soprattutto se questa intervenga a distanza di anni dal *tempus commissi delicti*.

Né va sottaciuto come tale aspetto problematico risulti ingigantito dalla cronica lentezza dei processi. I tempi lunghi della giustizia penale generano tensioni, aspettative pubbliche che mal si conciliano con la posizione di colui il quale, in ogni caso, non deve essere considerato colpevole fino alla condanna definitiva. Infatti, mentre nel processo "reale" l'imputato è assistito dalla presunzione d'innocenza, che lo esonera dall'obbligo di discolarsi, in quello "virtuale", gravido di congetture inquisitorie, l'imputato è, di regola, costretto a discolarsi, se vuole contrastare la deriva giustizialista¹⁶¹.

Per quanto poi riguarda le "fughe di notizie" relative ad indagini in corso, non sfugge che, nel caso in cui tali informazioni dovessero provenire dagli organi inquirenti, il pregiudizio alla presunzione *de qua* risulterebbe aggravato dal fatto che il giornalista, attingendo a fonti ufficiali, potrebbe essere orientato a presentarle in una ottica "colpevolista", con il risultato di condizionare significativamente nello stesso senso anche l'opinione pubblica. Premesso che il problema delle distorsioni mediatiche del processo non può essere risolto agendo selettivamente soltanto sul piano del divieto di pubblicare gli atti processuali¹⁶², la soluzione più ragionevole sembra quella di imporre ai giornalisti sia un rigoroso controllo sulle fonti¹⁶³ sia,

¹⁶¹ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 163 ss.

¹⁶² GIOSTRA, *Giornalismo giudiziario: un ambiguo protagonista della giustizia penale*, CrD 1994, 58.

¹⁶³ In questo senso si veda la Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 10 luglio 2003.

soprattutto, la fedeltà ai fatti, unita all'impiego di un linguaggio rigorosamente sorvegliato¹⁶⁴; e tali obblighi dovrebbero essere sanciti anche attraverso puntuali interventi sul piano disciplinare, deontologico, civilistico. Tuttavia, occorre rendersi conto del fatto che l'esigenza di divulgare correttamente i fatti, sul presupposto d'un accurato vaglio del dato informativo, deve misurarsi con una realtà professionale estremamente competitiva, che impone di diffondere la notizia nel più breve tempo possibile. Verità ed utilità dell'informazione sembrerebbero pertanto costituire, nel frenetico dinamismo della società moderna, valori non facilmente conciliabili¹⁶⁵.

Infine, in dottrina¹⁶⁶, è stata evidenziata la relazione tra la presunzione di innocenza e il diritto al silenzio, che rappresenta un corollario anche del diritto di difesa contemplato dall'art. 24, 2° comma, Cost.¹⁶⁷. Considerare l'imputato non colpevole significa che l'ipotesi da verificare nel processo è quella della sua colpevolezza. Pertanto, tale soggetto non appare tenuto ad attivarsi, sul piano dialettico o probatorio, se non dopo che l'accusa abbia fornito la dimostrazione dell'esistenza di prove a suo carico, potendo il primo contare su di un epilogo favorevole in caso contrario¹⁶⁸.

Quindi, è evidente come la presunzione *de qua* contribuisca a diversificare nettamente la posizione dei due principali antagonisti del processo penale: dal sistema si ricava un *obbligo di agire* in capo al pubblico ministero (ai sensi dell'art. 112 Cost.), ma *non* un *obbligo di reagire* da parte dell'imputato (stante la regola dell'art. 27, comma 2, Cost.); a favore del quale ultimo gioca, quindi, il rischio della mancata

¹⁶⁴ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 170.

¹⁶⁵ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 170.

¹⁶⁶ GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 76; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., 193.

¹⁶⁷ Il quale recita che "la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento".

¹⁶⁸ Così ILLUMINATI, in *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., 191.

prova da parte dell'accusa. Pertanto, esiste un collegamento tra la presunzione d'innocenza ed il diritto al silenzio.

Peraltro, forse, si tratta di un legame meno intenso di quanto comunemente si creda. Dalla suddetta presunzione – è stato infatti affermato – si evince il diritto dell'imputato di non discolarsi. Senonché, a ben vedere, il principio del *nemo tenetur se detegere*, inteso quale corollario del diritto di difesa, non indica tanto la non necessità di discolarsi – cioè il diritto di non produrre elementi a discarico – quanto l'esigenza di difendersi *attraverso* il silenzio, allo scopo di prevenire l'autoincriminazione. Il silenzio non è quindi la trasposizione della facoltà dell'imputato di restare inerte, di non reagire di fronte all'accusa, ma possiede un suo particolare connotato "dinamico". In definitiva, mentre dalla presunzione costituzionale si ricava il diritto dell'imputato *a non doversi discolare*, dal diritto al silenzio discende la facoltà dell'imputato *di difendersi tacendo*, senza che da quest'ultima scelta possano derivare a suo carico conseguenze pregiudizievoli¹⁶⁹.

1.4. La necessaria partecipazione dialettica alla vicenda cautelare.

Il diritto al contraddittorio¹⁷⁰ gioca un ruolo fondamentale anche nella vicenda cautelare, dal momento che esso costituisce un presidio essenziale della giurisdizione intesa in tutta la sua ampiezza, senza alcuna eccezione. Nessuna espressione della giurisdizione penale può

¹⁶⁹ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 75.

¹⁷⁰ Lo stesso è chiaramente sancito all'interno dell'art. 111, 2° comma, Cost., in cui si recita: "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata".

oggi prescindere dalla piena attuazione del contraddittorio¹⁷¹. Esso pur avendo, sul versante delle parti private (innanzitutto, per quanto concerne l'imputato) una diretta derivazione dai diritti di azione e di difesa – cui storicamente è ancorato – rappresenta, soprattutto, un principio politico della giurisdizione, uno dei suoi caratteri tipici ed essenziali. Si può affermare infatti, senza alcun dubbio, che il contraddittorio “serve al giudice”, perché orienta la decisione e costituisce un connotato essenziale del “giusto processo”.

Ogni segmento della giurisdizione penale deve quindi articolarsi in un discorso a tre, che coinvolge direttamente e necessariamente parti e giudice in una continua relazione dialettica. Naturalmente, il contraddittorio – riferito al procedimento penale nella sua totalità e quindi a tutte le sue scansioni e a tutti i suoi protagonisti – si atteggia in modo differente a seconda del momento procedurale nel quale interviene; il suo spessore aumenta progressivamente, fino ad assumere una proiezione finalizzata prevalentemente alla formazione della prova nel dibattimento. Si passa, cioè, da una dimensione meramente dialettica (il diritto di intervenire e partecipare alla vicenda) ad un ruolo insieme dialettico e probatorio (quello di contribuire alla formazione della prova secondo lo stile dialogico).

La mutevolezza del “modo di essere” della giurisdizione penale è direttamente interconnessa alla realtà procedurale ove si innesta il segmento; ma tale funzione non diverge dal punto di vista della

¹⁷¹ Su questo principio cfr., per tutti, AA.VV., *Il contraddittorio fra Costituzione e legge ordinaria*, Atti del convegno in memoria di Vincenzo Cavallari, Ferrara 13/15-10-2000, Milano, 2001; CAVALLARI, *Contraddittorio (dir.proc.pen.)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 728 ss.; CONTI, *Giusto processo b) Diritto processuale penale*, in *Enc. Dir.*, V agg., Milano, 2001, 633 ss.; DALIA, *Le regole normative per lo studio del contraddittorio nel processo penale*, Napoli, 1970; DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana*, Milano, 2005; GIOSTRA, *Principio del contraddittorio*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1988, 1 ss. e app. agg. 2002, 5 ss.; ID., *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Politica del diritto*, 1986, 15 ss.; TONINI, *Il principio del contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. e processo*, 2000; sul contraddittorio con particolare riferimento alla sentenza n. 361 del 1988 della Corte costituzionale cfr. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. Dir. e proc.*, 1999, 850 ss.

garanzia. Insomma, il contraddittorio ha un'unica dimensione ontologica, che si adegua alle necessità della vicenda processuale, assumendo la sua massima forza espansiva nel momento della formazione dialogica della prova¹⁷².

Nello specifico ambito della libertà personale, è riconoscibile ugualmente il diritto al contraddittorio inteso quale diritto ad intervenire dialetticamente, personalmente o per mezzo del difensore tecnico, in relazione alla misura cautelare ed alle sue vicende. Si può dire che, in questo contesto, il contraddittorio – pur atteggiandosi in modo diverso rispetto alla sua valenza squisitamente probatoria, che assume nel contesto dibattimentale – soddisfa sia l'esigenza di interloquire sulla misura e sulle sue vicende, sia il modo col quale è possibile realizzare l'intervento cautelare.

Quando si parla di contraddittorio cautelare, inevitabilmente, il discorso coinvolge il tema dell'esatta fissazione del momento in cui esso è necessario. La dottrina sul punto è divisa: da taluni, si sostiene che il contraddittorio va anticipato rispetto all'imposizione della misura; altri, invece, ammettono la possibilità di articolare un sufficiente contraddittorio anche intervenendo successivamente all'imposizione della misura.

Il tema si rivela affascinante, dal momento che, insieme con il profilo teorico, coinvolge significative esigenze concrete; le quali suggeriscono la ricerca di un punto di equilibrio che tenga in considerazione le necessità connesse al provvedimento cautelare personale. In estrema sintesi, se il contraddittorio anticipato costituisce il modo naturale col quale si realizza la garanzia – in quanto il confronto dialettico deve precedere la decisione cui lo stesso si

¹⁷² Su questo tema si vedano le illuminanti pagine di GIOSTRA, *Indagini e prova: dalla non dispersione ai nuovi scenari cognitivi*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Atti del convegno di Caserta 12/14-10-2001 in memoria di Antonio Galati, Milano, 2003, 45 ss.

riferisce –, questa ovvia constatazione si deve confrontare con la peculiarità del sistema cautelare e, in particolare, con la caratteristica di alcuni suoi segmenti (le misure cautelari detentive) di essere tipici “atti a sorpresa”, che, come tali, non vanno in alcun modo preannunziati; la loro efficienza è, infatti, normalmente connessa al fatto che il soggetto da sottoporre al provvedimento non sa se e quando questo arriverà.

Il rilievo aumenta di spessore se si ha riguardo alle forme di delinquenza più pericolose¹⁷³. Per non sacrificare l’efficienza del sistema cautelare più aggressivo (quello concernente le misure detentive) bisognerebbe, allora, pensare a forme precautelari da applicare nel tempo intercorrente tra notifica dell’avviso alla persona nei cui confronti viene avanzata la domanda cautelare ed il momento della concreta decisione del giudice; tenendo presente, peraltro, che la richiesta può coinvolgere più persone, più fatti e può essere corredata da molti atti; onde il tempo necessario per la decisione può diventare anche molto lungo.

In questi casi, però, verrebbero sacrificate anche quelle persone nei cui confronti il giudice mai avrebbe applicato una misura cautelare o alle quali avrebbe applicato una misura meno grave. A ciò si aggiunge la difficoltà di anticipare la necessaria conoscenza degli atti posti a corredo della richiesta sulla quale svolgere il contraddittorio; senza la quale informazione, in verità, si svilirebbe in modo totale il senso oggettivo della garanzia.

Il contraddittorio anticipato, infatti, funziona bene quando la misura cautelare deve essere emessa dopo la convalida dell’arresto in flagranza o del fermo: in simile situazione lo stato di coercizione lo

¹⁷³ Si pensi alla criminalità organizzata, al terrorismo, alla pedofilia. È facile pensare che, ad esempio, un pericoloso criminale, il quale venga a conoscenza di una richiesta cautelare avanzata nei suoi confronti, decida di allontanarsi per sottrarsi alla possibile applicazione di una misura restrittiva custodiale.

rende possibile. Ma, anche con riferimento a questo caso, – ed in particolare a quello di fermo – si contesta il fatto di utilizzare qualche volta questo metodo in modo strumentale, cioè per costringere il giudice ad adottare una decisione in tempi brevi (le quarantotto ore di rito), spesso incompatibili con la mole degli atti e il numero delle persone coinvolte. Viceversa, il contraddittorio posticipato – che interviene cioè dopo che la difesa ha potuto conoscere gli atti posti a presidio della misura – costituisce un modo, non perfetto, ma utile per disegnare un punto di equilibrio tra le differenti esigenze.

Questa soluzione può peraltro riguardare solo le misure a sorpresa, cioè la custodia in carcere e gli arresti domiciliari; per le altre, invece, essendo l'effetto sorpresa oggettivamente inesistente o di minimo rilievo, valgono considerazioni opposte. Nei rispettivi casi – cioè, quanto a tutte le altre misure coercitive ed a quelle interdittive – il contraddittorio anticipato può essere, infatti, attuato senza problemi; a condizione, però, di essere subordinato all'effettiva conoscenza della richiesta del pubblico ministero e degli atti correlati¹⁷⁴.

Il nostro sistema, in realtà contempla un'unica ipotesi di contraddittorio anticipato: quella prevista dall'art. 289 c.p.p. per la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio. Questa particolarità normativa, pur corrispondendo ad una esigenza concreta, diventa eccentrica rispetto al contesto cautelare, per il fatto di costituire una eccezione, in un ambito procedurale che si muove in una direzione opposta. Sarebbe, invece, auspicabile un'estensione del meccanismo, imperniato sul previo interrogatorio, previsto dall'art. 289, a tutte le altre misure analoghe; effettuata, però, in modo da garantire la previa conoscenza degli atti; senza la quale verrebbe meno

¹⁷⁴ DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 25 ss.

la premessa indispensabile per attuare una forma di contraddittorio effettivo e concreto¹⁷⁵.

La novellazione dell'art. 111 Cost. ha inciso molto sulla consapevolezza del primario rilievo ricoperto dal diritto al contraddittorio, non a caso collocato tra i principi sulla giurisdizione, proprio per rimarcare la natura politica e la dimensione ontologica; quest'ultima capace di coinvolgere la stessa essenza della giurisdizione, oggi indissociabile dalla garanzia del contraddittorio. La compiuta realizzazione del metodo dialettico sul versante probatorio, non toglie spazio ad una collocazione di tale garanzia in quelle fasi o in quei segmenti del procedimento penale che sono caratterizzati dall'esistenza di un "momento di crisi", tale da investire la libertà personale e reclamare sia un apporto dialettico all'esercizio della giurisdizione, sia il soddisfacimento di impellenti bisogni difensivi. In questo contesto, il contraddittorio si atteggia, pertanto, come "diritto ad interloquire" sulla misura e sui suoi sviluppi.

Questa concezione è stata accolta dalla Corte costituzionale, la quale ha sottolineato come il "diritto ad interloquire sulla misura" sia diretta espressione del diritto di difesa, mettendo così in evidenza la relazione tra intervento dialettico e versante difensivo. In questa prospettiva, sono state censurate quelle soluzioni normative che non consentivano la compiuta realizzazione, in ambito cautelare, del diritto di difesa, sottolineando, per un verso, come non trovi giustificazione una compressione di tale diritto laddove non vi sia la necessità di salvaguardare esigenze prioritarie nell'economia del processo; per altro verso, poi, si è sottolineato come la garanzia del contraddittorio sia un connotato essenziale del diritto di difesa e possa dirsi realizzata

¹⁷⁵ In una prospettiva *de iure condendo*, DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 28.

nella misura in cui si dia all'interessato la possibilità di partecipare ad un'effettiva dialettica processuale¹⁷⁶.

Il Giudice delle leggi non ha, invero, posto l'accento sul profilo del contraddittorio collegato al concreto esercizio della giurisdizione, privilegiando, invece, il versante difensivo, ambito cui il principio tradizionalmente è stato ancorato. Ma la collocazione di tale canone nell'art. 111 Cost. consiglia un sostanziale cambiamento nella rotta interpretativa, nel senso di "spostare la prua" verso la concreta attuazione della giurisdizione. La nuova formulazione dell'art. 111 Cost., col posizionamento della garanzia nell'ambito dei caratteri della giurisdizione, muta l'ottica, perché fa risaltare come valore centrale il contraddittorio; elemento funzionale *in primis* all'attività di *ius dicere*, intorno al quale ruotano, in un rapporto servente, le altre garanzie.

Peraltro, in materia cautelare, il metodo dialettico è espressione di un bisogno difensivo e non ha connotati probatori. Il modo di atteggiarsi della garanzia è particolare solo perché è specifico il segmento del procedimento in cui si sviluppa la vicenda ed è peculiare la funzione che tale tutela deve svolgere. In questo contesto, il diritto al contraddittorio assume un significato essenzialmente dialettico, quello cioè di "diritto a contraddire", nella prospettiva funzionale richiesta dall'attività giurisdizionale da esercitare in concreto. Non si tratta quindi di un limite, ma piuttosto di un adeguamento al momento procedurale nel quale detto metodo si sviluppa; nel quale la peculiarità delle finalità tipiche richiede un equilibrio tra differenti esigenze¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Sul punto si possono consultare le sentenze della Corte costituzionale n. 219/1994; 434/1995; 5/1994; 63/1986; 192/1997; 77/10997; 232/1998; 32/1999; 229/2000. In dottrina, per una sintesi dei vari orientamenti espressi dalla Corte costituzionale, si veda DI CHIARA, *Tra crisi del sistema e ricerca di nuovi equilibri: il codice di procedura penale negli itinerari della giurisprudenza costituzionale (1992/1995)*, in *Foro it.*, 1995, I, 2702 ss.

¹⁷⁷ DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 29-30.

1.5. La tutela della libertà personale a livello sovranazionale.

Per completare il quadro dei principi fondamentali in tema di libertà personale, non può essere sottaciuto come il riconoscimento della stessa e la previsione di meccanismi volti ad assicurarne la tutela sono presenti anche nelle principali Carte internazionali dei diritti umani.

Ci si riferisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, al Patto internazionale dei diritti civili e politici e alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la quale, pur non avendo solo un valore di indirizzo politico, costituisce, per l'autorevolezza che la caratterizza, un ordito normativo di sicuro riferimento. Quest'ultima¹⁷⁸ garantisce, in via generale, all'art. 3, il diritto alla libertà dell'individuo, unitamente e nello stesso contesto nel quale riconosce i fondamentali diritti alla vita ed alla sicurezza della propria persona. Pertanto anche in questo ambito, risulta evidente un accostamento tra il diritto alla libertà e quello alla sicurezza secondo una ontologia che rappresenta la base per ogni discorso sui diritti e per i diritti della persona umana¹⁷⁹. Accanto a quest'affermazione di principio, nel testo della Dichiarazione universale sono state inserite delle disposizioni più specifiche, comunque riconducibili alla tutela della libertà personale latamente intesa, quali il divieto di sottoporre 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 vita privata ovvero a lesioni dell'onore o della reputazione (art. 12)¹⁸⁰. Nell'art. 11 § 1, trova invece enunciazione – secondo una formula che

¹⁷⁸ La Dichiarazione universale è stata approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1948.

¹⁷⁹ DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 31.

¹⁸⁰ RUOTOLO, *Sub. Art. 13 Cost.*, in BIFUICO-CELOTTO-OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 338.

differisce da quella utilizzata dal Costituente italiano – il principio della presunzione di innocenza.

La libertà personale trova un ampio riconoscimento anche nella Convenzione europea citata¹⁸¹. La C.e.d.u., come si evince dal tenore letterale dell'art. 1, si caratterizza per l'accentuata aspirazione a garantire un'effettiva protezione dei diritti umani¹⁸², la cui titolarità spetta direttamente all'individuo, legittimato a pretenderne la tutela giuridica da parte dello Stato. In particolare l'art. 5 § 1 della Convenzione, nel sancire il diritto di ogni persona “alla libertà e alla sicurezza” si prefigge lo scopo di proteggere la libertà personale intesa nell'accezione classica di libertà fisica della persona¹⁸³. Un'altra dottrina, ritiene, peraltro, che tale previsione, nel riferirsi sia alla libertà che alla sicurezza, costruisce il concetto di libertà personale in modo ampio, “coinvolgendo la dimensione di tutela dell'individuo da coercizioni ingiustificate insieme a tutti gli aspetti che riguardano l'evoluzione globale e completa della persona umana”¹⁸⁴. Dunque l'accostamento dei due profili indica la latitudine del concetto di libertà personale e la sua funzione di tutela anche di diritti diversi da quelli più tipicamente concernenti l'imputato, ed in questa prospettiva coincide con il contenuto dell'art. 2 Cost. All'affermazione del principio generale fa seguito un elenco tassativo di ipotesi derogatorie, nelle quali, cioè, la privazione della libertà personale è consentita. Nel novero delle privazioni della libertà ammesse dalla Convenzione europea è compresa anche quella “classica” della custodia in carcere dell'indiziato di reato in attesa di giudizio. La disposizione contenuta nell'art. 5 § 1 lett. c) non brilla certo per chiarezza e può dar luogo a

¹⁸¹ La C.e.d.u. è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950, dagli Stati aderenti al Consiglio d'Europa.

¹⁸² A riguardo si veda AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, RIDPP, 1967, 842.

¹⁸³ Così UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*², Milano, 2009, 97.

¹⁸⁴ DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 30.

seri dubbi interpretativi. Nondimeno, un'apprezzabile chiave di lettura è fornita dallo stesso art. 5 § 3. Il combinato disposto che ne risulta permette, infatti, di affermare che la previsione pattizia legittimi solo la custodia cautelare di chi è sospettato di aver commesso un delitto e deve essere condotto dinanzi all'organo giurisdizionale per essere giudicato, con conseguente esclusione delle misure di prevenzione *ante delictum*¹⁸⁵. Il tenore letterale dell'art. 5 § 1 lett. c) potrebbe anche ingenerare una confusione concettuale fra i gravi indizi di colpevolezza e le esigenze cautelari, posto che gli uni e le altre vengono elencati indistintamente alla stregua di presupposti autonomi, e fra loro alternativi, delle misure coercitive. Si ammette, infatti, la detenzione e l'arresto di un soggetto nei confronti del quale “vi sono ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato o ci sono motivi fondati per ritenere necessario di impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso”. Le ragioni di sospetto circa la commissione di un reato non vanno però intese come alternative alla ricorrenza delle esigenze cautelari di prevenire la commissione di reati (diversi e ulteriori rispetto a quello per cui si procede) o di scongiurare il pericolo di fuga, posto che, secondo l'insegnamento della giurisprudenza della Corte europea, il *fumus commissi delicti* rappresenta il presupposto indefettibile che deve precedere e accompagnare nel tempo la sussistenza di concrete esigenze cautelari¹⁸⁶. Al fine di garantire ulteriormente l'individuo, l'art. 5 C.e.d.u. introduce una riserva di legge, prescrivendo, quale condizione necessaria a legittimare l'eventuale privazione di tale libertà, che essa sia disposta “nei modi previsti dalla legge”, ossia dal diritto interno, purché quest'ultimo risulti conforme alla C.e.d.u. e,

¹⁸⁵ Corte e.d.u., 22 febbraio 1989, Ciulla c. Italia, § 38.

¹⁸⁶ MAZZA, *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di COPPETTA, Torino, 2005, 54-55.

soprattutto, allo scopo perseguito dall'art. 5 C.e.d.u., ravvisabile nella protezione della persona dall'arbitrio¹⁸⁷. La privazione della libertà personale nei casi autorizzati dalla normativa pattizia postula comunque il rispetto di una serie di garanzie a tutela di chi ne subisca gli effetti, in modo da consentirgli di far valere il proprio diritto di libertà attraverso un eventuale controllo del provvedimento assunto nei suoi confronti¹⁸⁸. Nell'ambito di tali garanzie si colloca, innanzitutto, il diritto alla conoscenza dei motivi per i quali si dovesse verificare la privazione della libertà: pertanto, ai sensi dell'art. 5 § 2 C.e.d.u., "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". Al paragrafo successivo della disposizione è, *in primis*, sancito il diritto del soggetto sottoposto a custodia cautelare ad esser tradotto al più presto dinanzi all'autorità giudiziaria e successivamente quello ad essere giudicato entro un termine ragionevole o ad essere posto in libertà durante la procedura. La tutela della libertà personale viene, altresì, assicurata attraverso la previsione, inserita nel § 4 della disposizione qui esaminata, del diritto del soggetto in stato di arresto o detenzione di adire un tribunale al fine di far accertare, entro termini brevi, la legalità della detenzione e di ottenere, nell'ipotesi in cui la stessa sia illegale, la liberazione. Affinché il diritto individuato nel § 4 sia effettivamente garantito, il procedimento instaurato mediante ricorso deve essere rispettoso dell'equo processo (diritto espressamente sancito dall'art. 6 della Convenzione), almeno nelle sue linee essenziali, con particolare riferimento all'osservanza del contraddittorio e della parità delle

¹⁸⁷ RUOTOLO, Sub. Art. 13 Cost., in BIFUICO-CELOTTO-OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 339.

¹⁸⁸ In questi termini si esprime UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*², cit. § 107.

armi¹⁸⁹. L'ultimo paragrafo di cui si compone l'art. 5 C.e.d.u. riconosce, infine, il diritto alla riparazione per l'illegittima privazione della libertà personale: chiunque sia stato "vittima di arresto o di detenzione in violazione a una delle disposizioni di questo articolo" ha infatti diritto, nei confronti dello Stato inadempiente, ad una riparazione del pregiudizio subito. In un'accezione ampia di libertà della persona assumono rilievo sia l'art. 8 C.e.d.u., il quale, sancendo il diritto al rispetto della vita privata e familiare, assicura protezione non solo al diritto alla riservatezza, ma altresì a quelli d'identità personale, come il diritto al nome ed all'identità sessuale¹⁹⁰, sia l'art. 3 C.e.d.u., ai sensi del quale "nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamenti inumani o degradanti". Infine, anche la C.e.d.u., all'art. 6 § 2, stabilisce la "presunzione di innocenza" della persona accusata di un reato. Tuttavia, la definizione normativa, riferendo che ogni persona è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata, può sembrare più ampia di quella contenuta nella Costituzione (la quale si esprime in termini di "presunzione di non colpevolezza") ma, nella realtà (come già sottolineato in 1 § 3), esprime un concetto sovrapponibile a quello costituzionale per quanto concerne il significato della locuzione¹⁹¹. Mentre è sicuramente meno ampia per quanto riguarda il *dies ad quem*, che ancora all'accertamento legale della colpevolezza e non alla definitività dell'accertamento sulla responsabilità (come avviene per l'art. 27, comma 2, Cost.): il riferimento contenuto nella C.e.d.u.

¹⁸⁹ UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*², cit., 120.

¹⁹⁰ Così RUOTOLO, Sub. Art. 13 Cost., in BIFUICO-CELOTTO-OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 339.

¹⁹¹ Del resto l'ipotetica incompatibilità della "presunzione d'innocenza" con la custodia *ante iudicatum* è fugata dal riconoscimento espresso di quest'ultima ad opera dell'art. 5 § 1 lett. c) C.e.d.u.

potrebbe, cioè, anche coincidere, in una interpretazione restrittiva, con la sentenza di primo grado¹⁹².

Anche nel Patto internazionale sui diritti civili e politici¹⁹³ sono state inserite varie norme riconducibili alla tutela della libertà personale. Tra queste assume particolare rilievo l'art. 9, il quale riconosce in modo esplicito tale diritto, insieme a quello alla sicurezza della persona. Pure in questa Carta, pertanto, l'accostamento è sintomatico della valenza e della complessità di valutazione del diritto specifico e trattasi di due versanti dello stesso ambito di tutela e non di due diritti distinti e, per certi versi, contrapposti¹⁹⁴. Seguono, poi, le disposizioni che, pur ammettendo che un soggetto possa essere privato della libertà prima della celebrazione del giudizio, provvedono a circondare di una serie di garanzie tale eventualità. Così, dopo aver perentoriamente escluso qualsiasi forma di arresto o detenzione arbitraria, la norma in esame introduce una riserva di legge. Tuttavia l'art. 9 del Patto internazionale non specifica le ipotesi nelle quali l'arresto o la detenzione risultino legittime, ma si limita a prevedere che “nessuno può esser privato della propria libertà, se non per i motivi e secondo la procedura previsti dalla legge”. L'art. 9, inoltre, riconosce quali ulteriori garanzie disposte a favore del soggetto destinatario di misure privative della libertà personale, il suo diritto ad essere informato dei motivi dell'arresto e di ogni accusa mossa a suo carico, ad essere tradotto al più presto dinanzi all'autorità competente *ex lege*, ad essere giudicato entro un termine ragionevole o rilasciato, nonché il diritto ad ottenere un controllo sulla legalità del provvedimento restrittivo subito e, nel caso ne sia accertata l'illegalità, il diritto all'immediata liberazione e ad un indennizzo di natura patrimoniale. Dunque può

¹⁹² DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 30.

¹⁹³ Lo stesso è stato approvato dall'Assemblea Generale dell'ONU il 16 dicembre 1966.

¹⁹⁴ DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 31.

sostenersi che il Patto internazionale riconosca la legittimità della detenzione “provvisoria” *ante iudicatum* – laddove prevede il diritto a ricorrere ad un tribunale affinché decida senza indugio sulla legalità dell’arresto – ma sembra distinguerla nettamente e qualitativamente dalla sanzione penale legittimamente applicata all’esito del processo. Del resto, l’art. 10 § 2 lett. a) indica che gli imputati, tranne casi eccezionali, devono essere separati dai condannati e sottoposti ad un trattamento diverso, consono alla loro condizione di persone non condannate. Nello stesso articolo è anche stabilito che “qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana”. Infine, il P. i. d. c. p sancisce, negli stessi limiti e con gli stessi riferimenti individuati nella C.e.d.u., la “presunzione di innocenza”. All’art. 14 § 2, infatti, si afferma il diritto di ogni individuo accusato di un reato di essere presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente.

In tutte le Carte internazionali, dunque, emerge il rilievo fondamentale del diritto alla libertà personale, la “presunzione di innocenza” ed una sostanziale avversità nei confronti della custodia cautelare strumentalmente intesa, oltre alla necessità di distinguere nettamente il colpevole dall’imputato. Le fonti internazionali hanno una formidabile valenza, indicando garanzie che hanno una diretta – e sempre maggiore – rilevanza nella disciplina positiva che riguarda la libertà personale e condizionano inevitabilmente le scelte del legislatore nella specifica materia.

Da tempo, inoltre, la libertà personale trova tutela a livello comunitario, anche se, dapprima, in modo indiretto, ossia per il tramite della previsione dell’obbligo, per l’Unione europea, di rispettare i diritti fondamentali garantiti dalla C.e.d.u. e risultanti dalle

tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri¹⁹⁵. Con la proclamazione ufficiale a Nizza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nel dicembre del 2000, è stata esplicitamente riconosciuta la titolarità, in capo a ciascun individuo, del diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 6). La Carta di Nizza, tuttavia, pur essendo stata sempre un punto di riferimento essenziale per l'attività delle istituzioni comunitarie e dei giudici europei¹⁹⁶, per un lungo periodo ha assunto una mera rilevanza politica. L'obiettivo di attribuirle efficacia giuridica, inizialmente perseguito attraverso l'inserimento del testo della Carta di Nizza nella Parte II della Costituzione europea del 2004¹⁹⁷, è stato raggiunto mediante il Trattato di Lisbona¹⁹⁸, che rende giuridicamente vincolanti i principi in essa contenuti. Nel modificare il testo dell'art. 6 TUE, il Trattato di Lisbona afferma, infatti, da un lato, che "l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo", attribuendo alla stessa il valore giuridico dei trattati, e dall'altro lato, che "l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".

¹⁹⁵ Così disponeva l'art. 6 § 2 TUE attualmente modificato.

¹⁹⁶ Così RUOTOLO, Sub. Art. 13 Cost., in BIFUICO-CELOTTO-OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 341.

¹⁹⁷ La quale, come è noto, non è entrata in vigore, a causa della mancata ratifica di Francia e Paesi Bassi.

¹⁹⁸ Lo stesso è entrato in vigore l'1 dicembre 2009 ed è stato ratificato in Italia con la l. 2 agosto 2008 n. 130.

CAPITOLO II

LE CONDIZIONI GENERALI DI APPLICAZIONE DELLE MISURE CAUTELARI PERSONALI

2.1. Cenni introduttivi.

La messa a punto dei principi fondamentali in tema di libertà personale consente di delineare con maggiore precisione il sistema normativo ordinario predisposto proprio per attuare il progetto costituzionale di massima protezione dei diritti individuali e, contemporaneamente, di tutela del processo, nonché – secondo una ricorrente impostazione (non da tutti condivisa) – della collettività; esigenze, tutte, ritenute essenziali in quanto espressive di rilevanti valori costituzionali¹.

Prima di affrontare gli specifici aspetti suggeriti dalle disposizioni che regolano la vicenda cautelare, è utile evidenziare come, in questo ambito, rilevi non tanto il singolo atto processuale – pur importante – quanto, piuttosto, la situazione o fattispecie processuale², intesa quale complesso di atti e fatti omogenei, espressione di un potere legittimamente previsto ed esercitato, finalizzato al raggiungimento di

¹ Peraltro, queste esigenze cautelari corrispondono alle tipologie storicamente inserite nei vari contesti processuali quali situazioni idonee a legittimare la custodia prima del giudizio. Nell'ordinamento processuale penale italiano compaiono sin dai primi anni '80 con la legge 532/82 istitutiva del Tribunale del riesame, prima legge a superare decisamente le logiche che avevano ispirato la legislazione dell'emergenza e sono state poi sviluppate con le successive novelle del 1984.

² Sulla stessa cfr. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955; sulla fattispecie cautelare, in particolare, cfr. da ultimi NIGRO, *Fumus commissi delicti. La prova per la fattispecie cautelare*, Milano, 2004, 1 ss. e VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, Padova, 2004, 1 ss., in particolare 84 ss.

uno scopo definito. Tale complessità rivela la necessità di guardare al profilo funzionale ed alla dimensione finalistica della vicenda, che è composta di più momenti fattuali collegati e interdipendenti. Il fenomeno è caratteristico del processo penale, dove, peraltro, le patologie degli atti o i vizi processuali sono riconducibili sia alla presenza o non dei requisiti del singolo atto, sia al raggiungimento di una specifica finalità, oppure all'integrazione di una determinata garanzia prevista dalla legge processuale penale.

Nella vicenda cautelare, in particolare, rileva soprattutto questa seconda scansione, in quanto il momento cautelare è costruito come una tipica situazione processuale omogenea quanto a poteri e finalità. La vicenda *de libertate* è, per un verso, la somma di più fatti interconnessi; per altro verso, poi, è una fattispecie a formazione progressiva; ove, ad esempio, l'omissione dell'interrogatorio cautelare o il mancato tempestivo invio degli atti determina l'inefficacia della misura coercitiva imposta; anche se quest'ultima, in sé considerata, può essere formalmente ineccepibile e non altrimenti viziata; essa diventa inefficace, invece, per le conseguenze dovute alla mancata integrazione dei successivi elementi costituenti la più ampia situazione processuale di riferimento.

È essenziale, quindi, guardare alla vicenda cautelare nel suo complesso quale insieme di atti e fatti espressivi di un'unità ontologica e di una concatenazione logica, dove il prima e il dopo sono espressione non tanto di una contiguità meramente temporale, bensì di una progressione funzionale. In tal senso, parlare di situazione processuale rende meglio l'idea circa la latitudine del segmento procedurale e consente di guardare alla vicenda in un'ottica funzionale, unitaria e non meramente formale.

Il primo profilo generale da sottolineare concerne la legittimità del potere cautelare ed in particolare l'esigenza di giurisdizionalizzare i provvedimenti restrittivi (direttamente emergente, come si è visto, dalla Costituzione), espressa in modo eloquente dall'art. 279 c.p.p.; secondo il quale, sulla materia cautelare personale decide il giudice che procede³. Affidare le scelte sulla compressione della libertà personale al giudice rappresenta una scelta politica qualificante, che il legislatore italiano, in attuazione delle direttive costituzionali, ha effettuato già nel 1988 con una legge *ad hoc*⁴, anticipando, anche se solo di poco, l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale. La scelta e la tempistica di tale intervento legislativo dimostrano l'importanza riconosciuta al profilo e la sua essenziale rilevanza nel nuovo sistema processuale che si stava, all'epoca, attuando. L'anticipazione di alcune rilevanti novità in materia, poi, corrispondeva all'inderogabilità delle direttive sulla libertà personale; tra le quali sicuramente riveste un ruolo fondamentale il principio di giurisdizionalizzazione del provvedimento *de libertate*. Affidare al giudice la competenza cautelare rappresenta, quindi, un'operazione irrinunciabile nell'economia complessiva della disciplina dei provvedimenti di coercizione personale.

A questo primario aspetto si affiancano, poi, ulteriori profili generali, che configurano profili essenziali della normativa; avendo, peraltro, una diretta derivazione dalle fonti sovraordinate⁵.

³ Sul punto cfr. APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, 2003, 61 ss.

⁴ Con la legge 330 del 1988 (su tale rivoluzione normativa cfr., per tutti, AA.VV., *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di GREVI, cit., e sul principio di giurisdizionalità in particolare cfr., nel contesto dell'opera citata, il contributo di RICCIO, *Principio di giurisdizionalità e vincoli alla discrezionalità nell'odierna disciplina della libertà personale*, 17 ss.).

⁵ Così DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da SPANGHER, vol. II, tomo II, *Le misure cautelari*, a cura di SCALFATI, UTET, 2008, 33-34.

2.2. Il principio di legalità cautelare e i suoi corollari.

Il codice di rito penale introduce le disposizioni sulle misure cautelari personali stabilendo un importante canone, definito, in modo emblematico, “principio di legalità cautelare”, costituente espressione del più generale principio di legalità che qualifica l’intero ordinamento giuridico. L’art. 272 c.p.p., infatti, – anche se a termini invertiti rispetto a quanto previsto dall’art. 13, 1° comma, Cost. («la libertà personale è inviolabile»), ma dando alla stessa norma piena attuazione – recita: «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, quindi, alle condizioni fissate dagli artt. da 273 a 315).

In altri termini, richiedere che ogni restrizione *de libertate* sia operata in conformità del modello legalmente fissato equivale ad autorizzare previsioni normative delle misure di coercizione personale ispirate al rispetto della “riserva di legge” e della “riserva di giurisdizione”⁶. Probabilmente, sarebbe stata più opportuna una formula costruita in termini negativi (come quella adottata nelle Convenzioni internazionali), perché l’ambiguità con cui la disposizione codicistica ha tradotto il principio di legalità lascia – come è stato notato, «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»⁷.

⁶ FERRAIOLI, *Misure cautelari*, in Enc. giur. Treccani, vol. XX, 1996, 3.

⁷ GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO-GREVI, Padova, 2003, 635; sul tema si veda anche ZAPPALÀ, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, Milano, I, 2004, 403 ss.

La norma *de qua*, in ogni caso, fissa la regola generale in tema di limitazioni della libertà della persona⁸, contenendo una molteplicità di profili. Innanzitutto, – come già detto – essa esprime il principio di legalità e – secondo una dottrina quasi unanime – quello di tipicità; in base ai quali canoni, soltanto nei casi stabiliti dalla legge e con le modalità da questa contemplate è possibile limitare la libertà personale di un individuo. Nel rispetto, cioè, del più generale principio sancito dall'art. 13 comma 2, Cost., il codice ha inteso ancorare la misura restrittiva ad una previsione legale (nella fattispecie, quella del codice di procedura penale) ed ad una tassativa indicazione del provvedimento; pertanto, tipiche e nominate sono le misure cautelari personali, così come tipici e nominati sono i casi, le forme e i presupposti in relazione ai quali le stesse possono essere adottate. D'altronde, è proprio la definizione come «inviolabile» della libertà personale ad evidenziare come il potere di limitarla abbia carattere di eccezionalità e, quindi, possa essere esercitato soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge⁹.

Si è osservato che la regola espressa dall'art. 272 c.p.p. non starebbe meramente a sottolineare la necessità di una previsione legale, in quanto tale esigenza già scaturisce dalle riserve di legge dettate dal testo costituzionale per la libertà personale così come per tutta una serie di altri diritti; la disposizione esprimerebbe, piuttosto, il proposito di ridurre ad un “numero chiuso” le figure di misure coercitive utilizzabili in funzione cautelare nel corso del procedimento penale¹⁰; di conseguenza, non potrebbero essere applicati

⁸ In questo senso DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 34; FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in SPANGHER, SANTORIELLO, *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009, 1; SPANGHER, *La libertà personale. Misure cautelari*, in SPANGHER, SANTORIELLO, *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009, XV.

⁹ TONINI, *Manuale*, 329.

¹⁰ CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, Torino, 2005, 454.

provvedimenti diversi da quelli espressamente considerati¹¹. È utile evidenziare, a questo proposito, come l'art. 272 c.p.p. non richiami in generale la legge, bensì specificamente le disposizioni del titolo I del libro IV c.p.p., quali uniche fonti capaci di generare le possibili restrizioni, in modo da circoscrivere quanto più è possibile l'ambito ordinamentale coinvolto dall'individuazione di situazioni legittimatrici eccezionali. Il tentativo è stato quello di dare «una portata, in via di principio, esaustiva alla disciplina codicistica, sia quanto a presupposti legittimanti, sia quanto a dinamica esplicativa del potere cautelare, facendo così *tabula rasa* di ogni preesistente regime speciale in materia di cautele processuali che incidono sulla libertà della persona»¹².

In tale prospettiva, va sottolineato come vi siano misure che, pur comportando una più o meno ampia limitazione della libertà personale, non possono essere definite cautelari in senso stretto, non essendo emesse dal giudice nel rispetto dei presupposti e delle condizioni di applicabilità di cui agli artt. 273, 274, 280 e 287 c.p.p. Restano, quindi, fuori dal sistema dettato in materia di misure cautelari l'arresto, il fermo e l'accompagnamento coattivo, in quanto provvedimenti diretti a soddisfare altre e diverse esigenze. Ciò vale altresì per tutte le altre limitazioni della libertà personale, previste da leggi speciali, che sono prive di finalità cautelari (quale, ad esempio, quella prevista dall'art. 15, comma 2, t.u.l.p.s.)¹³.

Il principio di legalità cautelare esclude, pertanto, che tipologie restrittive possano derivare da fonti normative diverse da quelle espressamente richiamate. Sotto questo profilo, non trova giustificazione cautelare il peculiare trattamento penitenziario,

¹¹ DRAGONE, *Le misure cautelari*, 487.

¹² In tal senso CHIAVARIO, *sub art. 272*, in *Comm. Chiavario*, III, Torino, 1990, 24.

¹³ CHIAVARIO, *sub art. 272*, in *Comm. Chiavario*, cit., 1990, 26.

riservato ai detenuti più pericolosi, previsto dall'art. 41-*bis* ord. penit.; il quale trattamento, lungi dal costituire solo una mera modalità di custodia inframuraria, integra, per qualità e per modalità di concreta esplicazione, una ipotesi coercitiva ulteriore rispetto a quelle disciplinate dal codice di rito: si tratta, in particolare, di una misura cautelare *atipica*, come tale poco compatibile con la previsione dell'art. 272 c.p.p.¹⁴. Ma anche se quella di cui all'art. 41 - *bis* fosse una modalità accessoria della custodia cautelare inframuraria, essa dovrebbe trovare la sua fonte di legittimazione nell'impianto codicistico e non al di fuori di questo. Se, poi, si considera la peculiare potenzialità lesiva di questa forma di restrizione (da considerarsi come quella più severa), non si può che desumerne la profonda illegittimità del suo posizionamento al di fuori del sistema delle cautele previsto dal codice di rito¹⁵. Come si è giustamente sottolineato, questa soluzione costituisce un dato allarmante, verificandosi, per tale via, «un vero e proprio ritorno a quell'arte psico-compulsiva intesa al discorso confessorio che si credeva superata»¹⁶. Per questa strada si viene in definitiva a disattendere non soltanto il concetto di cautela – che solo potrebbe giustificare il trattamento in oggetto – ma addirittura la presunzione costituzionale di non colpevolezza (per cui si rinvia al cap. I § 3).

Le rigide regole normative fin qui evidenziate, che contemplano i precisi presupposti e le specifiche condizioni cui ancorare l'applicazione concreta delle misure cautelari, sono dunque rivolte a circoscrivere l'ambito dell'inevitabile discrezionalità, nondimeno sussistente, in capo al giudice, nell'applicazione della singola misura. Una discrezionalità, tuttavia, vincolata del provvedimento, essendo il

¹⁴ Sviluppa questa prospettiva FIORIO, *Giusto processo e fenomenologia della detenzione*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, (a cura di) CERQUETTI-FIORIO, Padova, 2004, 172.

¹⁵ Così DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 37.

¹⁶ In questi termini CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, 457.

giudice svincolato da meccanismi automatici di valutazione e dovendosi orientare caso per caso¹⁷.

Più in particolare, il principio di discrezionalità del potere cautelare, si ricava, dal tessuto normativo, laddove si sancisce che le libertà personali “possono” essere limitate con misure cautelari; il che appare attuare pienamente la direttiva n. 59 di cui alla legge delega n. 81 del 1987, nella parte in cui si parla di “potere-dovere” del giudice di disporre la misura cautelare richiesta in presenza dei presupposti di legge. Si tratta, peraltro, di una discrezionalità ricognitiva dei presupposti legislativamente prefissati¹⁸. Non vi è, pertanto, automaticità della misura: valutata discrezionalmente l’esistenza o non dei requisiti di legge, il giudice è tenuto a decidere di conseguenza, scegliendo la misura più adatta al caso di specie, secondo i principi di adeguatezza, di proporzionalità e del minor sacrificio.

Questa discrezionalità vincolata (o “guidata”) opera non solo nel momento applicativo della misura, ma anche durante tutto il corso del procedimento. L’art. 272 c.p.p. – come già anticipato – stabilisce una caratteristica essenziale del sistema cautelare, cioè l’eccezionalità del provvedimento restrittivo: questo non può considerarsi in alcun modo fisiologicamente connesso alla vicenda processuale penale¹⁹. Tale eccezionalità dimostra come “la vicenda cautelare” non possa mai costituire la normalità nell’ambito del processo, ma rappresenti, in ogni caso, un momento di “crisi”, comportando la compressione di alcuni fondamentali interessi tutelati a livello costituzionale. Ed è un fatto molto positivo che un evento così drammatico – appunto, la compressione di un diritto fondamentale – venga considerato

¹⁷ In questo senso SPANGHER, *sub art. 272*, in *Comm. Giarda, Spangher*, cit., 2817.

¹⁸ NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 689.

¹⁹ Sul punto SPANGHER, *sub art. 272*, in *Comm. Giarda, Spangher*, I, ultima ed., Milano, 2007, 2817.

eccezionale e solo strumentale al raggiungimento di talune legittime finalità, peculiari e ben definite.

Si è inoltre sottolineato come questo profilo abbia anche ulteriori implicazioni, dal momento che la limitazione della libertà personale durante l'*iter* procedimentale finisce per compromettere anche la possibilità d'una piena esplicazione di altri diritti, fisiologicamente esercitabili in precedenza. Ci si riferisce qui, in primo luogo, al diritto di difesa, il quale, inevitabilmente, subisce una compressione in esito all'atto cautelare. Si vuole dire, cioè, che in stato di custodia cautelare – specie se questa viene attuata in carcere – il prevenuto si difende peggio: egli si deve affidare necessariamente, in via esclusiva, al difensore tecnico. Viene inevitabilmente compresso, invece, lo spazio per la difesa materiale, essenziale per la piena attuazione del diritto *de quo*. La permanenza dello *status coercitionis* limita anche le occasioni difensive, determinando una situazione certamente non ottimale per esercitare al meglio quelle poche che l'imputato riesce a cogliere compiutamente. Il dato – che, naturalmente, va non già sovrastimato, ma valutato nella sua oggettiva portata – dimostra come la scelta di applicare una misura cautelare custodiale debba anche confrontarsi con altri diritti fondamentali, che, inevitabilmente, ricevono una *deminutio* in esito alla sua imposizione²⁰.

Quale diretta conseguenza del principio di legalità, inoltre, si riconosce al giudice della cautela ed a quello del riesame o dell'appello il potere di qualificare giuridicamente il fatto posto a base della richiesta cautelare in modo difforme da come lo ha definito il pubblico ministero²¹. Ci si riferisce, qui, in verità, ad una consolidata

²⁰ DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 34-35.

²¹ In tal senso cfr. Cass. pen. 16-4-2003, M., CED 224397.

tradizione, secondo la quale il *dominus* della qualificazione giuridica del fatto è sempre il giudice.

Inoltre, – secondo la giurisprudenza – le misure cautelari possono essere applicate esclusivamente nella forma di certe figure tassativamente definite; pertanto, non è ammissibile l'applicazione simultanea, in un *mixtum compositum*, di due diverse misure tipiche quali l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, di cui all'art. 282, ed il divieto o l'obbligo di dimora previsto dall'art. 283²². Si tratta, peraltro, di questione controversa. Difatti, secondo un primo orientamento, è preclusa – in tutti i casi in cui non sia espressamente consentita da norme processuali – l'applicazione congiunta di misure coercitive che pure siano tra loro astrattamente compatibili, quali il divieto di espatrio, l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria ed il divieto od obbligo di dimora, di cui agli artt. 281, 282 e 283²³. In senso contrario, si è invece affermato che, in tema di misure cautelari personali, l'applicazione congiunta di misure coercitive tra loro compatibili deve ritenersi consentita anche fuori dalle ipotesi disciplinate dagli artt. 276 (relativo all'ipotesi di trasgressione delle prescrizioni inerenti ad una misura precedentemente imposta) e 307 (concernente i provvedimenti in caso di scarcerazione per decorrenza termini); infatti, la legge impone l'adozione del trattamento meno afflittivo tra quelli idonei ad assicurare le esigenze cautelari del caso di specie, e la combinazione tra i vincoli derivanti da più misure può consentire la rinuncia a provvedimenti di tipo custodiale altrimenti necessari²⁴.

A portare ordine sul punto sono intervenute le Sezioni Unite, al cui avviso l'applicazione cumulativa di misure coercitive può essere

²² Cass., I, 27-9-2004, Mosca, CED 230025.

²³ V. *amplius* Cass., II, 9-1-2002, Colella, CED 221151.

²⁴ V. *amplius* Cass., VI, 24-5-2004, Milloni, CED 230000; Cass. V, 27-6-2000, Goglia, CED 216543.

disposta soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge, cioè dagli artt. 276 e 307 comma 1-*bis*²⁵.

Ancora, il tenore letterale dell'art. 272 è molto ampio. Quali siano "le libertà della persona" (o, meglio, le espressioni della libertà personale) cui si riferisce la disposizione è facilmente ricavabile dalle successive norme riguardanti le cautele personali. In proposito, una dottrina ha sostenuto che l'art. 272, nel riferirsi alle "libertà della persona" e non alla "libertà personale", intendere specificare che la regolamentazione interessa tutte le misure restrittive, e non solo quelle che si riferiscono alla libertà fisica di movimento. Sarebbero, quindi, coperte dalla garanzia di legalità cautelare non solo tutte le misure che incidono sulla libertà personale, ma anche quelle che limitano la libertà di circolazione, stante lo stretto collegamento dell'art. 13 Cost. con le altre garanzie costituzionali²⁶. Di conseguenza, l'art. 272 comprenderebbe anche le misure interdittive e quelle, tra le misure coercitive, che hanno contenuto prescrittivo e obbligatorio; i quali provvedimenti tutti mal si rapportano all'idea di una loro diretta incidenza sulla libertà personale²⁷ (si veda, in proposito, anche cap. I § 2).

Il legislatore ha previsto, dunque, un' ampia gamma di misure restrittive, di afflittività assai diversa e crescente, distinguendo, in particolare, tra misure coercitive e misure interdittive. La diversificazione nominalistica evidenzia la ragion d'essere dei due gruppi di misure limitative: le prime (quelle coercitive) intervengono sulla libertà fisica, limitandola in modo più o meno inteso; le seconde interdicono, invece, l'esercizio di una specifica attività o funzione e, per questa strada, comunque determinano una consistente riduzione

²⁵ C SU, 30-5-2006, La Stella, CED 234138; *DGius* 2006, 38, 69, con nota di SPANGHER.

²⁶ DE CARO, *Libertà penale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, 190 ss.

²⁷ Così CHIAVARIO, *sub art. 272*, cit., 26; MARZADURI, *Misure cautelari personali (Principi generali e disciplina)*, in *Digesto pen.*, VIII, Torino, 1994, 62 ss.

della libertà del soggetto²⁸. Di tutti i suddetti provvedimenti, solo alcuni (precisamente: la detenzione in carcere, la detenzione presso il domicilio o altro luogo di privata dimora e la detenzione in una casa di cura) integrano la “custodia cautelare”: sono forme di coercizione particolarmente incisive, equiparabili, per la loro identità strutturale, alla eventuale sanzione definitiva. Il tempo trascorso in tali condizioni, di conseguenza, va sottratto a quello alla pena da espiare in concreto.

Il tema relativo all’espressione utilizzata dal codice, nell’art. 272, però, è più complesso; a questo pare che ci si debba accostare muovendo dalla concezione della libertà personale quale emerge dall’intero ordinamento. È palese, infatti come sia estremamente riduttivo considerare, ad esempio, la custodia in carcere alla stregua di impedimento a disporre del proprio essere fisico, dimenticando quanto la conseguente situazione abbia implicazioni rilevanti nella sfera psichica; e, quindi, quanto peso abbia, in termini di autodeterminazione, il vincolo fisico. Basta davvero spostare di poco lo sguardo; ed allora, nella costrizione fisica non è affatto difficile cogliere l’aspetto di sostanziale compromissione quanto alla libertà di scegliere l’atteggiamento da assumere nella disputa processuale. Relegare questo profilo con una sorta di “*non liquet*” – magari evocando una regola non verificabile, quale quella della permanente integrità caratterizzante la libertà “morale” del soggetto “*in vinculis*” – significa affrontare in maniera del tutto parziale la problematica delle libertà, sostanzialmente dimenticando che la libertà costituisce l’essenza della personalità umana. Solo muovendo dalle implicazioni

²⁸ Appartengono al primo gruppo: la custodia cautelare in carcere, gli arresti domiciliari, la custodia cautelare presso un luogo di cura, il divieto di espatrio, l’obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, l’allontanamento dalla casa familiare, il divieto e l’obbligo di dimora. Rientrano, invece, nell’ambito delle misure interdittive: la sospensione dall’esercizio della potestà dei genitori, la sospensione dall’esercizio di un pubblico ufficio o servizio, il divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali.

che ogni impedimento comporta, in relazione alla complessità delle libertà della persona, è quindi possibile cogliere - pur restando nell'ambito del sistema quale risulta *de iure condito* - spunti per migliorare l'interpretazione del sistema stesso; almeno nel senso di ricondurre le misure cautelari alle esigenze effettive del processo, da perseguire nel rispetto dei diritti riconosciuti dall'ordinamento all'imputato. La quale operazione pare poter avvenire soltanto riaffermando la validità della tesi secondo cui la libertà personale è da intendere non già soltanto come «possibilità dell'individuo di disporre in via esclusiva del proprio essere fisico», bensì anche come «piena disponibilità anche psichica e morale di se stessi»²⁹.

E' evidente, quindi, che il mezzo con il quale la libertà può essere compressa di norma passa pur sempre attraverso una certa coazione fisica; esplicita, nel caso delle misure coercitive propriamente dette; comunque implicita, per contro, nei divieti, nelle prescrizioni e negli obblighi che compongono il sistema delle misure interdittive. Tale coazione fisica, anche laddove non si esprima nella forma più evidente (la cattura), ripropone sempre il problema della sua necessità e dei suoi limiti, in relazione a finalità proprie del processo; e, quindi, la questione dell'individuare i parametri per la legittimazione dell'intervento coattivo.

Pertanto, previste le varie tipologie limitative, la legge ha disciplinato, in modo assolutamente puntuale, le condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari personali, il corrispondente procedimento attuativo ed il sistema dei relativi controlli, sviluppando al riguardo, in modo coerente e complessivo, le garanzie costituzionali.

²⁹ PACE, voce *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 287.

Le misure limitative della libertà personale sono, per loro natura, temporanee e provvisorie³⁰: sono cioè destinate a durare un tempo limitato e continuamente rivedibili. Queste caratteristiche costituiscono elementi fondanti la vicenda cautelare perché delimitano la tipologia dei provvedimenti ammissibili e si oppongono alle più rischiose mutazioni genetiche della corrispondente “filosofia”. La temporaneità e la provvisorietà sono, peraltro, corollari indefettibili del principio di eccezionalità: lo riempiono di contenuto, ostacolando decisamente la tentazione di circoscrivere tale canone solo alla individuazione delle ipotesi nelle quali si può applicare una restrizione coercitiva o interdittiva; tale carattere va, invece, considerato come esteso all’intera vicenda cautelare, dall’inizio al suo naturale epilogo. L’eccezionalità, cioè, qualifica la provvisorietà e la temporaneità, rendendo questi caratteri effettivi.

In particolare, per quanto concerne la provvisorietà, essa consiste, nella «inidoneità a regolare in maniera duratura e stabile una particolare situazione giuridica»³¹; più specificamente, nell’incapacità della misura cautelare di «consolidarsi in un provvedimento che definisca, in modo ultimativo, il punto di tensione tra libertà dell’imputato e accertamento del dovere di punire»³². La provvisorietà è, in fondo, un connotato intrinseco della vicenda cautelare e non riguarda solo gli effetti di questa, ma coinvolge lo stesso atto impositivo, per sua natura «radicalmente refrattario alla stabilità»³³.

Anche se la distinzione tra atto ed effetti dell’atto è indiscutibile (almeno sotto il profilo formale), nella misura in cui definisce due ambiti non sovrapponibili, tale diversità non può scalfire la

³⁰ Sul concetto di provvisorietà, si veda, VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, cit., 36 ss.

³¹ In tal senso, DI TROCCHIO, *Provvedimenti cautelari (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1988, 847.

³² Così VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, cit., 35.

³³ VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, cit., 37.

“provvisorietà”, che quindi investe l’intera vicenda, costituendone un tratto peculiare.

La stessa distinzione, invero, è stata utilizzata per fondare e legittimare il concetto di “giudicato cautelare”; cioè, l’effetto preclusivo della decisione *de libertate*, scalfibile solo da fatti nuovi rispetto a quelli oggetto di valutazione³⁴. La preclusione (relativa) imposta dal giudicato cautelare – istituto che pone non poche perplessità circa la sua compatibilità con l’assetto complessivo del sistema di tutela della libertà personale – non mette però in crisi la provvisorietà, ma si limita a condizionarne la valenza; richiedendo, per superare il vincolo indotto, determinate sopravvenienze fattuali, secondo uno schema peraltro tipico delle decisioni allo stato degli atti³⁵. L’ordinanza che applica una misura cautelare, infatti, è tipico provvedimento emesso allo stato degli atti, di natura interlocutoria, reso sulle scorta delle risultanze fino ad allora acquisite ed idoneo ad innescare una vicenda modificabile in presenza non solo di fatti nuovi, ma anche di elementi preesistenti prima non valutati o valutati male; ovvero anche solo per effetto di una rivisitazione, *melius re perpensa*, degli stessi dati³⁶.

La nozione, parzialmente differente, di temporaneità indica che ogni vicenda cautelare è destinata a durare un tempo limitatissimo, funzionale alla sola salvaguardia di esigenze effettive; che tale situazione è continuamente rivedibile, ripensabile, a prescindere dall’intervento di elementi nuovi; i quali, peraltro, ove presenti, impongono una nuova valutazione.

³⁴ Si sostiene, cioè, che la provvisorietà riguarderebbe solo gli effetti ma non l’atto che, pertanto, sarebbe capace di acquisire quella sorta di irrevocabilità o effetto preclusivo noto in gergo come giudicato cautelare. Così DI TROCCHIO, *Provvedimenti cautelari (dir. proc. pen.)*, cit., 847.

³⁵ Sui provvedimenti allo stato degli atti cfr., per tutti, LORUSSO, *Provvedimenti allo stato degli atti e processo penale di parti*, Milano, 1995.

³⁶ Così CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, 514, secondo il quale anche l’atto iniquo esige un rimedio; in questa direzione anche MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, cit., 84.

Da questa prospettiva discende, evidentemente, una critica all'amplificazione del giudicato cautelare³⁷ operata dalla giurisprudenza³⁸; la quale considera sostanzialmente imm modificabile la decisione cautelare senza l'intervento di fatti nuovi, diversi dal mero decorso del tempo; dato, quest'ultimo, considerato dagli stessi giudici di valore neutro e di per sé incapace di mutare il quadro *de libertate*³⁹. Peraltro, questa interpretazione comporta una disapplicazione concreta dei principi di eccezionalità, provvisorietà e temporaneità.

Invece, la periodica rivalutazione dell'impianto cautelare è nella logica del sistema e, *de iure condendo*, dovrebbe essere normativamente scandita in modo puntuale. La continua rivedibilità della misura imposta vive, oltre che nell'intrinsecità del sistema stesso, in alcune sue scansioni normative. Tale caratteristica sta alla base, ad esempio, del dovere del giudice di intervenire sulla statuizione cautelare anche d'ufficio, in alcune situazioni particolari (si veda l'art. 299, comma 3, ultima parte, c.p.p.). Alla stessa direzione interpretativa, poi, conduce la lettera dell'art. 299 comma 1 c.p.p., ove è imposta la revoca della cautela ogni qual volta mutano le condizioni che ne hanno legittimato l'adozione, anche in conseguenza di fatti sopravvenuti. Ciò sta a significare che, normalmente, una "rivisitazione" della situazione cautelare è possibile anche a prescindere da fatti nuovi, purché emerga il venir meno oppure la mutazione delle condizioni originarie. Da questo punto di vista, anche (anzi, soprattutto) il decorso del tempo determina di per sé la naturale modifica della situazione iniziale. In relazione, poi, ad un ulteriore

³⁷ Sui profili generali del giudicato cautelare cfr. PIERRO, *Il giudicato cautelare*, Torino, 2000.

³⁸ Anche se l'indirizzo più rigido che riteneva superabile il giudicato cautelare solo da elementi nuovi e sopravvenuti (Cassaz., S.U., 21-7-1993, Dell'Olmo, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 1994) deve ritenersi superato da una giurisprudenza che valorizza anche gli elementi preesistenti e non valutati dal giudice (Cass. pen., 10-2-2000, Monelli, in *Cass. pen.*, 2001, 939; Cass. pen., 28-9-1998, Cieri, in *CED* n. 214578).

³⁹ In tal senso cfr. Cass., S.U., 8-7-1994, Buffa, in *Cass. pen.*, 1994, 2928, con nota di POTETTI, *Riesame, appello e revoca in tema di misure cautelari: una convivenza difficile; nonché Cass.*, S.U., 12-11-1993, GALLUCCI, *ivi*, 1994, 1487.

aspetto, è orientamento consolidato quello per cui, stante la natura processuale delle norme che disciplinano le misure cautelari (le quali sono strumentali rispetto alle norme penali, in quanto dirette ad assicurarne l'applicazione), non opera, *in subiecta materia*, il principio d'irretroattività (previsto dagli artt. 25 Cost. e 2 c.p.); di conseguenza, tutte le vicende comunque connesse ad una successione nel tempo di norme corrispondenti sono regolate invece dal principio del *tempus regit actum*; pertanto eventuali modifiche normative si applicano immediatamente⁴⁰.

Il quadro dei principi generali deve essere completato con un sintetico richiamo alla regola della domanda cautelare; secondo il quale, in linea con il più generale principio espresso dal brocardo *ne procedat iudex ex officio*, una misura cautelare può essere applicata ovvero può essere sostituita con una più gravosa solo a condizione che ve ne sia una richiesta espressa del pubblico ministero. Per contro, in ossequio al *favor libertatis* che informa l'intero ordinamento penale, «è riconosciuto al giudice, in determinate situazioni, l'esercizio di un potere officioso di revoca o di sostituzione della misura cautelare personale, quando, avendo occasione di intervenire sulla regiudicanda, rilevi una mutazione delle condizioni di legittimazione delle vicenda cautelare»⁴¹.

Infine, una riflessione: considerati i tre principi generali che governano la disciplina delle misure cautelari (quelli di giurisdizionalizzazione, di legalità e della domanda), emerge che il diritto fondamentale ad essi sottostante (*i.e.*, la libertà personale) porta

⁴⁰ Sul più generale tema della valenza delle norme processuali nel tempo cfr. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999; sul principio del *tempus regit actum* applicato alle misure cautelari cfr. APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, cit., 64 ss.; SPANGHER, *sub art. 272*, in *Comm. Giarda, Spangher*, cit., 2817.

⁴¹ Così APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, cit., 63.

a definire la *strumentalità* della situazione determinata dall'adozione della misura come carattere coesenziale al concetto di cautela.

Nell'ipotesi *de qua*, infatti, un orientamento dottrinale⁴² ha rilevato come la *strumentalità* attenga ad una situazione volta a tutela del processo. Sovente ciò si dà per sottinteso e la *strumentalità* della misura rispetto al processo è vista nell'ottica della *provvisorietà*, in relazione tanto ad una futura situazione definitiva, rispetto alla quale il provvedimento si assume prodromico, quanto alla *temporaneità* in termini di durata dell'atto stessa.

Alla stregua di un'impostazione consolidata, si è soliti affermare che la cautela processuale penale personale, così come ogni altra cautela, trovi la sua ragion d'essere nel fatto che il processo, inteso come «categoria di fattispecie complessa a formazione successiva»⁴³, implichi necessariamente un evolversi nel tempo, onde «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»⁴⁴; tra le quali, appunto, rientrano i provvedimenti cautelari. Il protrarsi del procedimento «in tempi e momenti diversi» determinerebbe, così, «inevitabilmente, uno scorrere del tempo tra l'origine del processo e la sua definizione, nel corso del quale il verificarsi di eventi pregiudizievoli può mettere in pericolo la compiuta realizzazione dell'interesse giuridico protetto»⁴⁵. Di conseguenza, si è soliti ritenere «inevitabile l'esigenza di un intervento in forma immediata al fine di garantire le fattispecie giuridiche lese che solo con il provvedimento finale potranno dirsi

⁴² FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in AA.VV., *Le misure cautelari personali*, a cura di SPANGHER-SANTORIELLO, Torino, 2009, 12.

⁴³ Così CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1995, 121.

⁴⁴ DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953, 27.

⁴⁵ CASTELLANO-MONTAGNA, voce *Misure cautelari reali*, in *Dig.disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 99.

integralmente reintegrate»⁴⁶; pertanto, si identifica la funzione dei provvedimenti cautelari nella «relazione che passa tra due termini: la necessità che il provvedimento, per essere praticamente efficace, sia emanato senza ritardo e la inettitudine del processo ordinario a creare senza ritardo un provvedimento definitivo»⁴⁷. Anche la misura cautelare personale, alla stregua di questa prospettiva, corrisponde all'esigenza di garantire che l'emanazione del provvedimento definitivo espliciti i suoi effetti su di una situazione di fatto corrispondente a quella operante al momento della domanda giudiziale.

Si è sostenuto, tuttavia, che tale impostazione non colga la peculiarità dell'oggetto della tutela nel caso della cautela personale nel processo, tanto in relazione alla libertà che risulta compressa quanto all'esigenza cautelare sottesa. In questa prospettiva, – si è aggiunto – qualsivoglia tesi la quale veda anche la cautela personale come preordinata all'emissione del provvedimento definitivo sconta all'origine un evidente disinteresse verso la particolarità di siffatta cautela in rapporto al sistema dei diritti e delle garanzie che la definiscono come strumentale soltanto al processo. Ove tale sistema non si consideri adeguatamente, le deviazioni paiono essere consequenziali. Sì che, riproducendo schemi che possono andare bene per altro genere di cautela, risulterà evidentemente consentito quanto pure si proclama inaccettabile: dalla strumentalità – intesa come necessità di intervento immediato in vista degli effetti del provvedimento futuro – sarà addirittura naturale far discendere la destinazione della misura cautelare ad anticipare; inoltre, svincolandola dalle esigenze dei singoli momenti processuali, ogni

⁴⁶ CASTELLANO-MONTAGNA, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁷ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 19. Nello stesso senso SIRACUSANO, *Tutela provvisoria e giustizia penale differita*, in *Pol. del dir.*, 1981, 88; GAITO, *Incidente di esecuzione e procedimenti incidentali*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 52.

esigenza di tutela sociale – magari correlata alla situazione soggettiva dell'imputato risultante dall'indagine o dal processo – potrà essere considerata come “processuale”; contrariamente ad ogni criterio, allora, sarà tale pure quella di restringere la libertà personale dell'individuo socialmente pericoloso.

Se si accoglie questa concezione, però, ci si pone ben oltre il limite della cautela. E se, proprio nella prospettiva della strumentalità, è stato dedicato alle misure cautelari tutto un libro del codice di rito penale, nella configurazione dogmatica di tali istituti non pare si sia andati molto al di là delle teorie proposte sui «vecchi quadri legislativi cui mancava una prospettiva organica della tutela cautelare, mentre la materia della custodia preventiva costituiva un capitolo dell'istruzione»⁴⁸.

Né pare si sia adeguatamente considerato il rilievo di taluni fondamentali principi: l'inviolabilità della libertà personale, il divieto di considerare colpevole l'imputato e il canone *nemo tenetur se detegere*. Questi concetti portano a definire in modo positivo la nozione di cautela, relazionandola alle esigenze del processo; quindi, alla stregua dei diritti umani fondamentali, la strumentalità della cautela personale conduce a finalizzare tale misura alle esigenze del processo, e non alla situazione futura determinata dalla decisione definitiva. La presunzione di non colpevolezza, infatti, porta a considerare la strumentalità della cautela in senso oggettivo; pertanto, ogni privazione della libertà personale non solo non deve essere una anticipazione della pena, ma nemmeno deve oltrepassare i limiti di quanto necessario all'ordinato procedere, in relazione al pregiudizio che l'imputato potrebbe arrecare al processo. Il diritto al silenzio, invece, si pone come canone fondamentale di interpretazione, essendo

⁴⁸ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 468.

tale da far evitare che la compressione della libertà personale, da misura cautelare, degeneri in strumento di coartazione della volontà⁴⁹.

È, peraltro, la naturale essenza dell'istituto in oggetto ad essere intaccata, allorquando la misura cautelare sia piegata verso finalità diverse da quelle, meramente processuali, sue proprie. Già il Carrara, nel suo *Programma*⁵⁰, ammoniva dicendo: «siffatta custodia, considerata rispetto ai bisogni della procedura, non potrebbe essere che brevissima: tanto quanto necessaria per interrogare l'imputato, ed avere dalla sua viva voce tutti quegli schiarimenti che la istruzione può desiderare. Dopo di ciò non vi sarebbe per questo lato ragione di ritenerlo. Laonde il suo prolungamento in faccia alla rigorosa ragione sarebbe ingiusto, perché pecca di petizione di principio». All'epoca, né la presunzione di innocenza né il diritto al silenzio erano espressamente sanciti in alcun testo normativo. Oggi, nonostante questi fondamenti siano stati ormai acquisiti, esigenze non strettamente processuali portano a dilatare la possibilità di comprimere la libertà personale oltre il senso stesso della cautela, finendo, così, con il trascurarne la naturale relazione strumentale col processo. Da ciò, la deriva verso istanze di difesa sociale o di costrizione della volontà dell'indagato, attraverso l'uso di sistemi di custodia particolarmente rigorosi. Di conseguenza, in mancanza di un recupero del concetto di strumentalità della cautela a fini squisitamente processuali, non pare siano sufficienti i rilievi e gli ammonimenti, provenienti anche da istituzioni ed organismi sovranazionali⁵¹, a far cessare pratiche arbitrarie ormai invalse.

⁴⁹ FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in AA.VV., cit., 12-13.

⁵⁰ CARRARA, *Programma, Parte generale*, § 897.

⁵¹ In tal senso, la destinazione del custodito nei circuiti di massimo rigore carcerario, alla quale già si è fatto cenno, costituisce vera e propria perversione del concetto di cautela e, all'un tempo, evidente svilimento della natura processuale dell'istituto, cui rifugge qualsiasi finalità afflittiva o, peggio, di insinuante coazione verso scelte di collaborazione. Registrare come un Osservatore sovranazionale abbia "visto" tale situazione è un tutt'uno col prendere atto che, nonostante le sollecitazioni degli organismi europei, nulla ancora s'è mosso. In proposito degno di attenzione è

2.3. I «gravi indizi di colpevolezza» come condizione delle misure cautelari personali.

Immediatamente dopo l'enunciazione del principio di legalità, la normativa codicistica in materia cautelare prosegue, secondo una logica consequenziale, indicando le condizioni generali di applicabilità delle misure limitative. È espressione diretta della legalità, infatti, la predisposizione rigida e non derogabile dei parametri di legittimazione ed esercizio del potere cautelare, in sintonia con l'architettura costituzionale e sovranazionale.

Le prime disposizioni a collocarsi in quest'ottica sono quelle dell'art. 273 c.p.p.; questo subordina l'applicazione di qualunque misura cautelare personale all'esistenza di due iniziali condizioni⁵²: i gravi indizi di colpevolezza (comma 1) e la mancanza di una causa di giustificazione o di non punibilità, oppure di estinzione del reato o della pena che si ritiene applicabile (comma 2).

quanto rilevato dal Commissario europeo per i diritti umani Alvaro Gil-Robles nella sua visita in Italia del luglio 2005: «secondo quanto esposto da un responsabile dell'amministrazione penitenziaria da me incontrato, esistono solo tre mezzi perché un detenuto si veda sospendere il regime 41-bis: la collaborazione con le autorità, una decisione giudiziaria di revoca o il decesso. Se ne deduce quindi un'altra finalità della severità del regime di 41-bis. L'art. 41-bis serve evidentemente a interrompere i rapporti tra un padrino della mafia e la sua organizzazione. La lotta condotta dall'Italia contro una criminalità organizzata particolarmente potente è fondamentale per garantire e tutelare la sicurezza di tutti. In tale contesto, un regime quale il 41-bis può giustificarsi, ma unicamente se il suo obiettivo non va oltre quello di evitare il persistere dell'influenza del detenuto sulle strutture criminali esterne, e in tal modo di prevenire che vengano commessi altri crimini. Nel visitare la sezione 41-bis del carcere di Rebibbia, non ho potuto fare a meno di sospettare che questo regime non sia stato unicamente elaborato per tagliare i legami dei detenuti con l'esterno, ma anche per spezzarne la volontà, per incoraggiare la loro cooperazione (che consente di revocare le restrizioni) e per mostrare la forza dello Stato» (A. GIL-ROBLES, *Rapporto sulla sua visita in Italia 10-17 giugno 2005*, p. 24, sul quale, esaustivamente, BOCCHINI, *Commento al «Rapporto di Alvaro Gil-Robles, Commissario per i diritti umani, sulla sua visita in Italia 10-17 giugno 2005»*, in www.foroeuropa.it).

⁵² Sul punto, per una ricostruzione generale, cfr. CHIAVARIO, *sub art. 272*, cit., 28 ss.; FERRAIOLI, *Misure cautelari*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1996, 3 ss.; MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, cit., 62 ss.; ROMBI, *sub art. 273 in Comm. Giarda, Spangher*, cit., 2041 ss.

Il significato di quest'ultimo capoverso è abbastanza agevole da comprendere, perché il comma risponde innanzitutto all'esigenza di evitare la compressione della libertà laddove risultino fatti tali da giustificare la condotta altrimenti illecita, oppure da escludere comunque la punibilità in concreto, rivelando l'esistenza di cause estintive del reato (come, ad es., l'amnistia) o della pena (come nel caso dell'indulto).

Più complesso è, invece, stabilire il senso concreto della locuzione «gravi indizi di colpevolezza», oggetto di un'interpretazione, dall'evoluzione complessa, intesa a darle un senso compiuto, non essendone la comprensione del tutto agevole. Infatti, se, per un verso, il termine «indizi» è polivalente, data la sua utilizzazione anche nell'ambito delle disposizioni generali in tema di prove (art. 192, comma 2, c.p.p.) – nel cui contesto si ritiene indichi la c.d. “prova logica” o “indiretta” –, per altro verso, la qualificazione di gravità, riferita agli indizi, appare piuttosto generica.

Non è semplicissimo, anzitutto, individuare il significato del termine “indizi” né – tantomeno – quantificarne la gravità secondo criteri oggettivi e – soprattutto – riconoscibili. Si tratta di una questione antica e complessa. Non è un caso, del resto, che l'evoluzione del nostro diritto processuale penale, soprattutto dal “codice Rocco” in poi, abbia riguardato, in modo particolare, il punto degli elementi necessari a giustificare la custodia carceraria; sulla questione si è infatti avuta un'evoluzione parallela all'ampliamento della sensibilità culturale e politica in tema di libertà personale.

In tale linea di sviluppo, si è passati dalla previsione dei «sufficienti indizi» a quella dei «gravi indizi» di colpevolezza in ragione di una lettura più attenta delle norme costituzionali e di una più matura considerazione relativa alle implicazioni della vicenda cautelare sui

diritti essenziali della persona⁵³. La soluzione sancita con il nuovo codice di procedura penale si basa sulla convinzione secondo cui, per applicare una misura cautelare personale, è comunque necessario un quadro probatorio significativo, tale da far ritenere probabile una futura condanna⁵⁴.

Più di recente, la condizione *de qua* è stata ulteriormente precisata dall'art. 11 l. 1° marzo 2001 n. 63⁵⁵, che ha inserito, nell'art. 273, il comma 1-*bis*; il quale, nell'intento di meglio definire la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza, ha richiamato in materia sia i criteri di apprezzamento della prova sanciti dall'art. 192, comma 3 e 4, c.p.p., sia le regole di esclusione, concernenti alcuni dati probatori, specificamente previste dagli artt. 195, comma 7, 203 e 271, comma 1, c.p.p.⁵⁶. Con questa operazione, si è riconosciuta la necessità di una peculiare attendibilità degli elementi da porre a fondamento del provvedimento restrittivo.

Per inquadrare il tema, bisogna anzitutto considerare che – secondo una linea interpretativa ricorrente e condivisa – la valutazione cautelare si differenzia da quella presupposta dalla decisione conclusiva del processo. Il momento cautelare è caratterizzato, infatti,

⁵³ Cfr. GREVI, *Scelte politiche e valori costituzionali in tema di libertà personale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, III, Milano, 1977, 561 ss.; più specificamente sull'evoluzione legislativa in tema di libertà personale dopo la stagione dell'emergenza cfr., per un quadro generale, AA.VV., *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, a cura di Grevi, Padova, 1983; AA.VV., *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, a cura di Grevi, Padova, 1985; AA.VV., *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo codice di procedura penale*, a cura di Grevi, Padova, 1989; TONINI, *Le nuove norme sul processo penale*, Padova, 1984.

⁵⁴ Per una ricostruzione generale degli orientamenti relativi alle problematiche sottese ai gravi indizi di colpevolezza si veda BUZZELLI, *I gravi indizi di colpevolezza nel sistema delle misure cautelari personali tra probabilità e certezze*, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, 1995, 1132; GAITO, *I criteri di valutazione della prova nelle decisioni de libertate*, in *Materiali di esercitazione per il corso di procedura penale*, a cura di Gaito, Padova, 1996, 161 ss.

⁵⁵ Sui vari aspetti trattati da questa importante novella si veda per tutti AA.VV., *Giusto processo*, a cura di Tonini, Padova, 2001; AA.VV. *Commento alla legge 1.3.2001 n. 63*, in *Legislazione pen.*, 2002.

⁵⁶ Sulle modifiche all'art. 273 c.p.p. cfr. BUZZELLI, *Gravi indizi cautelari, chiamata in correità e riscontri individualizzanti dopo la legge n. 63 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2002, 3706; CANZIO, *Commento all'art. 11*, in *Commento alla legge 1.3.2001 n. 63*, cit., 252; SPANGHER, *Più rigore – e legalità – nella valutazione dei gravi indizi nell'applicazione delle misure cautelari personali*, in AA.VV., *Giusto processo*, a cura di Tonini, cit., 413 ss.

da un giudizio probabilistico circa la futura condanna, mentre la condanna nel merito richiede una verifica piena di tutte le condizioni della responsabilità penale⁵⁷. Tra le due valutazioni esiste un'indiscutibile, ontologica diversità, collegata ad una pluralità di elementi; i quali – appunto – giustificano la differenza tra i due giudizi.

Si sostiene generalmente che quella cautelare è soprattutto una valutazione “sommatoria”, ossia meno approfondita di quella necessaria in sede di deliberazione della sentenza⁵⁸. Tale “sommarietà” viene vista dalla dottrina secondo due diverse ottiche; anzitutto, il giudizio cautelare è indicato come sommario perché è parziale e superficiale⁵⁹. Tale parzialità è intesa essenzialmente come “incompletezza”, in relazione, cioè, ad una valutazione effettuata sulla base di un materiale cognitivo non definitivo, spesso in via di formazione, non generalmente utilizzabile, selezionato da una delle parti secondo un'ottica speculare agli interessi perseguiti, per definizione “parziali” in quanto di parte. Questa situazione si verifica, soprattutto, quando il giudizio cautelare interviene nella fase delle indagini preliminari, dove – oggettivamente – non è disponibile che una piattaforma probatoria limitata; sia per la possibilità, riconosciuta al pubblico ministero, di selezionare unilateralmente il materiale da sottoporre al giudice, sia per la intrinseca peculiarità della fase investigativa, per sua natura in evoluzione; sia – infine – per la possibilità di utilizzare anche atti ibridi, incapaci di dar fondamento

⁵⁷ NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per la fattispecie cautelare*, cit., 205 ss., VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, cit., 44 ss.;

⁵⁸ Sul concetto di sommarietà cfr. VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, cit., 44 ss.; LORUSSO, *Provvedimento allo stato degli atti e processo penale di parti*, cit., 374.

⁵⁹ VIGGIANO, in *Cautele personali e merito*, cit., mette in evidenza come la differenziazione sia stata soprattutto coniata dalla dottrina processualcivile che sottolinea il senso della parzialità (stato degli atti) e della superficialità (livello di approfondimento diverso da quello tipico dell'accertamento effettivo): CHIOVENDA, *Diritto processuale civile*, Napoli, 201 ss., LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2000, 236; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 547 ss.

ad una decisione dibattimentale, in quanto formati unilateralmente dal pubblico ministero (o dal difensore).

Sono tre, quindi, gli ambiti problematici. Il primo discende dalla naturale caratteristica della fase investigativa di essere progressiva e di evolvere, pian piano, verso il punto di saturazione delle conoscenze spendibili nella fase processuale. È naturale, pertanto, che, in questo segmento procedurale, ogni valutazione sconti l'incompletezza del quadro conoscitivo e sia meno carica di significato di quanto può e deve essere il giudizio conclusivo del dibattimento. Il secondo ambito, invece, comporta qualche problema ulteriore, dal momento che la possibilità di selezionare gli atti da allegare alla domanda cautelare, pur essendo giustificata da esigenze di segretezza investigativa, limita in modo anomalo gli spazi decisorii a disposizione del giudice, costretto a deliberare «non soltanto senza la stereofonia del contraddittorio», ma anche sulla scorta dei «soli strumenti che il pubblico ministero gli vuole far ascoltare»⁶⁰.

L'anomalia non è venuta meno neanche a seguito della sostituzione relativa all'art. 291, comma 1, c.p.p. (operata con l'art. 8, comma 1, l. 8 agosto 1995, n. 332), con conseguente imposizione al pubblico ministero dell'obbligo di trasmettere al giudice le memorie e le deduzioni difensive depositate, nonché gli elementi favorevoli all'indagato. Infatti, tale "novellazione", per quanto positiva, non ha determinato una mutazione genetica significativa né, quindi, ha risolto il nodo problematico cagionato dalla discrezionalità nella selezione degli atti. La decisione finisce per essere inevitabilmente compromessa dall'anzidetta selezione, laddove, invece, la peculiarità della suindicata deliberazione e la sua incidenza su di un diritto

⁶⁰ In tal senso, GIOSTRA, *Il giudice delle indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in *Riv. it. dir. e proc.*, 1994, 128 ss., che si interroga sulla autenticità di una garanzia giurisdizionale così costruita.

fondamentale dell'individuo (la libertà personale) ne richiederebbero la maggior possibile completezza consentita dallo stato effettivo degli atti.

Né appaiono plausibili le obiezioni basate sul segreto investigativo oppure su ragioni d'opportunità, poiché tali ragioni non possono incidere sull'esercizio della giurisdizione, limitando la cognizione di chi ne è investito. Una volta attivato il procedimento cautelare, l'inevitabile necessità di equilibrare i differenti valori in gioco – giurisdizione, contraddittorio, diritto di difesa, ragioni di segretezza investigativa, tutela di legittime esigenze cautelari – può giustificare un peculiare *iter* procedurale, ma non la sottrazione alla giurisdizione di elementi di conoscenza.

Inoltre, la suddetta innovazione apportata dalla l. n. 332 del 1995, pur apparendo in generale apprezzabile, ha peraltro introdotto nel sistema normativo un fattore di possibili equivoci, non essendo agevole individuare un criterio oggettivo per stabilire se un determinato atto sia o no favorevole all'imputato. La totale discrezionalità del pubblico ministero nell'individuazione degli elementi da sottoporre al giudice è, quindi, solo ridimensionata, ma non del tutto eliminata. Resta una significativa possibilità di sottrarre alla conoscenza dell'organo della giurisdizione, investito della questione cautelare, elementi di conoscenza che potrebbero rivelarsi essenziali per una corretta valutazione. Si è pertanto indicata come opportuna, *de iure condendo*, una radicale modifica, nel senso di imporre al pubblico ministero, per l'ipotesi in cui decida di promuovere il procedimento cautelare, l'obbligo di allegare tutto il materiale investigativo acquisito, allo scopo di consentire al giudice

una valutazione piena, limitata solo dallo “stato degli atti” e non anche dalle intenzioni dell’accusa⁶¹.

Peraltro, la peculiarità del momento procedurale nel quale la decisione cautelare è suscettibile d’intervenire comporta, altresì, la possibilità di utilizzare atti che, ordinariamente, non sarebbero (o sarebbero limitatamente) spendibili nel dibattimento, in quanto formati unilateralmente dal pubblico ministero oppure dalla polizia giudiziaria (o, qualche volta, dal difensore). Questi elementi, acquisiti al di fuori del contraddittorio ed in sé inidonei, di regola, ad essere posti a base del giudizio, alimentano, invece, la valutazione cautelare. Il profilo, sicuramente eccentrico, costituisce, in verità, una naturale conseguenza del momento procedimentale nel quale interviene la decisione; difatti, in quel segmento procedurale, gli atti utilizzabili sono quelli acquisiti unilateralmente dal pubblico ministero, dalla polizia giudiziaria o dalla difesa. La caratteristica della fase investigativa, consistente nel proiettarsi essenzialmente verso le determinazioni inerenti l’esercizio dell’azione penale, non esclude, infatti, la possibilità di attivare le decisioni incidentali; anche se, per queste ultime, proprio la qualità degli elementi valutabili costituisce argomento spendibile nella direzione della massima protezione del momento giurisdizionale.

Naturalmente quanto evidenziato a proposito delle indagini preliminari si verifica, in misura proporzionalmente sempre meno incisiva, anche nei casi in cui la decisione cautelare interviene successivamente, ossia nelle fasi più avanzate dell’*iter* procedimentale. La valutazione *de libertate*, oltre ad essere “incompleta” nel senso specificato, è ritenuta, generalmente, anche “superficiale”, in quanto fondata su elementi e ispirata da regole

⁶¹ In questo senso DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 43-44.

valutative necessariamente adattate al contesto di riferimento; differente, spesso, per qualità della valutazione e quantità degli elementi probatori a disposizione, da quello della decisione conclusiva del giudizio sulla responsabilità penale. Il punto merita qualche riflessione.

Si tratta del significato dei «gravi indizi di colpevolezza»; in particolare di individuare esattamente il senso di questa espressione rispetto ai canoni normalmente utilizzati nel giudizio sulla responsabilità.

Prima della suddetta modifica operata con la l. n. 63 del 2001, sulla questione vi era, nella giurisprudenza, una sostanziale convergenza: con un intervento regolatore, le Sezioni Unite, nel 1995⁶² avevano nettamente e chiaramente distinto tra valutazione cautelare e decisione del merito, riservando solo a quest'ultima l'applicabilità delle regole di cui all'art. 192, comma 3 e 4, c.p.p. in tema di riscontri⁶³. Veniva così delineato, in sostanza, uno «scarto di qualità epistemica dei due momenti cognitivi»⁶⁴, ritenuto, del resto, legittimo dalla Corte Costituzionale⁶⁵. La dottrina, tuttavia, riteneva che l'art. 192, dettando una «disciplina generale sulla correttezza della valutazione probatoria», fosse applicabile – pur se con i dovuti distinguo – anche alla verifica circa la sussistenza o non dei gravi indizi di colpevolezza⁶⁶.

La successiva novellazione del 2001 ha determinato un significativo mutamento di prospettiva. Il richiamo espresso alle regole di

⁶² Cass., S.U., 21-4-1995, Costantino, in *Cass. Pen.*, 1995, 2842 con nota di BONINI, *Chiamata di correo, riscontri esterni e sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza*, *ivi*, 1996, 467 ss.

⁶³ Su tale regola, per una panoramica generale degli orientamenti giurisprudenziali, si veda DAGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Torino, 2005.

⁶⁴ Così VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, cit., 51.

⁶⁵ C. Cost., 25-7-1996, n. 314, in *Cass. pen.*, 1996, 1266 con nota di NEGRI, *Corte costituzionale, chiamata di correo e riscontri nel procedimento incidentale de libertate*.

⁶⁶ Per l'esame di tale prospettiva cfr. MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, cit., 50 ss.

valutazione di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 192, infatti, consente una “tendenziale” equiparazione, sotto il profilo delineato, tra la deliberazione cautelare e la valutazione probatoria alla base della decisione conclusiva del giudizio⁶⁷.

Parte della dottrina ha sollecitato cautela nello stabilire la portata della novella, avvertendo come al riguardo non si debba enfatizzare. Difatti, l'innovazione non potrebbe in alcun modo livellare piani valutativi differenti, orientati verso scopi non completamente omologabili; ma potrebbe solo – riproducendo in ambito cautelare regole di valutazione e di utilizzabilità tipicamente probatorie – richiamare l'attenzione del giudice sulla estrema rigidità della verifica cautelare. Il richiamo espresso alla disciplina dei “riscontri” evocherebbe, innanzitutto, un criterio valutativo ritenuto dal legislatore particolarmente importante per apprezzare correttamente la chiamata in correità oppure la dichiarazione resa dall'imputato in procedimento connesso o di reato collegato; criterio senza il quale il contenuto narrativo di queste fonti non raggiungerebbe il grado di persuasività richiesto, essendo la fonte oggettivamente inaffidabile e, perciò, incapace di fornire da sola elementi decisivi. L'inserimento del canone valutativo *de quo* nel contesto dell'art. 273, inoltre, avrebbe anche un valore deontologico, in quanto imporrebbe comportamenti virtuosi in punto di motivazione del provvedimento *de libertate*. Per questi motivi, il richiamo andrebbe considerato con estremo favore, nonostante l'intrinseca equivocità della regola stabilita nell'art. 192, comma 3 e 4⁶⁸.

⁶⁷ In tal senso, cfr. GREVI, *La nuova disciplina in materia di formazione e valutazione della prova*, in *Compendio di procedura penale*, Appendice di aggiornamento, Padova, 2001, 114; nella stessa direzione MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, in AA.VV., *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Kostoris, Torino, 2002, 245; *contra*, VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, cit., 52.

⁶⁸ Per una impostazione critica sul punto, cfr. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 617; FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, 231.

La stessa interpolazione del 2001 rivela, invero, una portata maggiore laddove ha inserito nell'ambito cautelare il rinvio ad alcune regole in tema di utilizzabilità⁶⁹. Tale operazione – che sarebbe stata superflua laddove la stessa conclusione fosse stata già raggiunta in via interpretativa, applicando in modo estensivo l'art. 191 c.p.p. – va comunque valutata favorevolmente, per le stesse ragioni pragmatiche evidenziate e per la sua funzione chiarificatrice in ordine all'applicazione dell'inutilizzabilità anche nella fase investigativa⁷⁰.

Bisogna poi sottolineare come la differenza qualitativa tra decisione cautelare e giudizio sulla responsabilità non concerne tanto l'*an*, bensì – come generalmente si afferma – il *quantum*: non si può, all'evidenza, esigere, come presupposto della misura *de libertate*, il grado di certezza necessario alla condanna⁷¹. La distinzione, quindi, è da riferire essenzialmente alla quantità degli elementi necessari a giustificare le differenti rispettive statuizioni giurisdizionali⁷². Infatti, la valutazione *de libertate* interviene nella prospettiva di salvaguardare una specifica esigenza cautelare, prima della decisione conclusiva del processo, durante il suo divenire e per tutelarne proprio l'evoluzione; mentre l'epilogo della vicenda processuale giunge quando tutti i dati conoscitivi sono stati acquisiti. La decisione cautelare, infatti, ha una indiscutibile peculiarità: interviene per tutelare determinate e specifiche esigenze e si giustifica solo in questa prospettiva. La “gravità indiziaria” necessaria a legittimare

⁶⁹ Sull'istituto dell'inutilizzabilità la letteratura è vastissima, per cui ci si può limitare ad indicare alcune opere di carattere generale alle quali rinviare anche per i nutriti richiami bibliografici: CONTI, *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 2005, 1 ss.; GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992; TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000.

⁷⁰ Su questi temi si veda, da ultimo, CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007.

⁷¹ In questo senso, PERONI, *Chiamate di correttezza, dichiarazioni de relato, standards di gravità indiziaria nell'adozione delle misure cautelari*, in *Cass. pen.*, 1994, 679.

⁷² Secondo GAITO, in *I criteri di valutazione della prova nelle decisioni de libertate*, in *Materiali di esercitazione per il corso di procedura penale*, cit., 161 ss., rientra nella fisiologia del sistema cautelare che l'adozione di misure cautelari poggia su dati non definitivi, acquisiti, di regola, al di fuori del contraddittorio.

l'intervento cautelare ha una funzione servente rispetto alle necessità da salvaguardare. La decisione di condanna presuppone, invece, l'esito positivo della verifica circa la sussistenza della responsabilità penale in capo ad un soggetto, per un fatto determinato, con conseguente applicazione della giusta sanzione. Si ritiene – generalmente – che questa differenza sostanziale giustifichi pienamente la diversità del *quantum* probatorio rilevante in ciascuna delle due distinte evenienze.

Allo stesso tempo, tuttavia, è indiscutibile che gli elementi posti a fondamento della decisione cautelare sono (o possono essere) acquisiti in una fase non soggetta al principio del contraddittorio nella formazione della prova; nella qual ipotesi, proprio per questa circostanza, tali elementi si caratterizzano per una affidabilità sicuramente ridotta. Questo non significa, però, che la valutazione cautelare non richieda anch'essa un estremo rigore, dato che il “dazio da pagare”, nella specie, è una possibile limitazione della libertà personale prima della decisione conclusiva sul merito. Inoltre, confondere tra i due piani può comportare il grave rischio di una coincidenza tra valutazione cautelare e decisione sulla responsabilità, tale da conferire alla prima una capacità di suggestione rispetto alle determinazioni concernenti la seconda⁷³.

Per altro verso, poi, la indiscutibile autonomia tra i due itinerari valutativi non deve essere amplificata fino a considerarli come due mondi impenetrabili tra di loro. Nel sistema processuale, infatti, bisogna individuare un punto di equilibrio tra l'autonomia della sfera cautelare e la sua necessaria correlazione con le decisioni sulla

⁷³ Il pericolo è messo in chiara evidenza da CHIAVARIO, *sub art. 273*, cit., 33 ed è ripreso, con espresso riferimento alla novella del 2001, da GREVI, *La nuova disciplina in materia di formazione e valutazione della prova*, cit., 115 e GARUTI, *Misure coercitive, (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, VI agg., Milano, 2002, 748. Si vedano sul punto anche le osservazioni coincidenti di VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, cit., 66 ss.

responsabilità; e ciò, al fine di evitare una “assoluta incomunicabilità” tra ambiti eterogenei che, però, si riferiscono allo stesso profilo⁷⁴. I due apprezzamenti, pur se non identici, si muovono e si sviluppano in un contesto unitario; nel quale, peraltro, il profilo cautelare costituisce un momento solo eventuale ed incidentale, sebbene condizionato dal “merito”; il quale ultimo è, invece, il versante naturale di esercizio della giurisdizione penale⁷⁵. Si afferma – in sostanza – che sovrapporre i due ambiti costituisce un sostanziale errore; ma altresì che non coglierne le interrelazioni, isolandone i contesti, fa perdere di vista l’unitarietà del settore ove si svolge la vicenda processuale, rispetto al cui epilogo naturale la valutazione cautelare è servente⁷⁶.

Di conseguenza, per quanto specificamente concerne il contenuto dell’art. 273, comma 1, va rilevato come - nel sancire che «nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza» - questa disposizione individui il livello probatorio necessario per il legittimo esercizio del potere cautelare; e ciò ai fini di tutte le cautele aventi natura personale, siano esse coercitive o interdittive⁷⁷.

È convinzione unanime che la sussistenza di siffatti indizi costituisca il “presupposto”; in tal senso, essa è ritenuta *condicio sine qua non*, per la limitazione della libertà personale; condizione – dunque – necessaria; ma non anche sufficiente. È infatti altresì indispensabile anche la sussistenza di almeno una tra determinate esigenze⁷⁸, la quale si ponga come “bisogno cautelare”⁷⁹, sempre che sia formulabile una prognosi sull’esito del giudizio di merito.

⁷⁴ Così DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 47.

⁷⁵ Sul tema dell’autonomia cfr., diffusamente e in posizioni differenti, PIERRO, *Il giudicato cautelare*, cit., 95 e VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, cit., 66 ss.

⁷⁶ DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 47.

⁷⁷ In questo senso sia la dottrina che Cass., IV, 29-7-1994, Cascio, CED 199737.

⁷⁸ Cass., VI, 18-7-2001, p.m. in c. Patti, CED 220310.

⁷⁹ La felice espressione è di CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, 472.

Del resto, – pur essendo lasciato alla discrezionalità del giudice il definire concretamente quale consistenza debbano avere gli elementi di prova per poter dar luogo al provvedimento cautelare – già la stessa formula normativa adottata lascia intuire quale alto grado di protezione sia accordato alla libertà personale⁸⁰.

Si è pure affermato che l'espresso riferimento alla «colpevolezza» contenuto nell'art. 273 – che costituisce un elemento differenziale rispetto a quanto richiesto per l'applicazione provvisoria di una misura di sicurezza, o per il fermo di indiziato di delitto, o in materia di intercettazioni – denota la necessità che gli indizi riguardino tutti gli aspetti, soggettivi ed oggettivi, della fattispecie⁸¹. In questo senso, anche di recente, si è ribadito – in sede giurisprudenziale – che in ambito cautelare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza deve essere valutata con riguardo sia agli elementi oggettivi del reato, sia all'elemento soggettivo; il cui apprezzamento può essere eseguito sulla base dei fatti che costituiscono la condotta materiale, ma deve tenere conto di tutti gli elementi accertati⁸².

Quanto alle implicazioni “a vasto raggio”, va sottolineato come le condizioni generali per l'applicabilità delle misure cautelari personali, indicate nell'art. 273, non siano estensibili – date le loro peculiarità – alle misure cautelari reali⁸³.

Il fondamentale requisito del *fumus commissi delicti* implica due essenziali questioni: da un lato, quella determinata dall'equivocità del dettato normativo, data la difficoltà di stabilire il significato del termine “indizio”, utilizzato – nel codice di rito penale (art. 192, comma 2) – anche in una diversa accezione; dall'altro, quella

⁸⁰ Così ZAPPALÀ, *Diritto processuale Siracusano e altri*, I, 413.

⁸¹ CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 480; PETRALIA, *Gravi indizi di reato e della colpevolezza: i modelli probatori delle indagini preliminari e l'integrazione difensiva del patrimonio indiziario*, in *Cass. pen.* 2005, 2458.

⁸² Cass., sez. V, 23-10-2004, n. 42368, Stabile ed altri, *C.E.D. Cass.*, n. 229952.

⁸³ C SU, 23-4-1993, Gifuni, *CED* 193117.

concernente la “qualità” degli indizi necessaria per potersene affermare la gravità.

Si ritiene, generalmente, che il concetto di “indizi” rilevante ai fini dell’art. 273 comma 1 non corrisponda all’accezione secondo cui è utilizzato nell’art. 192, comma 2: in quest’ultimo capoverso, il termine “indizio” coincide con quello “prova logica”⁸⁴. Invece, le parole «gravi indizi», di cui all’art. 273, comma 1, stanno a significare “qualificata probabilità di colpevolezza”. Si tratta, quindi, di un significato non coincidente con quello richiamato dalla normativa generale sulle prove; dove designa, per contro, la c.d. “prova indiziaria”, che viene ivi ancorata ai requisiti della gravità, della precisione e della concordanza.

A questo riguardo, – come anticipato – è stata sottolineata la diversa natura dei giudizi – rispettivamente: di *probabilità* nel caso dell’art. 273 comma 1; di *certezza* (processuale) nel caso dell’art. 192 comma 2 – che il giudice è chiamato ad esprimere nelle due ipotesi⁸⁵; di conseguenza, lo stesso magistrato, in sede cautelare, non deve ritenersi vincolato al criterio indicato all’art. 192 comma 2⁸⁶.

Dunque, nell’art. 273 il termine “indizio” ha una funzione diversa da quella per cui è usato dall’art. 192; nel primo vale a stabilire la soglia minima per l’adozione di una misura cautelare; pertanto, la sussistenza delle c.d. “prove dirette” non può essere d’ostacolo all’adozione di una misura *de libertate*⁸⁷.

⁸⁴ Su tale distinzione cfr., per tutti, TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, 32 ss.; sulla tematica degli indizi e della loro valutazione cfr. anche DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale*, Torino, 2005, 67 ss.; NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per la fattispecie cautelare*, cit., 205 ss.

⁸⁵ CAPRARO, *Riflessioni sul significato e la funzione degli indizi nella fase delle indagini preliminari*, in *Ind. Pen.*, 2003, 1135;

⁸⁶ GREVI, *Compendio di procedura penale Conso-Grevi*, 368; ZAPPALÀ, *Diritto processuale Siracusano ed altri*, I, 413; DRAGONE, *Manuale pratico Fortuna e altri*, 497.

⁸⁷ CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 480; TONINI, *Manuale*, 332; NAPPI, *Guida*, 700; DRAGONE, *Manuale Fortuna ed altri*, 496; GARUTI, *Misure coercitive, (dir. proc. pen.)*, cit., 747-748.

Dalle stesse premesse si è addirittura dedotto che, tra le due categorie di indizi, non sarebbe consentito alcun accostamento di sorta, trattandosi di ambiti eterogenei, per nulla contigui, caratterizzati da un'omonimia occasionale: si tratterebbe di due circuiti dimostrativi assolutamente indipendenti⁸⁸. In ogni caso, anche se la distinzione tra prova ed indizio, in ambito probatorio, non è scevra da equivocità⁸⁹, è fuor di dubbio che essa evochi una maggiore concluzione della prima rispetto al secondo: l'indizio, per sua natura, costituisce un'entità debole, essendo caratterizzato da "inaffidabilità dimostrativa"⁹⁰. Il termine, nell'accezione cautelare, comprende tutti gli elementi capaci di far affermare la responsabilità penale, anche se solo in chiave probabilistica. Nella fattispecie, cioè, non si distingue in base alla qualità degli elementi raccolti, facendosi riferimento sia alle prove in senso stretto sia agli indizi intesi ai sensi dell'art. 192, comma 2.

A fronte di una identità terminologica, quindi, si ravvisa una distinzione contenutistica; fondata sulla differente *ratio* della valutazione cautelare rispetto alla verifica della responsabilità penale; nonché, soprattutto, sulla differenza rispetto al materiale utilizzabile: nel primo caso, è possibile considerare anche tutti gli elementi acquisiti nella fase investigativa – se la misura va decisa nella fase delle indagini preliminari o immediatamente dopo – purché legittimamente utilizzabili; nel secondo, invece, la colpevolezza dev'essere valutata in base a quanto stabilito dall'art. 111, comma 4, Cost., cioè, sulla scorta delle prove formate nel dibattimento in contraddittorio.

L'indizio cautelare idoneo all'integrazione del requisito posto dall'art. 273 può, se del caso, consistere anche in un unico elemento probatorio,

⁸⁸ PETRALIA, *Gravi indizi di reato e della colpevolezza: i modelli probatori delle indagini preliminari e l'integrazione difensiva del patrimonio indiziario*, cit., 2460.

⁸⁹ FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, Torino, 2005, 321 ss.

⁹⁰ Così FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., 324.

purché di grave significato⁹¹. Diversa, invece, la valutazione dell'indizio probatorio in senso stretto (art. 192, comma 2); il quale deve necessariamente coincidere con altri che segnano un'univoca direzione⁹². Risulta quindi evidente la differenza sostanziale tra le due disposizioni, nonostante la loro coincidenza lessicale.

È stato rilevato come il fatto che il legislatore utilizzi in modo differente lo stesso termine non debba allarmare, né condizionare l'interprete, poiché il profilo funzionale consente di comprendere la logica del diverso significato, che la medesima parola assume nei due distinti contesti ove è usata. Inoltre, se il termine "prova" evoca i più pregnanti contenuti dimostrativi del giudizio sulla responsabilità e richiama il metodo – quello del contraddittorio – attraverso cui essi si formano nel dibattimento, è abbastanza evidente come tale vocabolo non possa essere utilizzato per valutazioni effettuate in momenti procedurali considerevolmente distanti, sia temporalmente che qualitativamente. Tuttavia, qualora la *quaestio libertatis* sorga nella fase dibattimentale, il giudice, oltre a potere giovare degli elementi raccolti nella fase dell'indagine, dovrà tener conto anche di quanto acquisito come prova in sede dibattimentale, secondo le regole di valutazione e di utilizzabilità proprie di quella fase. Dunque, il termine "indizi" ha, in ambito cautelare, una valenza generale capace di includere tutti gli elementi dimostrativi disponibili e legittimamente utilizzabili nel segmento procedurale ove interviene la decisione *de libertate*. La piattaforma dimostrativa per questa delibera dipenderà dal momento: all'esito del giudizio di primo grado, contestualmente o successivamente alla sentenza di merito, essa sarà pressoché sovrapponibile a quella su cui si baserà la sentenza sulla responsabilità

⁹¹ In tal senso Cass. pen., 11-1-1995, Anaclerio, in *CED*, n. 200316; Cass. pen. 26-10-1993, *ivi*, n. 195231.

⁹² Sul punto, diffusamente, DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale*, cit., 92 ss.

penale; nella fase investigativa, invece, consisterà sugli elementi fino a quel momento acquisiti che il pubblico ministero riterrà di allegare alla richiesta cautelare.

Questa diversità è anche strettamente connessa, per un verso, alle scelte discrezionali del pubblico ministero, al quale spetta l'onere di richiedere l'attivazione del procedimento cautelare, e, per altro verso, al momento nel quale le esigenze cautelari si manifestano concretamente⁹³.

L'art 273 richiede, inoltre, che gli indizi di colpevolezza siano "gravi"; si intende, con questo aggettivo, esigere un particolare livello quantitativo degli elementi raccolti; i quali devono, appunto, raggiungere un grado di consistenza significativo, molto vicino, se non addirittura prossimo, a quello indispensabile per giustificare una condanna⁹⁴.

Quest'ultima connotazione qualifica la decisione cautelare: questa è tale proprio perché è diretta a tutelare il processo e la collettività da determinati e ben individuati pericoli. Ciò nonostante, la premessa che consente l'attivazione del paradigma restrittivo deve coincidere con un quadro dimostrativo che lascia tranquilli, allo stato delle conoscenze, sulla futura responsabilità. L'ottica probabilistica deve essere considerata, quindi, solo nella misura in cui essa scandisce un dato certo: la valutazione cautelare non è la valutazione sulla responsabilità penale. Ma il grado di concretezza degli elementi necessari ad integrare la gravità indiziaria deve essere indiscutibile. La peculiarità di essere una decisione allo stato degli atti non può fare venir meno l'esigenza secondo la quale, nel momento della valutazione, debba

⁹³ Così DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 48-49.

⁹⁴ Per una esauriente panoramica giurisprudenziale e dottrinale sui gravi indizi di colpevolezza si veda, per tutti, APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, cit., 108 ss.; LATTANZI-LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, IV, a cura di Canzio-Spagnolo-De Amicis, Milano, 2003, 16 ss.; ROMBI, *sub art. 273*, cit., 2041 ss. cui si rinvia anche per le rispettive, ricche citazioni bibliografiche.

esservi un quadro probatorio (in senso lato) di tale consistenza da giustificare, in quel preciso istante e con quegli elementi, un giudizio di responsabilità. Dunque, la valutazione della “gravità” degli indizi (concetto certamente più rigoroso di quello della “sufficienza” richiesto nel codice di rito previgente) postula un’obiettiva precisione dei singoli elementi indizianti che, nel loro complesso, consentono di pervenire logicamente ad un giudizio che consenta, in fase di indagini, di affermare con alta probabilità l’esistenza del reato e la sua attribuibilità all’indagato. Naturalmente, la progressione dell’accertamento reca in sé la possibilità che vengano acquisiti ulteriori elementi di segno diverso o che quelli a disposizione non siano capaci di superare il vaglio dibattimentale.

La necessità di intendere la gravità indiziaria in modo sempre più rigoroso e secondo parametri valutativi simili a quelli dettati per la decisione sul merito è confermata dalle innovazioni apportate dalla legge n. 63 del 2001: quest’ultima, inserendo nel corpo dell’art. 273 il comma 1-*bis*, ha rafforzato l’idea per cui la gravità indiziaria va apprezzata secondo criteri rigorosi. Tale operazione, infatti, ha elevato la qualità epistemologica degli elementi capaci di far indurre la gravità indiziaria. In questo senso, la novella del 2001 ha alimentato il circuito virtuoso relativo alla definizione dei connotati della gravità indiziaria⁹⁵.

La differenza sostanziale tra le due tipologie decisorie non autorizza, insomma, a far ritenere che quella cautelare possa essere “approssimativa”: la gravità indiziaria deve essere valutata in maniera

⁹⁵ Sul tema si veda GREVI, *La nuova disciplina in materia di formazione e valutazione della prova*, cit., 114; nella stessa direzione MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, in AA.VV., *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Kostoris, cit., 245; SPANGHER, *Più rigore – e legalità – nella valutazione dei gravi indizi nell’applicazione delle misure cautelari personali*, in AA.VV., *Giusto processo*, a cura di Tonini, cit., 421, il quale ritiene che dopo la riforma resti immutata la distinzione finalistica tra gli indizi a fini cautelari e la prova ai fini del giudizio; VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, cit., 52, in cui si ribadisce la minore cogenza probatoria necessaria per l’adozione di una misura cautelare.

estremamente rigorosa e la mancanza di certezze processuali non consente di abdicare alla necessità di verificare, sia pure allo stato degli atti, l'emergenza di un quadro probatorio tale da evidenziare la responsabilità.

In definitiva, questo approdo interpretativo consente di cogliere un dato particolarmente importante. La convinzione che l'indiscutibile differenza ontologica tra la valutazione cautelare e la decisione di merito non possa esonerare il giudice dal dover ritenere la gravità indiziaria solo all'esito di un percorso valutativo estremamente rigido trova conferma nell'evoluzione normativa: questa si è diretta proprio a rendere più rigorose, sotto il profilo qualitativo, le coordinate della decisione cautelare sui gravi indizi di colpevolezza. Se, quindi, la sussistenza degli indizi è la base per l'applicazione di una misura cautelare, la gravità degli stessi esprime la qualificata probabilità della condanna. Dunque, solo a condizione che gli indizi consentano una prognosi ragionevole circa la futura condanna dibattimentale è possibile limitare *ante iudicatum* la libertà personale di un individuo. Come è stato acutamente osservato, l'intero giudizio cautelare dovrà essere sottoposto alla verifica del grado di conferma o di probabilità logica dell'ipotesi prospettata dall'accusa, in modo che possa raggiungere il livello di credibilità razionale preteso per ogni decisione giudiziaria; anche se, ovviamente, lo *standard* necessario sarà omologato alla regola di giudizio che richiede, per l'applicazione della misura cautelare personale, unicamente un vaglio "prognostico" di colpevolezza⁹⁶, e non quel livello di "certezza" occorrente per una sentenza di condanna.

In definitiva, la decisione cautelare «non va concepita come una razionalità scomposta nella struttura e diluita quanto ad impegno

⁹⁶ CANZIO, L'«oltre ogni ragionevole dubbio» come regola probatoria e di giudizio nel processo penale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2004, 306.

critico nella conclusione probabilistica, rispetto ai modelli indicati dalle norme per il giudizio di merito»; essa «appare piuttosto come il frutto della stessa razionalità, situata però ad un livello inferiore perché diverso è il materiale probatorio disponibile»⁹⁷. Di recente, del resto, un orientamento giurisprudenziale ha ritenuto non corretto continuare a sottolineare la minore idoneità degli indizi cautelari, rispetto alla prova, a dimostrare il *thema probandum*, quasi che essi abbiano il valore di una *semiplena probatio*; e che debba prediligersi, invece, l'interpretazione della "gravità indiziaria" quale "prova allo stato degli atti", valutata dal giudice quando la formazione del materiale probatorio è ancora *in itinere* perché non sottoposto al vaglio del contraddittorio dibattimentale; sarebbe precisamente questo aspetto dinamico e non la differente capacità dimostrativa, a contraddistinguere gli indizi *de quibus* rispetto alla prova idonea a giustificare la condanna⁹⁸.

Insomma, il tema della gravità indiziaria può costituire un momento centrale delle indagini preliminari. Il raggiungimento di un simile stadio probatorio è, dunque, condizione necessaria (ma non sufficiente) per l'applicazione di misure cautelari personali. I diritti e gli interessi in gioco sono molteplici come pure le conseguenze; da qui la necessità che il giudice adotti un rigore metodologico tale da costringerlo – pur nella peculiarità della fase procedimentale – a verificare anche ipotesi alternative di spiegazione dei fatti. Solo l'univocità di tutti gli elementi di valutazione raccolti – vista anche in una prospettiva futura di arricchimento con altro materiale – può consentire, già attualmente, l'adozione degli strumenti di cautela personale.

⁹⁷ NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., 267-268.

⁹⁸ Cass., sez. I, 5-5-2005, n. 19867/05, Lo Cricchio, *Cass. pen.* 2006, 1491, con nota di CERTOSINO, *Il «giusto processo cautelare»: il carattere individualizzante dei riscontri nell'ambito della chiamata in correità.*

Il codice di rito adopera il termine indizio in diverse occasioni, tanto da avvalorare l'idea per cui il termine, più che nell'uso, ha carattere polisemico rispetto alle diverse disposizioni che lo richiamano. All'indizio si fa riferimento, oltre che per l'adozione delle misure cautelari, a proposito delle condizioni richieste per l'esecuzione del fermo e delle intercettazioni telefoniche, per l'applicazione in via provvisoria di una misura di sicurezza. Si suole dire che, in tali casi, «il legislatore parla di indizi con riferimento ad elementi conoscitivi di varia natura, di per sé idonei a concretare soltanto una situazione di *fumus commissi delicti*: elementi legittimamente acquisiti, ma non necessariamente dotati di efficacia probatoria piena, tenuto conto anche delle fasi del procedimento in cui vengono valutati, e tuttavia potenzialmente suscettibili di svilupparsi in vere e proprie prove»⁹⁹; e si aggiunge che «indizio qui significa *probatio levior*, cioè una risultanza probatoria di persuasività inferiore a quella che è necessaria per un giudizio categorico di esistenza del fatto e, quindi, per una decisione di condanna»¹⁰⁰.

Il riferimento all'indizio, dunque, – secondo l'impostazione tradizionale – evocherebbe incompletezza e/o provvisorietà di accertamento, cosicché l'utilizzazione di tale parola accentuerebbe la lontananza tra la situazione considerata e la prova del fatto all'esito del giudizio di merito. Questa prospettiva tradisce l'ovvio timore delle possibili conseguenze di indicare con stesso termine – “prova” – la base sostanziale per formulare giudizi “allo stato”; giudizi che, però, appunto perché tali, non dovrebbero ipotecare la decisione di merito.

⁹⁹ Così GREVI, *Prove*, cit., 301, che sottolinea come, con riferimento agli indizi richiesti quale presupposto per l'adozione di una misura cautelare ovvero per l'autorizzazione a una intercettazione telefonica, il legislatore «perpetui una infelice ambiguità già criticata all'epoca del codice abrogato».

¹⁰⁰ DOMINIONI, *Misure cautelari personali*, in AMODIO-DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, III, Milano, 1990, 5.

In tema di indizi cautelari, data la maggiore incidenza degli effetti della relativa valutazione e la puntuale specificazione delle sue finalità – essa, pur se “allo stato”, ha ad oggetto “la colpevolezza” – la conclusione alla quale generalmente si giunge è perentoria: «la normativa che regola i presupposti applicativi delle misure cautelari personali utilizza il termine indizio in un’accezione totalmente diversa rispetto all’analoga qualificazione delle prove indirette contenuta nell’art. 192 c.p.p, per cui l’art. 273 descrive il presupposto probatorio del provvedimento restrittivo della libertà personale attraverso un’espressione – indizi – adeguata alla provvisorietà e all’incompletezza dell’accertamento»¹⁰¹.

Secondo un orientamento dottrinale che si è espresso in maniera critica, la questione – così intesa – parrebbe confusa e destinata a confondersi oltremodo laddove si vogliano cogliere differenze attingendo più alle definizioni standardizzate che all’ontologia¹⁰².

Peraltro, – si rileva – sovente ci si ferma al termine (indizio) senza considerare la situazione ed il momento processuale di riferimento: l’art. 267 pretende “indizi di reato”; l’art. 312 correla gli indizi alla “commissione del fatto”; l’art. 705 – così come l’art. 273 – riferisce gli indizi alla “colpevolezza”; tutte queste disposizioni si riferiscono a tempi del procedere che sono, sì, destinati ad essere superati, ma che non per questo definiscono situazioni “passeggere”.

Va rilevato, in proposito, come il processo, oltre ad essere un complesso di attività svolgentisi attraverso varie fasi in vista di un fine, è anche un “complesso di procedimenti”. Questo dato è stato accentuato decisamente dal sistema introdotto nel 1989. Pensare l’indizio evocato dall’art. 273 come “prova *semiplena*” o – peggio –

¹⁰¹ CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, in GAITO, *La prova penale*, cit., I, 239.

¹⁰² FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in AA.VV., cit., 29.

come elemento probatorio di qualsivoglia natura significa, per un verso, dare di esso una definizione come fatto, piuttosto che come procedimento volto ad un giudizio; e, per di più, dimenticare che, a fronte del concetto che dell'indizio si vuol dare, sovente il preteso indizio di reità (o di colpevolezza) corrisponde ad un qualcosa che, secondo le categorie tradizionali, è una prova diretta.

Indizio di reato utile – secondo l'indicazione dell'art. 267 – a giustificare l'intercettazione è la commissione certa di un reato; l'evento il quale è stato inequivocabilmente acquisito non soltanto dal giudice, ma anche dalla collettività. Parimenti, nel caso degli indizi necessari per l'adozione di una cautela personale, la base del giudizio può essere costituita anche da una o più testimonianze qualificate, oppure dalla confessione dell'indagato¹⁰³. In entrambi i casi, l'indizio come categoria concettuale del fatto davvero non serve e ad assumere rilievo è invece il procedimento logico valutativo (e, quindi, il giudizio), in relazione alla finalità perseguita e al momento processuale nel quale è considerato.

Il *vulnus* argomentativo delle tesi proposte pare consistere in ciò: nel fare riferimento – sempre e comunque – al giudizio di merito sulla *res iudicanda* come parametro di comparazione. Tale operazione potrebbe non essere errata in sé, ma alla condizione di abbandonare la via di concettualizzare l'indizio come ente, recuperandolo invece come procedimento logico relazionato al giudizio richiesto nelle diverse situazioni dell'*iter* processuale.

Non è il fatto indiziante a mutare qualificazione nell'evolversi del processo; né è la realtà di esso come ente a mutare: ciò che muta è la situazione processuale nella quale si inserisce. A situazioni

¹⁰³ Rileva CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, III ed., Torino, 2007, 550, come «sarebbe paradossale non attribuire alla prova diretta un effetto, quantomeno, eguale alla indiretta, al livello di dimostrazione del *fumus* di cui si tratta».

processuali diverse, non solo una prova può essere o non rilevante; ma, stante il sistema delle ammissibilità, essa, addirittura, a un certo punto, può non essere più prova.

In quest'ottica, si ritiene che evocare il concetto di indizio sia non solo inutile, ma anche oltremodo dannoso, posto che – come si è visto – il giudizio richiesto dalla situazione può imporre la valutazione di quelle che normalmente vengono definite prove e non indizi. Né del termine può darsi accezione particolare, che, in ragione del risultato del processo, spazi dalla provvisorietà del giudizio alla incompletezza della situazione probatoria.

Si sostiene pertanto che – sia nel caso delle misure cautelari quanto negli altri in cui specifiche disposizioni fanno riferimento agli indizi – di provvisorio o incompleto non vi è nulla, se non in prospettiva di un risultato ulteriore.

Dunque, se si stabilisce che, in tutti i casi in cui il termine indizio è utilizzato, il riferimento ad esso sottende un giudizio di sussistenza/insussistenza di situazioni rilevanti condotto su materiali probatori, allora, la nozione di indizio altro non sembra significare altro se non che una prova è esistente «in un momento processuale anteriore alla completa verifica di tutti i possibili elementi di convincimento»¹⁰⁴.

Si intende pertanto dire – soprattutto in relazione alla cautela e, quindi, alla norma di cui all'art. 273 – che, ricondotti prova e indizio ad unità e verificato che, per tutte le prove, la valutazione consta di un procedimento logico sostanzialmente omogeneo – l'utilizzazione del termine indizio non si diversifica da quello di prova. E' evidente come, se l'adozione di misure coercitive poggia

¹⁰⁴ Così FASSONE, *Riflessioni sul tema della prova*, in *Quest. giust.*, 1985, 3, 511. In tema, pure AMICARELLI, *Indizio e libero convincimento*, in *Dialectica*, 1971, 105; DE MICHELE, voce *Indizio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, 379.

sui dati probatori offerti, questi potranno dirsi precari e non definitivi in vista della decisione di merito; ma giammai nel momento della decisione cautelare; la cui caratterizzazione, a ben riflettere, non è data dalla natura della prova valutabile, ma dall'assenza di contraddittorio sulla prova offerta¹⁰⁵.

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 al maggiore o minore valore probatorio dei dati utilizzabili né alla provvisorietà della prova, intesa come una sua caratteristica intrinseca¹⁰⁶. Tale circostanza, invece, è consequenziale alla sopravvenienza delle situazioni, sicché alla verifiche insite nel contraddittorio si sommano l'ampliamento o l'evoluzione del materiale probatorio, le regole di esclusione della prova, il criterio di giudizio segnato per la decisione di merito e la correlata rivalutazione di ogni giudizio fino alla decisione definitiva¹⁰⁷.

2.4. Regole probatorie nella valutazione degli indizi.

Di fronte a sicure affermazioni di principio in ordine alla necessità che la gravità indiziaria consenta una prognosi di qualificata probabilità di colpevolezza dell'imputato (o indagato), non si rinviene la medesima certezza nell'individuare gli elementi che possono essere utilizzati ai fini della valutazione della gravità indiziaria. In particolare, la questione più controversa attiene alla possibilità o non

¹⁰⁵ GAITO, *I criteri di valutazione*, cit., 161.

¹⁰⁶ *Contra*, GIRONI, *La prova indiziaria*, cit., 157 ss.

¹⁰⁷ FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in AA.VV., cit., 31.

di ritenere operanti, anche nella fase cautelare e durante le indagini preliminari, le disposizioni generali in materia di prova¹⁰⁸.

A questo riguardo, con l'inserimento del comma 1-*bis* nell'art. 273 c.p.p. si è voluto dare attuazione, anche nella peculiare materia dei provvedimenti *de libertate*, ai principi del “giusto processo” ed in questo modo meglio garantire l'inviolabilità della libertà personale limitando la discrezionalità del giudice. Tale operazione, tuttavia, non ha impedito di considerare tale riforma come causa d'aggravamento di antichi problemi, più che un concreto passo verso la loro soluzione¹⁰⁹.

Il comma aggiunto si rivolge, indubitabilmente, al giudice, prescrivendogli, «nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza» di tener conto di quattro articoli, di cui uno solo (l'art. 203 c.p.p.) è richiamato nella sua interezza. Questa soluzione sembrerebbe evidenziare come quella del legislatore sia stata una scelta ponderata, il risultato di una dosimetria consapevole: per dimostrarlo il rinvio solo ad alcuni dei commi che compongono gli artt. 192, 195 e 271 c.p.p.

A siffatta scelta, tuttavia, viene mossa una critica, innanzitutto di ordine sistematico: l'interpolazione risulta segnare un'occasione perduta per chiarire (o stabilire) definitivamente che la disciplina probatoria è applicabile anche alla fase delle indagini preliminari; a

¹⁰⁸ Per le diverse posizioni della giurisprudenza e della dottrina, si veda LATTANZI-LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., 38 ss.

¹⁰⁹ Cfr. in dottrina, BUZZELLI, *Gravi indizi cautelari, chiamata di correttezza e riscontri individualizzanti dopo la legge n. 63/2001*, in *Cass. pen.*, 2002, 3706; TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, 2005, 185. La *ratio* della riforma viene spiegata da taluni autori nel senso di ritenere che i gravi indizi hanno “valore di prova” all'interno della fase delle indagini e del procedimento cautelare e, per tali motivi, troverebbe spiegazione il richiamo operato dall'art. 273, comma 1-*bis*, c.p.p. ad alcune regole generali sulle prove previste nel Libro III del codice di rito.

quella, cioè, in cui – stando ad un elementare rilievo statistico – viene adottata la quasi totalità delle misure cautelari¹¹⁰.

Altra dottrina, meno massimalista, sottolinea la concretezza del passo fatto in tale direzione, pur nei suoi oggettivi limiti¹¹¹. Ancora, si è osservato che il rinvio alle quattro norme del Libro III avrebbe potuto essere più completo, in particolare, ricomprendere anche l'art. 192, comma 2, c.p.p.¹¹²; a ciò si obietta che il mancato specifico riferimento a questa disposizione lascia persistere la tradizionale distinzione, secondo cui, nella fase cautelare, è sufficiente che gli indizi siano “solo” gravi; mentre nella fase dibattimentale occorre, altresì, che siano “anche” precisi e concordanti¹¹³. Ma si è pure affermato che il “meglio” auspicato non può far dimenticare il “bene” attuato; e che «la base probatoria, che consente la limitazione della libertà personale, è resa comunque più controllabile»¹¹⁴.

La specifica tematica degli indizi contraddittori, ovvero non univoci, in sede cautelare è strettamente connessa alla questione concernente l'applicabilità o non dei parametri di cui all'art. 192, comma 2, anche alla fase cautelare, oltre che in sede dibattimentale. In relazione alla regola citata, va innanzitutto evidenziato che la stessa «(...) prescrive un metodo di valutazione (...) (sicché tale) metodo, che attiene alla controllabilità razionale delle decisioni, non può non applicarsi in ogni fase del procedimento, e, quindi non solo ai fini del giudizio di

¹¹⁰ Cfr., in dottrina, NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 5; GARUTI, *La gravità degli indizi nei provvedimenti de libertate*, in *Giur. it.*, 1993, II, 622.

¹¹¹ Così BAUDI, *Riflessioni sulla valutazione della chiamata in correità in sede di provvedimento cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 884.

¹¹² Così, BUZZELLI, *Gravi indizi cautelari, chiamata di correità e riscontri individualizzanti dopo la legge n. 63/2001*, cit., 3706.

¹¹³ APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, 2003, 111.

¹¹⁴ In questo senso TONINI-CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo: come perseguire una durata ragionevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 359.

certezza richiesto dall'art. 533, ma anche ai fini del giudizio di probabilità richiesto dall'art. 273»¹¹⁵.

Così pure, in dottrina, si è affermato che l'utilizzazione del canone di valutazione stabilito dall'art. 192, comma 2, sarebbe imposta in sede cautelare, trattandosi d'un criterio per la valutazione di un determinato genere di dati probatori¹¹⁶. D'altra parte, – si aggiunge – proprio circa le regole di valutazione, ancor prima della novella n. 63 del 2001, si è sostenuto che nessuna norma può essere letta come a sé stante, avulsa dal sistema nel quale si inserisce; pertanto, i criteri valutativi legislativamente recepiti all'art. 192, «in mancanza di previsioni esplicite in deroga, non possono non operare anche nel procedimento incidentale sulla libertà personale»¹¹⁷.

Ciò precisato, deve osservarsi che, per quanto specificamente concerne l'ipotesi di indizi contraddittori, la necessità che tale contraddizione, anche in sede cautelare, venga valutata, al fine di verificare se essa possa o no far venire meno l'univocità del quadro indiziario, si ricava anche dalle norme inserite nell'art. 292 c.p.p. dall'art. 9, comma 2, l. n. 332/1995. Ed invero con questa novella sono stati ivi introdotti il comma 2 lett. *c-bis* ed il comma *2-ter*; per il primo di tali capoversi, l'ordinanza cautelare deve contenere «l'esposizione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa (...)»; il secondo statuisce; «L'ordinanza è nulla se non contiene la valutazione degli elementi a carico e a favore dell'imputato, di cui all'art. 358, nonché all'art. 327-*bis*».

Appare quindi evidente come, già in base alla novella del 1995, il giudice, in sede di decisione cautelare, debba specificamente valutare

¹¹⁵ NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, VIII ed., 2001, Milano, 200.

¹¹⁶ Così FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in AA.VV., cit., 49.

¹¹⁷ GAITO, *I criteri di valutazione*, cit., 162; nello stesso senso SANNA, *I parametri di valutazione della prova e riesame delle misure cautelari*, in *Giur. it.*, 1992, II.

anche gli elementi a favore dell'indagato, siano stati essi offerti dalla difesa (comma 2, lett. *c-bis*) o anche se siano emersi dalle stesse indagini del pubblico ministero (comma 2-*ter*); cioè, egli deve valutare quegli elementi che, essendo favorevoli all'indagato, si pongono in contraddizione con la tesi accusatoria; ed evidenziare, nella motivazione del provvedimento cautelare, le ragioni per le quali «non [ha ritenuto] rilevanti gli elementi» a favore dell'indagato; in altri termini, spiegare perché la contraddittorietà del quadro probatorio sia solo apparente, dovendosi invece considerare gli indizi univoci e concordanti in favore della tesi accusatoria. È stato infatti osservato che, comunque, se la gravità degli indizi di cui all'art. 273 individua un livello particolarmente affidabile della prognosi di condanna, quest'ultima non è mai ipotizzabile a fronte di elementi equivoci e discordanti (ovvero contraddittori)¹¹⁸.

In generale, l'art. 292 impone uno schema analitico di motivazione, onde è addirittura impensabile che il giudizio cautelare possa essere positivamente definito nel caso di incompletezza del quadro probatorio. Come sottolineato in dottrina, in esito all'esposizione delle ragioni che giustificano la misura – attraverso l'indicazione specifica degli elementi di fatto da cui esse sono desunte e dei motivi per i quali questi ultimi assumono rilevanza, nonché la valutazione altresì degli elementi di segno contrario – il giudizio cautelare risulta sorretto dagli stessi passaggi logici richiesti dall'art. 546 per la decisione di merito; di conseguenza, il giudizio è del tutto compiuto sull'oggetto della decisione, costituito – secondo l'art. 273 – dalla gravità degli indizi di colpevolezza.

Secondo questo stesso orientamento dottrinale, inoltre, l'errore sarebbe prospettico: esso starebbe nel riferire la gravità alla

¹¹⁸ MARZADURI, *Misure cautelari personali (Principi generali e disciplina)*, in *Dig. Disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 66.

valutazione e nel non considerarla, invece, come attributo della prova¹¹⁹.

Ancor di più, poi, in seguito all'entrata in vigore della legge n. 397 del 2000, sulle indagini difensive, la possibilità che il quadro probatorio, sottoposto al vaglio del giudice della cautela, possa presentarsi in termini di contraddittorietà, o, comunque, come non univoco, risulta notevolmente accresciuta, dato il diritto del difensore di raccogliere elementi a favore del proprio assistito.

Infatti, l'intervento della difesa può seguire l'emissione dell'ordinanza cautelare; nella qual ipotesi, quindi, si porrà la questione di un'eventuale revoca dell'ordinanza cautelare, in seguito all'apprezzamento degli elementi offerti dalla difesa, laddove questi siano tali da far risultare la contraddittorietà o l'insufficienza del quadro probatorio; ma lo stesso intervento potrà precedere l'emissione dell'ordinanza cautelare. Ed infatti, l'art. 391-*nonies* c.p.p., prevede la c.d. "attività investigativa preventiva"; cioè, che la difesa possa raccogliere elementi a favore del proprio assistito già prima che il nome di quest'ultimo sia iscritto nell'apposito registro; quindi, anteriormente rispetto alla stessa domanda cautelare¹²⁰.

Certamente, gli elementi raccolti dalla difesa favorevoli all'imputato, una volta portati a conoscenza del giudice della cautela, devono essere da questi valutati prima di adottare qualunque decisione. Stabilisce infatti l'art. 391-*octies*: «Nel corso delle indagini preliminari il difensore che abbia conoscenza di un procedimento penale può presentare gli elementi difensivi direttamente al giudice, perché ne tenga conto anche nel caso in cui debba adottare una decisione per la quale non è previsto l'intervento della parte assistita»

¹¹⁹ Questa l'interpretazione fornita da FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in AA.VV., cit., 48.

¹²⁰ In tal senso APRILE-SILVESTRI, *La formazione della prova penale*, Milano, 2002, 48/49.

Appare dunque evidente, in questa clausola, il riferimento alla possibile adozione di una futura ordinanza cautelare. È stato infatti affermato: «non vi è alcun dubbio che i risultati delle investigazioni difensive, portati direttamente a conoscenza del giudice nella fase delle indagini preliminari, abbiano un'efficacia dimostrativa astrattamente parificabile a quella degli atti compiuti dal p.m. o dalla p.g.»¹²¹. In senso del tutto analogo si poi è pronunciata la giurisprudenza di legittimità¹²².

Così riconosciuta la piena utilizzabilità delle indagini difensive, è stato tuttavia osservato che «su tutt'altro piano [rispetto a quello dell'utilizzabilità] si colloca la questione connessa alla valutazione e alla resistenza delle investigazioni difensive rispetto al restante materiale probatorio. Vi provvederà il giudice con la motivazione dei suoi provvedimenti e interverrà, se del caso, l'organo di controllo in sede di gravame»¹²³.

In definitiva, nella valutazione cautelare, in presenza di un quadro probatorio contraddittorio, cioè d'una situazione probatoria caratterizzata da elementi a carico ed elementi a discarico, il giudice – analogamente a quanto accade nel caso in cui sia chiamato a definire il merito – deve “risolvere” tale contraddittorietà; vale a dire decidere – ovviamente, sempre con adeguata motivazione – se ritenere attendibili o no gli elementi a carico e quelli a discarico, determinandosi conseguentemente nel senso dell'adozione o no della misura cautelare. Se il giudice, poi, non riesce a sciogliere il dilemma, la situazione di contraddittorietà permane e, quindi, l'ordinanza cautelare non può essere emessa. Del resto, se la conclusione non è

¹²¹ APRILE-SILVESTRI, *La formazione della prova penale*, cit., 119; nello stesso senso SPANGHER, *Indagini difensive e misure cautelari*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di FILIPPI, Padova, 2001, 101 ss.

¹²² Cass. pen., sez. II, 9-4-2002, n. 13552, Pedi, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 2002.

¹²³ SPANGHER, *Le investigazioni difensive: considerazioni generali*, in *Studium juris*, 2001, 532.

univoca, non v'è certezza e, dunque, non potrà esserci “gravità” degli indizi¹²⁴.

In particolare, a quest'ultimo proposito, la Corte costituzionale ha osservato: «La situazione derivante da lacune del quadro probatorio o da contraddittorietà degli elementi disponibili allo stato degli atti non si risolve nello stallo decisorio bensì nel principio del *favor libertatis*, in una linea direttiva che, nell'alternativa tra l'accoglimento ed il rigetto delle richieste delle parti, fa prevalere in definitiva le ragioni della libertà sulle esigenze cautelari»¹²⁵.

Sempre in riferimento alla novellazione operata con la l. 63/2001, va ricordato che – secondo illustre dottrina – attualmente le norme del libro III sarebbero generalmente applicabili alle indagini preliminari, «a meno che non vi sia un'incompatibilità espressa o tacita con il singolo atto»¹²⁶. In altri termini, tendenzialmente, i criteri di giudizio stabiliti per la fase dibattimentale dovrebbero ormai trovare applicazione anche nelle indagini preliminari, ovviamente, nei limiti della compatibilità con le differenze specifiche esistenti tra le due fasi. È stato infatti osservato: «per accertare se la valutazione degli indizi di colpevolezza, ai fini cautelari, soggiaccia o meno ad una regola dettata a proposito della decisione facente seguito all'istruzione dibattimentale, bisogna esaminare, nel suo complesso, la disciplina prevista dall'art. 273, [in cui è stato inserito] il comma 1-*bis* che espressamente richiama alcune disposizioni sulle prove rendendole applicabili alla prognosi sui “gravi indizi”». Nelle intenzioni del legislatore, questa nuova disposizione mirava, tra l'altro, proprio a rendere omogenee le regole del giudizio cautelare rispetto a quelle dibattimentali; tuttavia, dato che il richiamo ha

¹²⁴ FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in AA.VV., cit., 51.

¹²⁵ Corte cost., ord. n. 321 del 27-7-2001.

¹²⁶ TONINI, *Manuale*, 335.

riguardato solo alcune norme sulla prova fra quelle contenute nel Libro III e non anche altre, il succitato capoverso potrebbe far dubitare di tale applicabilità, in materia cautelare – e, più in generale, nelle indagini preliminari – delle regole probatorie rimanenti a cui non è stato fatto espresso rinvio.

Al riguardo, però, l'interpretazione di segno negativo non appare sostenibile, poiché essa porterebbe a conseguenze inaccettabili: per esempio, ad escludere che valga, nell'ambito della fase investigativa, l'art. 188 c.p.p., concernente la libertà morale della persona nell'assunzione della prova e, conseguentemente, a considerare utilizzabile, ai fini cautelari, una dichiarazione ottenuta da persona informata sui fatti, magari con il consenso della medesima, a seguito della sua sottomissione a narcoanalisi od ipnosi. Ed allora, è giocoforza ritenere che il richiamo, da parte del citato comma 1-*bis*, ad alcune norme in tema di prova sia meramente esemplificativo; di conseguenza, bisogna escludere che, in mancanza di uno specifico rinvio, da parte della stessa disposizione, al comma 1-*bis* dell'art. 526, quest'ultimo non possa trovare applicazione al procedimento *de libertate*¹²⁷.

In definitiva, deve ritenersi che, tendenzialmente, in assenza di ragioni specifiche di segno contrario¹²⁸, in seguito alla novellazione

¹²⁷ FANUELE, *Il diritto dell'accusato a confrontarsi con il proprio accusatore nel procedimento cautelare*, in *Dir. e proc. pen.*, 2003, 1, 69.

¹²⁸ L'Autore di cui alla nota precedente ritiene che, nel caso specifico, ovvero relativamente alla disposizione di cui all'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p., tali ragioni specifiche per escludere l'applicazione di detta disciplina anche alla fase delle indagini preliminari, debbano ritenersi sussistenti atteso che «l'art. 526 è inserito tra le disposizioni specificamente relative alla deliberazione della sentenza dibattimentale; in particolare, il capoverso *de quo* definisce una metodologia di valutazione probatoria destinata ad operare a conclusione del giudizio». Non si apprezza però, quali siano in realtà queste ragioni, al di là di aspetti meramente formali quali la collocazione della norma nel contesto del codice, per escludere l'applicazione di questa disposizione relativa alla deliberazione della sentenza dibattimentale anche alla fase delle indagini preliminari. Peraltro va rilevato che la Fanuele, nel medesimo scritto (a pag. 74) osserva che «in definitiva, per le suesposte ragioni, la soluzione che appare più corretta, sul piano interpretativo, è quella di escludere l'applicabilità della regola *de qua* nel procedimento cautelare; anche se – sembra doveroso sottolinearlo – questa conclusione può non apparire soddisfacente sotto il profilo

dell'art. 273, la disciplina relativa alle modalità di valutazione della prova stabilita per la fase dibattimentale si estenda anche alla fase delle indagini preliminari¹²⁹ essendo comunque necessario che su tutte le disposizioni del libro terzo si faccia di volta in volta una valutazione di compatibilità in ordine al singolo atto di indagine.

Il richiamo espresso alle norme indicate nell'art. 273 comma 1-*bis*, dunque, non deve essere letto come se implicasse *a contrario* l'inapplicabilità di tutte le altre disposizioni del libro terzo. Viceversa, deve essere inteso come un giudizio *ex lege* di compatibilità e necessaria applicazione quanto meno delle norme richiamate¹³⁰.

Peraltro, con specifico riferimento al disposto di cui al comma 1-*bis* dell'art. 526, qualora lo si dovesse intendere non già come un criterio legale di valutazione della prova¹³¹, bensì come una regola di esclusione probatoria¹³², o come una regola di inutilizzabilità probatoria soggettivamente orientata¹³³, il divieto di impiegare a fini probatori la dichiarazione resa da colui il quale si è volontariamente sottratto all'interrogatorio della controparte potrebbe derivare dal disposto di cui all'art. 191 comma 1.

In ogni caso, anche qualora non si dovesse ritenere applicabile la disposizione di cui all'art. 526 c.p.p. alla fase delle indagini preliminari, apparirebbe comunque azzardato considerare sussistente una situazione gravemente indiziante, *ex art. 273*, anche dopo un

del rispetto dei principi costituzionali, poiché risulta di dubbia conformità ai diritti che il “nuovo” art. 111, 3° comma, Cost. riconosce alla persona accusata di un reato».

¹²⁹ TONINI, *Manuale di procedura penale*, 336; da ultimo, FALLONE, *Il punto sulla prova cautelare penale*, cit., 531.

¹³⁰ TONINI, *Manuale di procedura penale*, XII ed., Milano, 2011, 411.

¹³¹ In tal senso FERRUA, *Una garanzia finale a tutela del contraddittorio: il nuovo art. 526 comma 1-bis c.p.p.*, in AA.VV., *Giusto processo, Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di TONINI, Padova, 2001, 525.

¹³² In tal senso CHIAVARIO, *Nelle Corti europee garanzie più equilibrate e un freno agli abusi*, in *D&G*, 2000, 1, 77.

¹³³ In tal senso CONTI, *La funzione della prova in dibattimento*, in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, Milano, 2001, 204.

incidente probatorio nel corso del quale l'accusatore si fosse sottratto – volontariamente e per la libera scelta – al contraddittorio dell'accusato.

Difatti, anche a proposito di tale questione specifica, posto che deve pur sempre farsi riferimento al criterio fondamentale in base al quale, per valutare ai fini cautelari il sussistere o non dei “gravi indizi”, occorre riferirsi all'elevata o qualificata probabilità che, in esito al dibattimento, si possa giungere ad una condanna; ne consegue che appare difficilmente sostenibile l'esistenza di tale condizione nel caso in cui l'accusatore si sia sottratto all'interrogatorio dell'accusato nel corso dell'incidente probatorio espletato al fine specifico di verificare il suddetto quadro indiziario.

In altri termini, se non si siano evidenziate valide ragioni per ritenere che, in dibattimento, il dichiarante cambi la propria condotta e quindi scelga di sottoporsi al contraddittorio, non potrà ritenersi sussistente alcuna probabilità, che in esito al futuro dibattimento, si giunga ad una condanna.

Questione sostanzialmente analoga si pone nel caso in cui, durante l'incidente probatorio, l'accusatore renda dichiarazioni difformi rispetto a quelle rese nel corso delle sommarie informazioni assunte unilateralmente dal pubblico ministero. Trova applicazione anche in fase di indagini preliminari, la disciplina di cui all'art. 500, comma 2, c.p.p.?

Seguendo l'orientamento sopra evidenziato, anche la regola dettata da questo articolo¹³⁴, tendenzialmente (ovvero in assenza di ragioni specifiche che depongano in senso contrario), dovrebbe trovare applicazione anche nell'incidente istruttorio attivato durante le

¹³⁴ In dottrina si sono manifestati orientamenti diversi circa la natura di tale disposizione, nel senso che alcuni ritengono trattarsi di una regola di esclusione probatoria, altri di una regola di valutazione probatoria.

indagini preliminari¹³⁵; di diverso avviso è però la giurisprudenza, secondo cui la norma dell'art. 500 concerne solo l'esame dibattimentale.

Più in generale, si ritiene che il materiale valutabile in sede cautelare non costituisca « prova formata in contraddittorio» *ex art. 111, comma 4, Cost.*, né, quindi, soggiaccia alle regole di cui all'art. 526 comma 1-*bis*. Si afferma, infatti, che quest'ultima disposizione – secondo cui la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni di chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore – non è applicabile alle indagini preliminari, quando sia stato richiesto incidente probatorio, potendo tale regola di valutazione applicarsi solo all'esito dell'istruttoria dibattimentale – a chiusura e completamento di tutte le altre garanzie previste a tutela del contraddittorio – per la decisione finale del giudice sulla colpevolezza o non, dell'accusato; e non anche per valutare i gravi indizi di colpevolezza richiesti dall'art. 273 comma 1-*bis* a fini cautelari personali¹³⁶.

Di recente, però, si è affermato che, in tema di misure cautelari personali coercitive, per stabilire la sussistenza del *fumus commissi delicti*, il giudice *de libertate* può legittimamente valutare le risultanze investigative e metterle a confronto con le prove in senso proprio, eventualmente acquisite *ex art. 392*; e quindi, valutare anticipatamente non solo l'attendibilità delle risultanze dell'incidente, ma anche la sussistenza o non di elementi indicativi di pressioni subite dal teste, rilevanti ai fini dell'art. 500, comma 4¹³⁷.

¹³⁵ A proposito del significato normativo dell'art. 500, comma 2, c.p.p. si veda FALLONE, *Il punto sulla prova cautelare penale*, cit., nota 8.

¹³⁶ Cass., sez. V, 21-3-2002, Valerio ed altri, *Dir. pen. e proc.*, 2003, 69, con nota di FANUELE, *Il diritto dell'accusato a confrontarsi con il proprio accusatore nel procedimento cautelare*; si veda anche FALLONE, *op. cit.*, 532 ss. anche con riferimento all'applicabilità dell'art. 500).

¹³⁷ Cass., sez. I, 11-6-2004, n. 31188/04, Fiocco ed altri, *C.E.D. Cass.*, n. 229797.

Ancora riguardo al comma 1-*bis* dell'art. 273, attenta dottrina sostiene che tale capoverso invita «alle scorribande moltiplicando il rischio di errore»; e che sarebbe uno sbaglio, ad esempio, ritenere utili ai fini cautelari «le risposte autoincriminanti di un terzo non avvertito, o le cose illegittimamente sequestrate al difensore, o le dichiarazioni assunte sul luogo del fatto flagrante, assente il patrono, in base al seguente argomento testuale: sono casi previsti dagli artt. 63, 195 comma 7, 350 comma 6 e l'art. 273 comma 1-*bis* li ignora mentre indica puntualmente le norme applicabili»¹³⁸.

Di conseguenza, ad esempio, anche le modalità particolarmente garantite, previste dall'art. 141-*bis*, per la documentazione dell'interrogatorio assunto da persona detenuta, qualora non rispettate, determineranno l'inutilizzabilità delle dichiarazioni ivi raccolte come supporto al provvedimento cautelare¹³⁹.

Si è, infine, sostenuto che anche gli elementi indiziari di fonte difensiva sono soggetti ai criteri valutativi e di utilizzabilità di cui all'art. 273 comma 1-*bis*; sebbene se il nuovo impianto codicistico, conseguentemente alle interpolazioni all'art. 111 Cost., appaia capace di conferire una tendenziale ambivalenza al prodotto probatorio; il quale si presenta, in alcune ipotesi, non utilizzabile solo ai fini della prova della colpevolezza¹⁴⁰.

A questo punto, è necessario capire se, a seguito del mutato contenuto dell'art. 273, possa definitivamente affermarsi che i criteri di valutazione probatoria a fini cautelari sono diventati tendenzialmente identici a quelli per la decisione conclusiva del giudizio. In altri termini, occorre stabilire se l'elenco contenuto

¹³⁸ In questo senso, CORDERO, *Procedura*, 480.

¹³⁹ Così, NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., 149.

¹⁴⁰ PETRALIA, *Gravi indizi di reato*, cit., 2467-2468.

nell'art. 273 comma 1-*bis* sia da intendere come tassativo oppure esemplificativo.

Sulla base delle riflessioni sviluppate dalla dottrina menzionata nel corso di questo paragrafo, non si può che propendere per la seconda delle opzioni indicate. Nello stesso senso, è stato osservato: «la l. 63 del 2001, pur senza intervenire sul concetto di gravità indiziaria, ha inferto un colpo assai significativo al c.d. “doppio binario” (cioè quello relativo alle differenze di parametri utilizzabili in sede di decisione cautelare ed in sede di decisione del merito), introducendo una importante omogeneizzazione tra i due giudizi sia sul piano dei criteri valutativi applicabili, sia su quello delle regole di esclusione probatoria»¹⁴¹; nello stessa ottica è stato altresì rilevato: «il legislatore si prefigge lo scopo di colmare le più avvertite differenze di utilizzabilità e di valutazione tra il materiale che può essere oggetto delle decisioni (cautela e merito) che il giudice è chiamato ad assumere»¹⁴².

Particolarmente significativo, nel medesimo senso, appare un passo saliente della motivazione di una sentenza pronunciata dalla Cassazione nel 2005; secondo la quale «non è esatto continuare a differenziare, rispetto alla prova, la minore idoneità degli indizi

¹⁴¹ PAZIENZA, *I criteri di valutazione della prova dichiarativa: le regole di valutazione della prova dichiarativa ; le regole di valutazione degli elementi indiziari di natura dichiarativa nell'incidente cautelare e nella decisione sulla richiesta di intercettazione*, Relazione tenuta in occasione dell'incontro di studio sul tema «Il nuovo statuto della prova dichiarativa», organizzato dal CSM, Roma, marzo 2002, 27.

¹⁴² SPANGHER, *Più rigore e legalità nella valutazione dei gravi indizi per l'applicazione delle misure cautelari personali*, in *Giusto processo*, Padova, 2001, 421; in senso sostanzialmente analogo CARCANO-MANZIONE, *Il giusto processo. Commento alla l. 1° marzo 2001, n. 63*, Milano, 2001, 41; MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, in AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di KOSTORIS, Torino, 2002, 246; BRONZO, *Tutela cautelare e «Giusto processo»*, (art.11 e 12 l. n. 63 del 2001), in *Guida alla riforma del giusto processo*, a cura di LATTANZI, Milano, 2002, 156-157. Indicativo della esistenza di orientamenti diversi circa l'applicabilità anche alla fase cautelare dei medesimi criteri di giudizio previsti per la fase dibattimentale, è l'attuale esistenza di un progetto di legge (art. 15 del testo unificato predisposto dal relatore On. Pittelli del d.d.l. recante modifiche al codice di procedura penale e al codice penale in attuazione dei principi del giusto processo) di *ulteriore modifica dell'art. 273 c.p.p. per precisare che le disposizioni in materia di valutazione della prova si applicano anche alla fase delle indagini preliminari e nell'udienza preliminare*.

cautelari a dimostrare il *thema probandum*, quasi che essi abbiano valore di una “*semiplena probatio*”, né è corretto pretendere, per lo stesso motivo, una individualizzazione soltanto “parziale” dei riscontri alla chiamata in correità. Più corretto è, invece, affermare – alla stregua della nuova disciplina dell’art. 273 – 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. Su questo specifico piano, più che sulla differente capacità dimostrativa, passa la vera distinzione tra prova e indizi cautelari, i quali, pur non potendo ovviamente giustificare una sentenza di condanna, devono rendere razionale e credibile, vale a dire altamente probabile, la prognosi di colpevolezza».

Inoltre, posta la sostanziale unità di orientamento – tanto in dottrina quanto in giurisprudenza – nel ritenere che la valenza probatoria ai fini del giudizio cautelare consista nell’elevata (o qualificata) probabilità che, in esito all’istruttoria dibattimentale, si possa giungere ad una sentenza di condanna; come si può, allora, al contempo, affermare che diversi devono essere i parametri e i criteri di giudizio alla luce dei quali va valutato un determinato quadro probatorio, a seconda che lo si consideri ai fini cautelari o a quelli della decisione finale?

In altri termini, se si mantiene ferma la differenza di parametri di giudizio, in base a quali elementi ed a quali criteri può valutarsi, in sede cautelare, se il *minimum* di valenza probatoria che è posto a base di questo apprezzamento possa o no, con elevata probabilità, essere successivamente colmato in modo tale da raggiungere l’evidenza piena necessaria ai fini di una sentenza di condanna? In base a quali criteri il giudice della cautela dovrebbe prevedere che il giudice del

merito valuterà gli stessi elementi da lui tenuti in conto come aventi quella consistenza probatoria, ben maggiore, che sola può giustificare una condanna?

Si è anche sottolineato, in dottrina, come, ad identità di procedimento logico su dati probatori validi non possa non corrispondere identità di canoni di valutazione. Se è la “colpevolezza” – si aggiunge – l’oggetto del giudizio cautelare, la prova “allo stato” di essa non può che provenire dalla compiutezza di giudizio sui dati offerti. Qui non è il parametro del giudizio a venire in considerazione, bensì la definizione “allo stato” del risultato, ferma restando l’identità dei criteri valutativi. Sarebbe ben strano – si insiste – che il giudice cautelare, al cospetto di una prova c.d. “diretta” dovesse valutarla diversamente da come farebbe il giudice del merito. E lo stesso discorso, ovviamente, vale per qualsivoglia altra prova posta a sorreggere la valutazione colpevolezza dell’indiziato¹⁴³. Il giudizio – ribadisce questa dottrina – è sempre completo e non va confusa la qualificazione (in termini di sufficienza o gravità) della prova col giudizio su di essa: la gravità, qui, è non già parametro di valutazione ma, inerendo alla prova, *oggetto* del giudizio; pertanto, la prova è “grave”, in relazione alla colpevolezza, quando è il risultato del processo logico argomentativo condotto con gli identici strumenti di valutazione utilizzati per qualsivoglia giudizio¹⁴⁴.

Non si può tuttavia sottacere l’ orientamento – essenzialmente giurisprudenziale – il quale ritiene, *in primis*, che il legislatore facendo specifico riferimento ai commi 3 e 4 dell’art. 192, ma non anche al suo 2° comma, abbia mostrato l’intenzione di non estendere *sic et simpliciter* tutti i criteri di valutazione della prova propri della

¹⁴³ In questi termini, FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in AA.VV., cit., 47.

¹⁴⁴ Così, FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in AA.VV., cit., 47.

fase post-dibattimentale; egli si sarebbe limitato ad ampliare l'ambito solo di alcuni criteri di giudizio (ad esempio, la necessità dei riscontri in caso di dichiarazioni etero-accusatorie provenienti da un coimputato); di conseguenza, per quanto concerne la valutazione "statica" del quadro probatorio, continuerebbero ad essere diversi i parametri da adottare nella deliberazione cautelare rispetto a quelli propri del giudizio di merito; la prima decisione, dunque, si potrebbe pur sempre basare su di un materiale avente una valenza probatoria minore rispetto a quello presupposto dal giudizio di merito. Ad esempio, nella valutazione degli indizi, mentre il giudice della cautela si può limitare a verificare se quel determinato quadro probatorio raggiunga la soglia della gravità indiziaria richiesta dall'art. 273, il giudice del merito deve verificare, ai fini della condanna, che gli indizi già valutati siano, oltre che gravi, anche precisi e concordanti¹⁴⁵; o – per quanto concerne l'ipotesi della chiamata di correo – il giudice della cautela dovrà "limitarsi" a controllare che la dichiarazione accusatoria del coimputato sia riscontrata a livello meramente oggettivo, o di riscontro parzialmente individualizzante; mentre non dovrà verificare che il quadro probatorio integri una situazione di riscontro "pienamente individualizzante", essendo tale valutazione propria ed esclusiva del giudice di merito¹⁴⁶. Si aggiunge, poi, che, anche dopo la modifica dell'art. 273 «[...] il provvedimento cautelare continua ad essere retto dal principio che gli indizi non debbono avere anche i caratteri di convergenza ed univocità, potendosi la gravità correlare alla sola specificità: che è quanto dire idoneità a collegare un certo fatto al soggetto sottoposto ad indagine, di guisa che si possa ritenere in via

¹⁴⁵ Cass., IV, 6-7-2007, C., CP 2008, 1242.

¹⁴⁶ In tal senso Cass. pen., sez. V, 18-4-2002, Battaglia.

di alta probabilità l'esistenza del reato e l'addebitabilità a quella persona»¹⁴⁷.

Infine, nel comma 2 dell'art. 273 viene esplicitato il principio della c.d. "punibilità in concreto": affinché sia applicabile una misura cautelare personale occorre che il fatto addebitato all'imputato sia punibile in concreto. Nessuna misura cautelare, infatti, può essere disposta se risulta che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità (quindi, non se sussiste un'immunità)¹⁴⁸, oppure se risulta che può essere applicata una causa di estinzione del reato o della pena ritenuta irrogabile.

In dottrina, riguardo a questa disposizione, si è rilevato che, se oggetto dell'accertamento sono "i gravi indizi di colpevolezza", la regola è assolutamente pleonastica¹⁴⁹.

In particolare, quanto al difetto di imputabilità, si è ritenuto preferibile intenderlo come incapacità alla colpevolezza, tale da escludere l'intervento cautelare in forza del comma 1 dell'art. 273; tuttavia, sotto il profilo dell'inquadramento processuale, anche in rapporto alle formule liberatorie elencate dall'art. 530, non sembra esservi ostacolo ad un riferimento alla prevedibile esenzione da pena, ai sensi del comma 2 dello stesso art. 273¹⁵⁰. In ogni caso, si tratta di situazione in cui risulta un *quid* che esclude, se non sempre la sanzionabilità, quantomeno l'irrogabilità di una pena per il delitto, che pur si potrebbe supporre essere stato commesso dalla persona *de*

¹⁴⁷ Cass. pen.; sez. VI, 20-6-2001, Caterino; nello stesso senso Cass. pen.; sez. IV, 5-3-2002, Napoli; nonché Cass. pen.; sez. I, 24-1-2002, Gottsche ed altri, in *D&G*, 2002, 14, 23, con nota di BOTTI, *La valutazione degli indizi nel giudizio del riesame ed in quello di merito*; infine Cass. pen.; sez. V, 21-3-2002, Valerio ed altri.

¹⁴⁸ NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., 121.

¹⁴⁹ Si veda a proposito, CORDERO, *Procedura penale*, cit., 470.

¹⁵⁰ NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., 121; ADORNO, *La richiesta "coatta" di archiviazione*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di Scalfati, Ipsosa, 2006, 40, per il quale occorrerebbe fornire almeno un principio di prova del difetto di imputabilità per impedire al giudice di considerare gravi gli indizi di colpevolezza a carico dell'indagato. Si veda, comunque, l'art. 286 che prevede l'applicabilità della custodia cautelare in luogo di cura nei casi in cui il soggetto si trovi in stato di infermità di mente che ne esclude o ne diminuisce grandemente la capacità di intendere e di volere).

*qua*¹⁵¹. In questo modo si rafforza la tutela della libertà individuale, che riceve così una protezione assoluta¹⁵².

In dottrina si ritiene, inoltre, che la lettera dell'art. 273 comma 2 spostati sull'indagato il rischio che le indagini precedenti alla richiesta cautelare non siano sufficientemente approfondite quanto all'esistenza o non di una esimente, benché se ne potesse ipotizzare o ne fosse emersa in concreto la rilevanza. Il pubblico ministero, cioè, non sarebbe tenuto ad indagare anche in ordine ai fatti impeditivi che non "risultassero". Di conseguenza, da un lato, spetterà all'indagato portare – in sede di impugnazioni cautelari o di richiesta di revoca – gli elementi a sostegno dell'esistenza di una scriminante; e, dall'altro, il dubbio probatorio sulla sussistenza o non di una causa di giustificazione non impedirà l'esercizio del potere cautelare¹⁵³.

Tra gli istituti idonei ad evitare la sottoposizione a pena, l'art. 273 comma 2 dà rilievo solo a quelli che possono avere un effetto anticipato rispetto alla sentenza definitiva, o di cui sia almeno prevedibile l'applicazione all'esito dell'eventuale condanna¹⁵⁴. Una prognosi, quest'ultima, inconcepibile rispetto alla rimessione di querela, alla grazia e al beneficio della liberazione condizionale. Le cause di estinzione del reato, poi, andrebbero valutate secondo le disposizioni di diritto sostanziale (occorrerebbe far riferimento, quindi, all'art. 157 c.p. e non all'art. 278). Nel raggio d'azione dell'art. 273, infine, dovrebbe rientrare anche il difetto di una condizione obiettiva di punibilità¹⁵⁵.

¹⁵¹ CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 480.

¹⁵² ZAPPALÀ, *Diritto processuale Siracusano ed altri*, I, 413; si veda GARUTI, voce *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, cit., 748; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 721, che riconducono il disposto dell'art. 273, comma 2 al principio di proporzionalità.

¹⁵³ Così, NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., 122-123.

¹⁵⁴ NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 721, per il quale rilevano, ai sensi dell'art. 273, comma 2, solo le cause estintive che hanno un'efficacia immediata.

¹⁵⁵ NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., 124 ss.

Al riguardo può aggiungersi che la l. 31 luglio 2006, n. 241, che concede il beneficio dell'indulto per pene non superiori ai tre anni, è destinata a produrre effetti anche nell'area cautelare, in quanto causa di estinzione della pena irroganda nei confronti di un indagato, rilevante ai sensi e nei limiti dell'art. 273, comma 2. In proposito si è ritenuto che il giudice per le indagini preliminari abbia l'obbligo di revocare la misura cautelare in atto, qualora, in base ad un giudizio prognostico sull'entità della pena irrogabile, ritenga non esservi alcun margine residuo per l'applicabilità della misura coercitiva¹⁵⁶.

2.5. Orientamenti della Cassazione penale.

Nel ripercorrere le premesse di operatività dell'art. 273 va sottolineato come queste ruotino attorno ad alcuni elementi interpretativi consolidati in giurisprudenza¹⁵⁷.

Innanzitutto, si ritiene che il termine "indizi" ha significato e valore diversi a seconda che con esso si voglia fare riferimento agli elementi di prova necessari e sufficienti per affermare la responsabilità di un soggetto in ordine ai reati ascrittigli, ovvero a quelli legittimanti una misura cautelare coercitiva come la custodia in carcere. Nel primo caso, infatti, per indizi s'intendono le prove cosiddette logiche o indirette, attraverso le quali da un fatto certo si risale, per massime di comune esperienza, ad un fatto incerto. Nel secondo caso, invece, la parola "indizi" fa riferimento anche alle prove cosiddette dirette, le quali, al pari di quelle indirette, debbono essere tali da far apparire

¹⁵⁶ Trib. Potenza, 17-8-2006, De Luca, *Dir. e giust.* 2006, n. 36, 60, con nota di LAPENNA, *L'indulto «estingue» le misure cautelari. E nelle carceri si riduce il rischio-caos, ibidem*, 58.

¹⁵⁷ Per una articolata ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali, si veda, BUZZELLI, *I gravi indizi di colpevolezza nel sistema delle misure cautelari tra probabilità e certezza*, RIDPP 1995, 1137.

probabile la responsabilità dell'indagato circa il fatto o i fatti per i quali si procede¹⁵⁸.

Sulla base di questa distinzione, si è affermato che la valutazione degli indizi a fini cautelari non soggiace alle regole dettate in tema di valutazione delle prove, vale a dire le risultanze acquisite al dibattimento attraverso l'istruttoria o l'incidente probatorio, che il giudice utilizza ai fini della decisione, e non già gli elementi che vengono man mano raccolti dalla p.g. o dal p.m. nel corso delle indagini preliminari, i quali, pur essendo dotati di forza persuasiva, non assurgono tecnicamente al rango di "prova"¹⁵⁹.

In secondo luogo, si è evidenziato – con altrettanta omogeneità di orientamenti – che ai fini dell'emissione di un provvedimento coercitivo della libertà personale, gli indizi hanno connotati diversi e di diverso spessore rispetto a quelli da cui ai sensi dell'art. 192 può essere desunta l'esistenza di un fatto e che devono essere gravi, precisi e concordanti¹⁶⁰. Infatti, ai fini cautelari, la norma non richiede che gli indizi già nel corso delle indagini siano anche convergenti ed univoci¹⁶¹, ma solo che si connotino per la gravità da correlarsi – in particolar modo – alla specificità e cioè alla capacità di attribuire il fatto concreto al soggetto sottoposto ad indagini così da far ritenere, nel momento considerato, attendibile la tesi accusatoria e giustificata, sotto il profilo cautelare, la misura coercitiva¹⁶².

¹⁵⁸ Cass., V, 7-2-2007, V, *CED* 236258, sulla necessità che la identificazione del soggetto nei confronti del quale si procede sia certa: Cass., II, 16-4-2003, Sirani, *CED* 224395; da ultimo Cass., VI, 14-1-2008, P., *GD* 2008, 12, 85.

¹⁵⁹ Cass., VI, 11-7-1992, Papale, *CED* 191251; peraltro, Cass., VI, 11-3-1993, Bono, *CED* 193345 ritiene le regole riguardanti la prova una disciplina costituente un criterio ermeneutico da adattare alle specifiche esigenze concernenti le indagini; per un riferimento "ai principi di cui all'art. 192": Cass., I, 31-10-1990, Pirovano, *CED* 185160; secondo Cass., V, 24-5-1994, Anderlini, *CP* 1995, 637, le regole sulla valutazione degli indizi si risolvono in direttive di prudenza nell'assunzione anche del giudizio di probabilità.

¹⁶⁰ Cass., II, 4-4-2007, V., *GD* 2007, 31, 66; Cass., VI, 20-10-1992, Butera, *CED* 192284.

¹⁶¹ Cass., III, 22-4-1998, Derziiova, *CED* 210514; Cass., I, 28-11-1998, Marzano, *CED* 208981.

¹⁶² Tra le altre, Cass., I, 3-2-1994, Martello, *CED* 197068; Cass., I, 21-12-1993, Sabatelli, *CED* 195795.

Inoltre, l'assenza del requisito della precisione sta a significare la possibilità di attribuire rilievo anche a quei dati certi dai quali, attraverso massime di comune esperienza, si previene a dati certi inerenti non al fatto principale ma a significativi elementi di contorno; laddove la non necessaria concordanza implica la possibilità che la misura sia applicata anche in presenza di indizi contraddetti da altri, purché i primi siano definibili "gravi" ed il quadro indiziario nel suo complesso indichi come altamente probabile la responsabilità dell'indagato in ordine al fatto addebitatogli¹⁶³.

Si deve tuttavia segnalare che la situazione è parzialmente mutata a seguito dell'introduzione nell'articolo in esame del comma 1-*bis* con cui è stata estesa al giudizio cautelare l'applicabilità di alcune regole di esclusione e di valutazione¹⁶⁴.

Elemento centrale del quadro indiziario, ai fini della pronuncia del provvedimento cautelare, è – come già detto – la sua gravità. In giurisprudenza è consolidata l'idea che il concetto di "gravità" degli indizi non possa essere identificato con quello di "sufficienza" distinguendosene da un punto di vista quantitativo e qualitativo, giacché per la sua integrazione occorre l'obiettiva precisione dei singoli elementi indizianti, che nel loro complesso devono essere convergenti, così da consentire di pervenire, attraverso la loro coordinazione logica, a quel giudizio che, senza raggiungere il grado di certezza richiesto per la condanna, sia di alta probabilità dell'esistenza del reato e della attribuibilità di esso all'indagato; giudizio che, alla stregua delle regole di esperienza, possa qualificarsi grave in quanto capace di resistere ad interpretazioni alternative.

¹⁶³ Cass., I, 23-11-1993, Vitale, *CED* 195567; Cass., I, 18-11-1993, p.m. in c. Moccia, *CED* 198551.

¹⁶⁴ In questo senso Cass., I, 4-5-2005, Lo Cricchio, *CED* 232601.

Il concetto di gravità dell'indizio è correlato poi anche alla conferenza all'oggetto del giudizio, nel senso che non può non essere direttamente proporzionale al grado di congruità all'individuazione della responsabilità¹⁶⁵. In altri termini, per l'emissione della misura cautelare si richiede che i gravi indizi siano tali da poterne trarre il convincimento della elevata probabilità che il reato sia attribuibile all'indagato e non già della certezza, necessaria, invece, in sede di giudizio per l'affermazione della responsabilità¹⁶⁶.

Si è sostenuto che tale principio trovi conferma, da un lato, nella norma – l'art. 274, comma 1, lett. a) – per la quale la misura cautelare può essere disposta allorquando sussistono inderogabili esigenze afferenti situazioni di concreto pericolo per l'acquisizione della prova, (dal che si desume che questa non è ancora costituita, ma solo costituenda) e, dall'altro, nella manifesta non estensibilità alle misure cautelari dell'art. 530, comma 2 per il quale anche la insufficienza o contraddittorietà della prova importa l'assoluzione dell'imputato¹⁶⁷.

Il riferimento esplicito alla "gravità" degli indizi non esclude l'esigenza di ulteriori connotazioni con le quali debba caratterizzarsi il quadro indiziario: si deve pertanto riconoscere la necessità di un nesso con il fatto da provare¹⁶⁸, cioè la rilevanza e pertinenza rispetto al *thema probandum*¹⁶⁹; nonché la precisione e concludenza della qualità del giudizio¹⁷⁰: ossia la certezza, relativamente alla verifica processuale, circa la reale sussistenza dei dati valutati, in quanto non

¹⁶⁵ Cass., VI, 5-8-1999, Cusumano, *inedita*, secondo cui l'indizio per essere qualificato grave deve avere la idoneità a rappresentare il fatto ignoto attraverso un procedimento logico induttivo che conduce a far ritenere con qualificata probabilità un soggetto quale autore del reato, deve cioè essere immanente nell'indizio la presenza di un nesso concreto e ragionevole con il fatto da provare; tra le altre Cass., I, 19-5-1992, p.m. in c. Mangone, *CED* 190119; analogamente Cass., III, 16-11-1995, Sinani, *CED* 202795;

¹⁶⁶ Tra le altre: Cass., I, 21-9-1995, Franzese, *CED* 202435; Cass., I, 30-6-1995, Massaro, *CED* 201747; Cass., I, 26-4-1994, p.m. in c. Damiani, *CED* 197201

¹⁶⁷ Cass., I, 1-4-1994, Mostaccio, *CED* 197001.

¹⁶⁸ Così Cass., I, 11-10-1995, Vitiello, *CED* 202510; Cass., I, 9-2-1994, Stillitano, *CED* 196395.

¹⁶⁹ Si veda, tra le altre, Cass., II, 9-9-1994, Riggio, *CED* 198806; Cass., II, 9-7-1992, Palermo, *CED* 191872.

¹⁷⁰ Cass., I, 25-6-1992, Goddi Bachisio, *CED* 190813; Cass., I, 15-5-1992, Russo, *CED* 189993.

potrebbe essere consentito fondare la prova critica su un fatto verosimilmente accaduto, valorizzando inammissibilmente il mero sospetto o la personale congettura¹⁷¹. In altri termini, è indispensabile che gli elementi di fatto da cui gli indizi sono desunti, quale che ne sia la natura, risultino legati da un chiaro ed univoco nesso logico se non storico, con lo specifico reato per il quale si procede e con l'autore dello stesso, nel senso che devono rivelarsi idonei a dimostrare non solo la probabile natura della condotta criminosa ipotizzata, ma anche la sua riferibilità ad una o più persone determinate¹⁷².

Sempre nella logica dei criteri valutativi, va ricordato che un indizio deve essere ritenuto non univoco, quando da esso si possa desumere sia la colpevolezza che l'innocenza dell'indagato e non quando si possano desumere alternativamente più fatti tutti comportanti la colpevolezza dell'indagato¹⁷³; inoltre, si è detto che laddove non si richiede necessariamente la univocità degli elementi acquisiti, deve tuttavia escludersi che la valenza di tali elementi ai fini dell'applicazione della misura possa desumersi – su base probabilistica ed in contrasto con i principi della logica formale – da fatti di per sé privi di affidabilità¹⁷⁴.

La Suprema Corte ha anche evidenziato che l'attendibilità degli indizi non può essere valutata in astratto, né rapportata alle conclusioni logicamente infinite che sono compatibili con i fatti noti, ma deve essere riferita alle diverse “storie” alternative che emergono eventualmente dal confronto delle prospettazioni delle parti coinvolte¹⁷⁵.

¹⁷¹ Così Cass., II, 9-7-1992, Palermo, cit.

¹⁷² Cass., I, 27-7-1993, Marrazzo, CED 194645; Cass., I, 4-3-1993, p.m. in c. Lipari, CED 193311.

¹⁷³ Cass., I, 12-5-1992, Perri, CED 190338.

¹⁷⁴ Cass., I, 24-10-1995, Prudentino, CED 202661.

¹⁷⁵ Cass., V, 28-11-1995, Annis, CED 203391, che si riferisce anche all'esigenza che l'accusato non si limiti ad offrire le possibili interpretazioni dei fatti, ma proponga una plausibile

Infine, al concetto di gravità non è necessario fare riferimento allorquando sussista una prova diretta – e dunque non soltanto elementi di prova indiziaria – in quanto il minimo di gravità degli indizi necessario è soverchiato dal diverso e più soddisfacente grado di prova acquisita¹⁷⁶.

È orientamento consolidato, in giurisprudenza, che ai fini dell'emissione di un provvedimento coercitivo della libertà personale, gli indizi richiesti dall'art. 273 possono anche essere desunti da circostanze che singolarmente considerate appaiono equivoche o scarsamente significative ma che, valutate globalmente e collegate tra di loro in modo organico e ordinato, individuano un quadro probatorio che, seppure non ancora definito, e suscettibile, quindi, di revisione critica, giustifica allo stato degli atti l'emanazione di un provvedimento cautelare¹⁷⁷. Ciò anche in considerazione della natura stessa degli indizi, i quali vengono indicati come circostanze collegate o collegabili ad un determinato fatto che non rivelano, se esaminate singolarmente, un'apprezzabile inerenza al fatto da provare, essendo ciascuna suscettibile di spiegazioni alternative, ma che risultano idonei a dimostrare il fatto se coordinati organicamente¹⁷⁸. Pertanto la sopravvenienza di elementi indiziari che si aggiungono a quelli preesistenti – già ritenuti non gravi, così da non poter costituire presupposto per l'emissione di misure cautelari – non preclude la rivalutazione dei primi, non come rilettura intrinseca, ma eseguita alla luce di fatti esterni sopravvenuti, in quanto tutti confluiscono in una costellazione indiziaria in direzione di probabile

ricostruzione alternativa, se vuole evitare che il giudice verifichi l'attendibilità degli indizi alla sola luce dell'ipotesi formulata dall'accusa.

¹⁷⁶ Cass., VI, 2-9-1995, Pozzessere, CED 202043 e Cass., VI, 2-3-1994, Chianese, CED 197375 con riferimento alla dichiarazione della persona offesa non validamente inficiata.

¹⁷⁷ Numerose sono, a riguardo, le pronunce. Tra le altre: Cass., I, 22-6-2005, Modafferi, CED 201732; Cass., I, 11-2-1995, p.m. in c. Brigida, CED 200653; Cass., I, 23-9-1994, Camarda, CED 197137; Cass., I, 28-4-1992, Farinella, RP 1993, 231 con riferimento al giudizio di gravame.

¹⁷⁸ Cass., IV, 4-3-2008, R., GD 2008, 21, 71; Cass., VI, 26-1-1999, p.m. in c. Di Girolamo, ANPP 1999, 432.

colpevolezza dell'indagato¹⁷⁹. Del resto, i gravi indizi non possono riferirsi al solo fatto materiale, ma devono riguardare il reato addebitato all'indagato nella sua interezza e pertanto interessare anche l'elemento soggettivo¹⁸⁰.

Corre, inoltre, l'obbligo di precisare, da un lato, che gli indizi devono essere conferenti allo specifico fatto contestato e non ad illeciti non ancora individuati¹⁸¹ ed in caso di pluralità di fattispecie criminose devono riferirsi ad ogni singolo reato¹⁸²; dall'altro, che devono essere individualizzati nei confronti del soggetto verso cui si dirige l'atto cautelare¹⁸³; salvo evidenziare le ragioni per le quali gli elementi a carico di uno o più indagati sono capaci di rappresentare collegamenti anche a carico degli altri indagati non direttamente investiti da quei fatti o comportamenti¹⁸⁴.

Si ritiene generalmente che, nonostante il riferimento al plurale alla "gravità degli indizi", il pregiudizio per l'indagato del quadro indiziario – anche in virtù della già riferita mancata ripetizione della specificazione contenuta nell'art. 192 – può derivare pure da un unico elemento probatorio, purché di grave significato¹⁸⁵. Peraltro, qualora alcuni dettagli non marginali dell'indizio risultino contraddittori e qualora emerga che alcune componenti del fatto indiziante appaiono di problematica compatibilità con altre parti dello stesso fatto, il giudice di merito, per formulare il giudizio di gravità, deve superare quella contraddizione e risolvere l'ambiguità, accertando che la compatibilità sussista¹⁸⁶. Sicché in presenza di indizi tra loro

¹⁷⁹ Cass., I, 23-8-1994, Ferraro, *CED* 198947.

¹⁸⁰ Cass., VI, 15-2-1995, p.m. in c. Chiefallo, *CED* 200881; Cass., VI, 17-10-1994, Minema, *CED* 200055; Cass., I, 26-4-1994, p.m. in c. Damiani, *CED* 197202.

¹⁸¹ Cass., II, 26-2-1992, La Rocca, *CED* 189617.

¹⁸² Cass., I, 8-3-1994, Bevilacqua, *ANPP* 1994, 584.

¹⁸³ Cass., I, 1-0-1996, Costantini, *CED* 205747; Cass., I, 1-3-1993, p.m. in c. Sciuto, *CED* 193256.

¹⁸⁴ Così Cass., I, 18-12-1993, Unia, *CED* 195785.

¹⁸⁵ Tra le altre: Cass., I, 11-1-1995, Anaclerio, *CED* 200316; Cass., VI, 19-11-1994, Lo Muto, *CED* 199472; Cass., III, 26-10-1993, Amalfi, *CED* 195231.

¹⁸⁶ Cass., VI, 20-8-1992, Alesci, *CED* 191942.

contrastanti è indispensabile utilizzare elementi di rilevante consistenza, dotati di un così alto grado di attendibilità, da determinare un complessivo scadimento di quelli opposti. Questi ultimi dovranno pertanto costituire esclusivamente la traccia di una diversa tesi, da sottoporre comunque a ponderata analisi, anche se al limitato fine di disattenderla e conseguentemente di rafforzare il giudizio già espresso¹⁸⁷.

In giurisprudenza, inoltre, è stato sottolineato più volte come la sola esistenza del movente¹⁸⁸ non possa essere ritenuta sufficiente ad integrare la gravità indiziaria richiesta dall'art. 273, potendo giustificare esclusivamente la possibilità di dare inizio alle indagini dirette all'acquisizione di elementi di prova che convalidino il sospetto nascente dalla sussistenza di un movente¹⁸⁹. Invero, nel contesto di una valutazione complessiva dell'estensione degli indizi chiari e convergenti, il movente individuato esprime la sua funzione di elemento catalizzatore delle altre circostanze indizianti e di chiave di lettura di esse; ne consegue che, se l'insieme delle fonti di prova in cui il movente si manifesta è contrassegnato dal requisito della gravità indiziaria, il movente, pur in mancanza di dati di significazione univoca, diviene elemento interlocutoriamente dimostrativo di un contesto di assoluto rilievo ai fini indicati dall'art. 273¹⁹⁰.

Il riferito scostamento tra il concetto di indizio e quello di prova, ai fini dell'emissione del provvedimento cautelare, ha ricadute anche in relazione al materiale valutabile per ritenere la sussistenza della

¹⁸⁷ Così Cass., III, 26-10-1993, Amalfi, cit.

¹⁸⁸ Cass., I, 21-9-1995, Franzese, cit.; Cass., I, 16-3-1994, Votano, CED 196822, nel senso che pur non costituendo, di per sé, un serio indizio ha tuttavia la specifica funzione di rendere più credibile la riferibilità del fatto-reato all'indagato, a carico del quale debbano comunque esistere altri elementi dai quali desumere, con rilevante grado di probabilità, la sua colpevolezza; Cass., VI, 18-9-1998, p.m. in c. Andreozzi, ANPP 1999, 208.

¹⁸⁹ Cass., I, 20-12-1990, Guarnieri, CED 186055.

¹⁹⁰ Cass., VI, 18-1-1993, Bono, FI 1993, II, 337.

gravità del corredo investigativo. Invero, i gravi inizi legittimanti l’emanazione di un provvedimento restrittivo, tali cioè da giustificare la prognosi di elevata probabilità di colpevolezza dell’indagato, possono consistere in qualsiasi elemento di prova che appaia in tal senso indicativo e, quindi, idoneo allo scopo. Il concetto di indizio accolto dal legislatore nell’art. 273 è, infatti, – secondo giurisprudenza consolidata – assai più ampio di quello strettamente tecnico, di fatto certo dal quale si risale, per massime di comune esperienza, ad uno incerto e comprende sia le prove dirette che le prove logiche o indirette¹⁹¹.

Volgendo nuovamente lo sguardo al comma 1-*bis* dell’art. 273 c.p.p., introdotto dalla legge n. 63 del 2001 – quale che dovesse essere la reale portata innovativa, a livello sistematico, da attribuirgli – è necessario soffermarsi sui dati normativi da esso testualmente richiamati.

Attualmente può dirsi pacifico che, per giustificare una misura cautelare sulla base di una chiamata di correo, siano necessari riscontri estrinseci ed intrinseci. Questa conclusione, già fatta propria dalle Sezioni unite nel 1995¹⁹², è stata ulteriormente avvalorata, per l’appunto, dall’inserimento del comma 1-*bis* nell’art. 273 che espressamente ritiene applicabili al giudizio cautelare, come parametri di valutazione dei gravi indizi di colpevolezza, i criteri di cui all’art. 192 comma 3 e 4.

In giurisprudenza – come già anticipato nel paragrafo precedente – è ferma la convinzione secondo la quale, essendo stati richiamati solo il comma 3 e 4 dell’art. 192, la modifica investa esclusivamente la

¹⁹¹ Cass., I, 27-7-1993, Marrazzo, CED 194644; Cass., I, 6-11-1990, Sepe, CED 185663; Cass., I, 11-5-1990, Rasa G., CED 184282. Per la casistica giurisprudenziale degli elementi di prova che si ritiene sia possibile prendere in considerazione ai fini dell’emanazione di un provvedimento restrittivo si rinvia al *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, IV edizione, IPSOA, 2831 ss.

¹⁹² C SU, 21-4-1995, n. 11/95, Costantino. Per un’analisi relativa agli spunti indicati nella importante pronuncia si veda il *Codice di procedura penale commentato*, cit., 2862-3.

valutazione della chiamata di correità che, conseguentemente, deve essere supportata, per poter fondare l'emissione di un provvedimento cautelare, «da altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità».

In dottrina si è sottolineato che le implicazioni immediate della modifica normativa sarebbero due: in primo luogo si è ritenuto doversi escludere che la chiamata in correità possa essere valutata come ogni altro indizio. Dunque, continua a valere il principio per cui anche l'indizio unico, purché grave, può continuare a giustificare l'adozione di un provvedimento restrittivo, principio che trova fondamento nella considerazione che la pregnanza di tali elementi cognitivi nella fase delle indagini non può che essere inferiore rispetto a quella degli stessi elementi in una fase più avanzata del procedimento e, quindi, dell'accertamento dei fatti, purché non si tratti di indizio rappresentato da una chiamata di correo. In secondo luogo, si è ritenuto doversi escludere la possibilità di prescindere dal necessario carattere individualizzante dei riscontri¹⁹³.

Nel panorama giurisprudenziale, se non si contesta la necessità di un riscontro alla chiamata in correità o in reità, più incerti appaiono comunque la natura e la qualità dei riscontri necessari nel giudizio cautelare e, in particolare se le dichiarazioni debbano o meno essere supportate da riscontri individualizzanti, cioè da elementi che riguardino direttamente la persona dell'incolpato in relazione a tutti gli specifici reati a lui addebitati. Al riguardo, si registrano almeno tre diversi orientamenti.

Un primo indirizzo ritiene necessario che le dichiarazioni accusatorie su fatto altrui siano confermate da riscontri individualizzanti «sia pure nel contesto meramente incidentale del

¹⁹³ SPANGHER, *Più rigore – e legalità – nella valutazione dei gravi indizi per l'applicazione delle misure cautelari personali*, cit., 413.

procedimento *de libertate*»¹⁹⁴. Inoltre, la regola dettata dal comma 1-*bis* dell'art. 273 trova applicazione anche nei giudizi *de libertate* pendenti davanti alla Corte di cassazione la quale, pertanto, nel verificare la legittimità della ritenuta sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, quando questi siano tratti da dichiarazioni rese da coimputati o coindagati, dovrà estendere il proprio esame anche al tema del carattere necessariamente individualizzante che ora debbono assumere, anche ai fini cautelari, gli elementi di riscontro alle suddette dichiarazioni, sia pure nel contesto meramente incidentale del procedimento *de libertate* ed in termini, quindi, non di certezza ma solo di alta probabilità di colpevolezza del soggetto sottoposto a misura¹⁹⁵.

Secondo un diverso orientamento, il riferimento – nel testo dell'art. 273, comma 1-*bis* – ai commi 3 e 4 dell'art. 273, non avrebbe introdotto la necessità, anche ai fini cautelari, di “riscontri individualizzanti” alle dichiarazioni accusatorie rese da imputati dello stesso reato o di reati connessi o collegati, ma avrebbe avuto il solo effetto di superare talune precedenti indicazioni giurisprudenziali secondo cui le disposizioni codicistiche attinenti alla valutazione della prova non sarebbero state applicabili in materia cautelare, affermando espressamente l'operatività della regola secondo cui le suddette dichiarazioni vanno invece valutate «unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità»; il che significa che tali elementi debbono esistere ma non che debbano necessariamente essere costituiti da riscontri “individualizzanti”

¹⁹⁴ Tra le altre: Cass., VI, 16-7-2009, M.F., CED 244472; Cass., I, 20-9-2006, CED 234897; Cass., sez. fer. 28-8-2002, n.31992/02, Desogus, Cass. Pen. 2003, 1160 ed *ivi* 2730; Cass., I, 9-5-2006 L.P.M., CED 234890 in cui si ribadisce la necessità di riscontri esterni individualizzanti, poiché solo sulla base di tale caratterizzazione è possibile fondare la persuasività probatoria della chiamata in correità e la razionalità della decisione cautelare che non può essere contraddistinta da elementi dicotomici e di cesura rispetto alla prospettiva dibattimentale.

¹⁹⁵ Cass., VI, 15-1-2003, n. 9964/03, p.m. in c. Ciarelli, CED 223781; negli stessi termini, Cass., IV, 16-1-2003, n. 6584/03, Conticelli, *ivi*, 223563.

giacché, altrimenti, verrebbe meno la sostanziale differenza tra la nozione di “prova”, funzionale ai fini del giudizio sulla responsabilità penale, e quella di “indizio grave”, funzionale all’emissione di una misura cautelare¹⁹⁶.

Similmente, si ritiene che, ai fini della valutazione dei gravi indizi necessari per l’adozione di una misura cautelare personale, la chiamata di correo e la dichiarazione accusatoria dell’imputato di reato connesso o collegato possono essere sufficienti, ove risultino soggettivamente ed oggettivamente attendibili, e prospettino la sussistenza del reato e la responsabilità dell’accusato in termini di qualificata probabilità, a legittimare il provvedimento restrittivo, anche quando facciano difetto i riscontri “individualizzanti”, posto che gli elementi a sostegno della loro attendibilità possono concernere le dichiarazioni nel loro complesso ed il giudice, nella prospettiva di valutazione tipica della sede cautelare, può pervenire alla valutazione di adeguatezza anche considerando riscontri concernenti altre dichiarazioni rese nello stesso contesto, o elementi concernenti la dimensione obiettiva del fatto o altrimenti alla persona dell’accusato¹⁹⁷.

Secondo questo orientamento giurisprudenziale, l’art. 273, comma 1-*bis*, disponendo che nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza, atti a legittimare l’applicazione di misure cautelari personali, debbono essere osservate le disposizioni di cui agli artt. 192 commi 3 e 4, 195 comma 7, e 271 comma 1, implica che le dichiarazioni accusatorie del coimputato o dell’imputato in procedimento connesso debbano essere valutate unitamente agli altri elementi che valgano a confermarne l’attendibilità, anche se non

¹⁹⁶ Cass., V, 6-8-2004, Zini, *CED* 229552; Cass., I, 24-4-2003, n.29403/03, Esposito, *Cass. pen.* 2004, 2927 ed *ivi* 2004, 3698, con nota critica di ZACCHE, *Riscontri «individualizzanti» nel procedimento cautelare dopo la l. n. 63 del 2001*.

¹⁹⁷ Cass., II, 16-10-2003, n. 43419/03, Di Fresco, *Cass. pen.* 2005, 1338.

occorre raggiungere quel grado di certezza della prova sulla responsabilità proprio del processo cognitivo in quanto la colpevolezza, ai fini cautelari, può essere sufficientemente configurata a livello di gravità del quadro indiziario e, quindi, non di certezza ma di elevato grado di probabilità di colpevolezza. Ne deriva che i riscontri obiettivi delle dichiarazioni accusatorie, pur dovendosi ritenere indispensabili con l'introduzione della novella suddetta, non è necessario che raggiungano quel livello di individualizzazione occorrente per la formazione della prova nel giudizio di merito essendo, invece, sufficiente una ricostruzione logica degli stessi che consenta di valutare appieno l'attendibilità del dichiarante e di offrire un quadro storico della vicenda narrata del tutto rispondente al vero ed in cui la posizione dell'accusato trovi collocazioni sintomatiche della sua colpevolezza¹⁹⁸. Diversamente, si osserva, verrebbe meno la stessa differenza tra prova della responsabilità e gravi indizi (cioè qualificata probabilità) di colpevolezza¹⁹⁹. Non è quindi giustificato ritenere che i riscontri in questione debbano ora avere sempre carattere individualizzante così come, per converso, non era giustificato, in passato, ritenere che tale carattere non occorresse mai²⁰⁰.

Infine, secondo un orientamento intermedio, il novellato art. 273 comma 1-*bis* esigerebbe la presenza di riscontri almeno parzialmente individualizzanti, ossia tali da consentire di collocare la condotta dell'accusato nello specifico fatto dell'imputazione provvisoriamente

¹⁹⁸ Cass., I, 31-10-2003, n. 46241/03, Ribisi, *CED Cass.*, 227216; nello stesso senso Cass., II, 26-6-2002, n. 35359/02, Berretta, *ivi*, 222665.

¹⁹⁹ Cass., V, 17-11-2002, n. 1278/03, Cimmino, *ivi*, 223237; Cass., V, 21-1-2003, n. 7275/03, Formigli, *Cass. pen.* 2003, 3484, con nota di Rocchi, Sui gravi indizi di colpevolezza e sulla chiamata di correo in materia cautelare.

²⁰⁰ Cass., OIV, 3-6-2003, n. 36559/03, p.m. in proc. De Sandro, *ivi*, 226310; negli stessi termini, Cass., I, 27-2-2001, n. 17243/01, Bidognetti, *ivi*, 218816.

elevata²⁰¹. Si afferma, infatti, che il richiamo operato dall'art. 273 comma 1-*bis* al comma 3 e 4 dell'art. 192, pur comportando il superamento del precedente orientamento giurisprudenziale secondo cui ai fini cautelari gli elementi di riscontro alla chiamata in correità potevano essere limitati al fatto, non implica, tuttavia, l'esigenza di un loro carattere pienamente e totalmente individualizzante dovendosi per l'appunto ritenere sufficiente, in conformità con la natura probabilistica del giudizio richiesto ai fini cautelari una individualizzazione parziale o tendenziale compatibile con il concetto di indizio, sia pur grave richiesto dalla legge per l'adozione della misura²⁰². Anche la valutazione complessiva di plurime chiamate in correità, munite del comune attributo della "vocazione individualizzante", rispetta tale "principio di individualizzazione del riscontro"²⁰³. E nello stesso senso, si sostiene che il giudice, nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza fondati sulle dichiarazioni accusatorie rese da coimputati o coindagati, debba verificare, ai sensi dell'art. 273 comma 1-*bis* (che richiama espressamente i commi 3 e 4 dell'art. 192), la sussistenza di riscontri che siano parzialmente individualizzanti, nell'ambito del contesto meramente incidentale del procedimento *de libertate* ed in termini, quindi, non di certezza, ma solo di qualificata probabilità di colpevolezza del soggetto sottoposto a misura²⁰⁴.

²⁰¹ Cass., sez. fer., 21-8-2002, n. 3198602, Musitano, *Cass. pen.* 2003, 3109, con nota di VENTURA, *La valutazione della chiamata in correità, ai sensi del novellato art. 273 c.p.p.*

²⁰² Tra le altre: Cass., VI, 15-3-2005, Raia, CED 230923; Cass., VI, 4-2-2005, Pollari, CED 230456; Cass., VI, 24-11-2004, Fanfara, CED 230755.

²⁰³ Così Cass., VI, 4-6-2003, n. 36767/03, Grasso, *Cass. pen.* 2004, 4147; Cass., VI, 7-10-2004, n. 45441/04, Fanara, CED 230755, secondo cui proprio per la "fluidità" della fase può essere sufficiente che la individualizzazione del riscontro sia «solo tendenziale o parziale»; similmente, tra le altre, Cass., VI, 17-2-2005, 10115/05, Raia, *ivi* 230923; Cass., VI, 17-2-2005; 10114/05, Scoma, *ivi* 231180.

²⁰⁴ Cass., IV, 14-1-2004, n. 17574/04, Vatinno, *Cass. pen.* 2005, 892; nello stesso senso Cass., VI, 7-10-2004, n. 45442/04, Scorazzi, *Dir. e giust.* 2005, n. 3, 51, con nota di MOROSINI, *Pentiti, chiamata in correità e riscontri: la valutazione deve restare al giudice, ibidem*, 48 ss.

Peculiare , infine, è l'affermazione secondo la quale, ai fini della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza necessari per l'emissione di una misura cautelare personale, intanto risultano necessari i riscontri individualizzanti alla chiamata in correità, in quanto essi siano funzionali al giudizio di credibilità del chiamante, per consentire al giudice di superare gli eventuali errori, incongruenze, contraddizioni contenuti nelle sue dichiarazioni eteroaccusatorie²⁰⁵.

Sul contrasto manifestatosi in giurisprudenza sono intervenute le Sezioni Unite che, facendo proprio l'indirizzo più rigoroso emerso nell'ambito della stessa e propugnato dalla dottrina, hanno affermato che in tema di valutazione della chiamata in reità o correità in sede cautelare, le dichiarazioni accusatorie rese dal coindagato o coimputato nel medesimo reato o da persona indagata o imputata in un procedimento connesso o collegato, integrano i gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273 comma 1 – in virtù dell'estensione applicativa dell'art. 192 commi 3 e 4, ad opera dell'art. 273 comma 1-*bis* – soltanto se esse, oltre ad essere intrinsecamente attendibili, risultino corroborate da riscontri estrinseci individualizzanti, tali cioè da assumere idoneità dimostrativa in ordine all'attribuzione del fatto-reato al soggetto destinatario di esse, – dunque riguardanti direttamente la persona dell'incolpato in relazione a tutti gli specifici reati a lui addebitati – ferma restando la diversità dell'oggetto della deliberazione cautelare, preordinata a un giudizio prognostico in termini di ragionevole e alta probabilità di colpevolezza del chiamato, rispetto a quella di merito, orientata invece all'acquisizione della certezza processuale in ordine alla colpevolezza dell'imputato. In motivazione si specifica, altresì, che l'elemento di riscontro individualizzante deve confermare non necessariamente in via diretta

²⁰⁵ In questo senso Cass., II, 18-11-2003, n. 49212/03, p.m. in c. Palumbo, CED 227506.

la condotta illecita ascritta all'accusato, ma le dichiarazioni del propalante e, quindi, la loro attendibilità nella parte di riferimento²⁰⁶. In dottrina si afferma comunemente la necessità di un riscontro individualizzante onde evitare che il risultato valutativo sui gravi indizi degradi a mero sospetto, pur dovendosi sempre tener presente che il giudizio cautelare non potrà non risentire del diverso livello di avanzamento dell'*iter* processuale e dei diversi modi di formazione del materiale probatorio²⁰⁷. Del resto, i riscontri sul fatto giovano alla sola attendibilità intrinseca²⁰⁸.

Inoltre, nel criticare l'indirizzo giurisprudenziale "intermedio", si è osservato che l'esigenza di riscontri estrinseci individualizzanti appare ancora più necessaria nella fase cautelare rispetto a quella dibattimentale, poiché nella prima manca del tutto il contraddittorio. Proprio tale mancanza, d'altra parte, evidenzia come il riscontro alla chiamata in correità in sede cautelare sarà sempre compiuto in maniera cartolare e sulla base degli atti, sicché mai potrà essere equiparato ad un anticipato giudizio di colpevolezza²⁰⁹.

In senso contrario, tuttavia, è stato affermato – da un'altra dottrina – che, dovendosi tener conto delle diverse, concrete esigenze che si pongono nei differenti momenti processuali relativi all'emissione del provvedimento cautelare e all'adozione di una pronuncia sulla responsabilità, la chiamata in correità dovrà essere assistita da riscontri oggettivi che ne confermino l'attendibilità estrinseca, ma non necessariamente individualizzanti, dipendendo dal caso concreto

²⁰⁶ C SU 31-10-2006, p.m. in c. Spennato, *GI* 2007, 2291 e *Guida dir.* 2006, n. 44, 52, con nota di FRIGO, *Passi avanti nell'affermazione del giusto processo cautelare*; conforme Cass., VI, 29-11-2007, Q., *GD* 2008, 9, 67.

²⁰⁷ Così ZACCHÈ, *Riscontri «individualizzanti» nel procedimento cautelare dopo la l. 63 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2004, 3698; NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., 232 ss.

²⁰⁸ IACOVIELLO, *La tela del ragno: ovvero la chiamata in correità nel giudizio di cassazione*, in *Cass. pen.* 2003, 2014 ss.

²⁰⁹ VITALE, *Il riscontro della chiamata in correità ai fini della valutazione dei gravi indizi di colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2003, 2014 ss.

e dalla denotazione della dichiarazione accusatoria, la possibilità per il giudice della cautela di prescindere da un riscontro *ad personam*²¹⁰.

Può altresì ricordarsi che in giurisprudenza si è sottolineato come il richiamo ad opera del comma 1-*bis* dell'art. 273 c.p.p. ai commi 3 e 4 dell'art. 192 c.p.p. non comporti la necessità che le dichiarazioni della persona offesa trovino riscontro in elementi esterni, così che esse possono ancora costituire da sole fonti di prova quando siano ritenute dal giudice, secondo il suo libero e motivato apprezzamento, attendibili sul piano sia soggettivo che oggettivo²¹¹.

Quanto alla operatività della nuova disciplina nei procedimenti in corso si è precisato che le dichiarazioni accusatorie rese dai coindagati prima dell'entrata in vigore della l. n. 63 del 2001 sono utilizzabili a fini cautelari purché il p.m. abbia provveduto alla rinnovazione dell'esame²¹² ancorché i termini di durata delle indagini fossero già scaduti²¹³.

L'art. 273 comma 1-*bis* richiama, poi, gli artt. 203 e 195 comma 7 riguardanti il fenomeno dell'inutilizzabilità di materiale acquisito in violazione di specifici divieti di legge. Si tratta, in entrambi i casi, di regole "probatorie" tese ad escludere l'utilizzabilità di dichiarazioni non controllabili in quanto rese da chi non possa o non voglia indicare la fonte di riferimento.

Il divieto di acquisizione e di impiego delle notizie provenienti dagli informatori confidenziali, dei quali gli organi di polizia e di sicurezza

²¹⁰ ROCCHI, *Sui gravi indizi di colpevolezza e sulla chiamata di correo in materia cautelare*, in *Cass. pen.*, 2003, 3494.

²¹¹ Cass., III, 26-2-2006, n. 39366/06, p.m. in c. Glaudio, *CED* 235521.

²¹² C SU, 9-2-2004, Zalagatis, *CED* 226718; Cass., I, 24-3-2004, B., *CED* 228945; Cass., VI, 23-2-2004, Muscolino, *CED* 229019; Cass., II, 5-4-2002, Andolfi, *CED* 221548 in cui si precisa che allorché sia intervenuta la chiusura della fase delle indagini preliminari e sia dunque preclusa la possibilità per il p.m. di procedere alla rinnovazione dell'esame, le dichiarazioni precedentemente rese ancorché assunte senza l'osservanza delle formalità previste dagli artt. 64 e 197-*bis* conservano validità ai soli fini del mantenimento delle misure in questione.

²¹³ Cass., I, 20-3-2002, Pranno, *CED* 221375; Cass., I, 10-5-2002, Perna, *CED* 221704, in cui si afferma che la rinnovazione è sempre consentita fino a quando non venga esercitata l'azione penale.

non abbiano rilevato i nomi, essendo espressamente facoltizzati a tacerli anche di fronte al giudice (ai sensi dell'art. 203 c.p.p.), infatti, altro non è che un corollario dell'art. 195 comma 7²¹⁴. Per quanto concerne, dunque, le dichiarazioni rese dai confidenti agli organi di p.g. e agli appartenenti ai servizi di sicurezza – che possono integrare i gravi indizi di colpevolezza legittimanti l'adozione di un provvedimento restrittivo – risulta esplicitato che la loro valutazione soggiace alla regola sancita dall'art. 203. Tale richiamo va correlato alla modifica apportata alla stessa disposizione alla quale è stato inserito il comma 1-*bis* che estende alle fasi diverse dal dibattimento la sanzione dell'assoluta inutilizzabilità delle informazioni confidenziali acquisite (e rimaste tali) dagli appartenenti alla p.g. e dal personale dipendente dai servizi per l'informazione e la sicurezza militare e democratica. Allora, fermo restando che gli organi di polizia – come già detto – non possono essere obbligati a rivelare i nomi degli informatori, tutto quello che essi affermano di avere “sentito dire” non può essere acquisito né utilizzato, se non quando l'informatore sia stato esaminato come teste.

In dottrina, peraltro, si è sostenuto che costituendo l'art. 203 norma speciale rispetto all'art. 195, 3° comma, le informazioni acquisite sarebbero inutilizzabili anche nell'ipotesi in cui non sia stato possibile esaminare, per morte, infermità o irreperibilità, l'informatore confidenziale di cui sia stata resa nota l'identità costituendo l'escussione come testi degli informatori la *condicio sine qua non* dell'utilizzabilità delle informazioni acquisite. Se questa è l'interpretazione dell'art. 203, deve ritenersi superato quell'orientamento giurisprudenziale in base al quale le dichiarazioni assunte da un confidente della p.g. e da questa riferite all' a.g. dopo la

²¹⁴ GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, cit., 311 e 367.

morte del medesimo potevano essere utilizzate per l'applicazione delle misure cautelari, pur essendo necessaria grande cautela nella loro valutazione²¹⁵.

Sempre in relazione alle dichiarazioni provenienti dagli informatori, si è specificato, in riferimento all'autorizzazione alle intercettazioni ma con un pronuncia estensibile anche alla materia cautelare, che il divieto di utilizzazione ai fini della valutazione del quadro indiziario delle notizie acquisite dalla p.g. presso gli informatori (art. 267 comma 1-*bis* in relazione all'art. 203 comma 1-*bis*) non opera quando la stessa p.g. abbia indicato negli atti le generalità complete degli informatori ed abbia precisato in una relazione di servizio il contenuto delle notizie da questi riferite, venendo meno in tal caso il carattere anonimo della fonte e non essendo preclusa per gli agenti operanti, riguardo alla fase delle indagini preliminari, una forma siffatta di documentazione delle dichiarazioni raccolte²¹⁶.

Va, infine, ricordato che le Sezioni Unite hanno puntualizzato che non è acquisibile al processo né, ove acquisita, è utilizzabile come prova la registrazione fonografica realizzata occultamente da appartenenti alla p.g., nel corso di operazioni investigative, durante colloqui da loro intrattenuti con indagati, confidenti o persone informate sui fatti quando si tratti, tra l'altro, di informazioni confidenziali inutilizzabili in virtù del disposto dell'art. 203²¹⁷.

Quanto, invece, alla testimonianza indiretta, ai sensi dell'art. 195 comma 7, – anch'esso richiamato dal comma 1-bis dell'art. 273 – non è utilizzabile la dichiarazione di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti

²¹⁵ Cass., I, 13-1-1993, Ocello, *CED* 192670.

²¹⁶ Cass., sez. fer., 6-8-2003, n. 35450/03, Cardamone, *CED* 228221.

²¹⁷ C SU, 28-5-2003, n. 36747/03, Torcasio, *Cass. pen.* 2004, 21 ed *ivi* 4182, con nota di LONGO, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: un «banco di prova» dei principi sul giusto processo.*

oggetto dell'esame²¹⁸ ai fini dell'affermazione della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza. Il discrimine sul piano dell'utilizzabilità delle dichiarazioni è rappresentato dalla rivelazione o meno della fonte confidenziale.

In dottrina, si è sottolineato, peraltro, che tale rivelazione consente di verificare l'attendibilità del dichiarante attraverso l'escussione del teste di riferimento o fonte primaria sviluppando, sia pure successivamente, il contraddittorio²¹⁹.

Inoltre, si è puntualizzato che il divieto di utilizzazione ai fini della valutazione della gravità indiziaria è limitato esclusivamente al comma 7 (cioè la mancata indicazione della fonte), sicché le altre condizioni di utilizzabilità poste dall'art. 195, in quanto strettamente connesse al dibattimento, non opererebbero nelle fasi a questo precedenti²²⁰.

Si è però aggiunto che è sul piano della valutazione giudiziale che si sposterà l'attenzione del giudice: nei casi in cui gli atti sottoposti al vaglio dell'organo decidente non lo mettano in condizione di effettuare il controllo sull'attendibilità del testimone di riferimento, né di stabilire se l'esame dibattimentale risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità della fonte originaria, le dichiarazioni *de*

²¹⁸ In questo senso, già, Cass., I, 11-12-1995, pr. G. in c. Ragno, 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.

²¹⁹ SPANGHER, *Più rigore – e legalità – nella valutazione dei gravi indizi per l'applicazione delle misure cautelari personali*, cit., 413.

²²⁰ NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 700, che puntualizza come ben possa fondarsi la prognosi di gravità indiziaria sulle dichiarazioni *de relato* anche se in dibattimento saranno utilizzabili solo dopo l'escussione del testimone diretto; GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, cit., 367; ma anche CIAMPI, *Davvero utilizzabile la testimonianza indiretta della polizia giudiziaria nel procedimento che applica una cautela personale?*, in *Cass. pen.* 2004, 560 ss.

relato non potrebbero autorizzare un giudizio positivo sui gravi indizi di colpevolezza²²¹.

Si è altresì ritenuto che anche il disposto del 6° comma dell'art. 195 dovrebbe rilevare in sede cautelare. Si afferma, infatti, che il richiamo al segreto professionale e a quello d'ufficio non concerne i modi di formazione della prova testimoniale, sicché si tratterebbe di un precetto con potenzialità espansiva: «non si spiegherebbe, invero, un'attenuazione della portata del segreto nel contesto extra-dibattimentale, rispetto a quanto previsto per la decisione sul merito dell'imputazione, in vista della sentenza definitiva»²²².

Sempre con riferimento all'espresso richiamo del comma 7 dell'art. 195, si è anche sostenuto che la formulazione della norma non sia ineccepibile. Il “rifiuto” di indicare la fonte, infatti, postulerebbe o una dichiarazione spontanea in tal senso da parte di colui che è portatore della testimonianza indiretta, o una dichiarazione di tal fatta dietro precisa sollecitazione da parte di chi ha raccolto l'informazione. Se dal verbale fornito dal p.m. al giudice non risultasse il rifiuto di indicare il nome della fonte, il giudice non avrebbe elementi per affermare che il testimone indiretto abbia rifiutato di indicare la fonte e quindi, in questa prospettiva, la dichiarazione ben potrebbe essere utilizzata dal giudice della cautela. Secondo tale interpretazione, pertanto, il divieto posto dal comma 7 dell'art. 195 sarebbe facilmente aggirabile essendo sufficiente non richiedere al dichiarante di indicare la fonte²²³.

In giurisprudenza si è affermato che i gravi indizi di colpevolezza richiesti per l'applicazione ed il mantenimento di misure cautelari

²²¹ NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., 157 ss.

²²² CIAMPI, *Davvero utilizzabile la testimonianza indiretta della polizia giudiziaria nel procedimento che applica una cautela personale?* In *Cass. pen.*, 2004, 568.

²²³ Così CORSO, *Sub. art. 273*, in *Commento al codice di procedura penale*, La Tribuna, 2005, 836.

personali possono essere tratti da qualsiasi elemento di indagine, con esclusione soltanto di quelli che non hanno, sin dall'origine, alcuna possibilità di divenire prova nel dibattimento. Ne consegue che, a fini cautelari, possono essere utilizzate anche dichiarazioni di persone informate sui fatti riferite dalla polizia giudiziaria, per le quali opererebbe in dibattimento il divieto di testimonianza *de relato* previsto dal 4° comma dell'art. 195, dato l'alto grado di probabilità che quelle dichiarazioni divengano prove in sede dibattimentale mediante l'escussione, in qualità di testimone, della persona che le ha rese²²⁴.

In senso critico, in dottrina, si è osservato che il divieto di testimonianza indiretta degli ufficiali di polizia giudiziaria su quanto appreso dai testimoni si configura quale “divieto di ammissione” e, come tale, sarebbe rilevante in ogni fase processuale²²⁵. In ogni caso si è ribadita, volendo accogliere la ricostruzione della giurisprudenza sull'ambito di operatività del divieto di cui all'art. 195, comma 4, la necessità, da un lato, che il giudizio di attendibilità delle dichiarazioni indirette o *de relato* riguardi non solo colui che la rende, ma anche colui dal quale sono stati appresi i fatti oggetto delle dichiarazioni e, dall'altro, che le suddette dichiarazioni siano assoggettate ad un rigoroso vaglio di attendibilità confortato da riscontri esterni obiettivi e certi²²⁶.

Va altresì ricordato che il divieto probatorio oggetto di analisi coinvolge soltanto il contenuto delle dichiarazioni testimoniali

²²⁴ Cass., I, 28-1-2003, n. 7014/03, Rizzitano, *Cass. pen.* 2003, 2595, con nota di BINETTI, *L'utilizzabilità della testimonianza indiretta della polizia giudiziaria in materia de libertate*; nello stesso senso, Cass., V, 11-6-2003, n. 30892/03, Costa ed altri, *CED* 225833.

²²⁵ CIAMPI, *Davvero utilizzabile la testimonianza indiretta della polizia giudiziaria nel procedimento che applica una cautela personale?* cit., 5570 ss., il quale conclude per la possibilità di una lettura dei verbali in quanto il processo verbale della polizia giudiziaria rappresenta uno strumento di documentazione di attività processuale e ciò preclude ogni contaminazione tra il divieto concernente la prova orale *ex art.* 195, 4° comma ed il regime di utilizzabilità del corrispondente supporto scritto.

²²⁶ BINETTI, *L'utilizzabilità della testimonianza indiretta della polizia giudiziaria in materia de libertate*, cit., 2595.

documentate mediante redazione di apposito verbale: l'omessa verbalizzazione richiesta *ex lege*, sebbene possa comportare una responsabilità disciplinare, non preclude di per sé che quanto rilevato sia acquisito al processo in quanto l'art. 195, comma 4, consente l'acquisizione della testimonianza *de relato* degli agenti di polizia giudiziaria il cui contenuto non risulta verbalizzato²²⁷.

In dottrina si è criticata la posizione espressa dalla giurisprudenza, ritenendosi che non può essere consentito l'utilizzo disinvolto della testimonianza indiretta della polizia giudiziaria avente ad oggetto il *narratum* di persone informate sui fatti che doveva essere verbalizzato ai sensi dell'art. 357. Si afferma che quest'ultima disposizione, nell'imporre alla polizia giudiziaria la redazione del verbale in occasione del compimento di una serie di atti tipici, tra cui le informazioni assunte *ex art.* 351, sancisce un preciso obbligo di documentazione la cui inottemperanza pare ineluttabilmente destinata a ripercuotersi sul piano dell'utilizzabilità dell'atto dichiarativo acquisito con modalità diverse da quelle prescritte²²⁸.

Un discorso a parte va sviluppato con riferimento alle intercettazioni telefoniche. A tale proposito – in termini generali – si sottolinea che i gravi indizi di colpevolezza possono essere desunti anche dal contenuto delle intercettazioni stesse²²⁹, pure con riferimento a quelle ambientali²³⁰ ed a quelle compiute dall'autorità straniera in modo autonomo, al di fuori della rogatoria prevista dall'art. 727²³¹. Ciò a condizione che – come già si affermava in giurisprudenza – le intercettazioni telefoniche siano affidabili, di sicura provenienza dagli

²²⁷ Cass., II, 2-4-2003, Buonomano ed altri, *Giur. it.* 2004, 1916, con nota di FONTI, *Testimonianza indiretta della polizia giudiziaria in assenza di verbalizzazione dell'atto dichiarativo*.

²²⁸ FONTI, *Testimonianza indiretta della polizia giudiziaria in assenza di verbalizzazione dell'atto dichiarativo*, cit., 1919.

²²⁹ Tra le altre: Cass., I, 23-8-1994, Pranno, *CED* 198930; Cass., II, 9-8-1994, Balzano, *CED* 199037.

²³⁰ Cass., VI, 3-5-1994, Russo, *CED* 198825; Cass., I, 12-5-1992, Donnarumma, *CED* 190348; Trib. Catanzaro, 15-2-2007, M., *CM* 2007, 7, 897.

²³¹ Cass., I, 21-8-1997, Ibba, *ANPP* 1998, 280.

indagati, numerose, concordanti e dal contenuto costantemente pregnante, nel senso del riferimento ad attività illecite e di non difficile interpretazione²³².

Per poter essere poste a fondamento di un provvedimento cautelare è, però, necessario che siano state autorizzate e non siano state disposte fuori dei casi previsti dall'art. 266, rilevando peraltro l'osservanza dei precetti posti dagli artt. 267 e 268 commi 1 e 3. Infatti, l'art. 273 comma 1-*bis* prevede che nella valutazione dei gravi indizi si applichi, tra gli altri, l'art. 271 comma 1, che sancisce l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni quando esse siano state eseguite fuori dai casi consentiti dalla legge (in violazione, quindi, degli artt. 103, commi 5 e 7, e 266) o qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli artt. 267 e 268, commi 1 e 3, e, cioè, le norme che disciplinano la procedura di autorizzazione e acquisizione, comprese le modalità esecutive delle operazioni. Deve ritenersi conseguentemente superata quella giurisprudenza che riteneva che l'inosservanza di tali precetti precludesse solo l'efficacia probatoria dei risultati delle intercettazioni nel giudizio²³³.

Risulta così estesa l'operatività dei divieti di utilizzazione del materiale intercettato vevoli per il dibattimento al procedimento cautelare secondo una prospettiva inaugurata dalle SS. UU. allorché si trattò di risolvere la controversa questione della individuazione degli atti che il p.m. deve trasmettere al g.i.p. al momento della richiesta della misura cautelare. In base a quanto dispone l'art. 268, comma 4, infatti, il p.m. deve provvedere a depositare la documentazione relativa alle intercettazioni. In tal modo il giudice

²³² Così si esprimeva Cass., VI, 3-11-1992, Delle Femmine, CED 192861.

²³³ Tra le altre: Cass., I, 13-7-1998, Ingrosso, CED 211168; Cass., I, 4-5-1998, Seseri, CED 21052; Cass., I, 21-1-1998, Recchia, CED 209502.

può effettuare un controllo sulla legittimità del mezzo di ricerca della prova verificandone l'utilizzabilità.

Mentre è pacifico che il mancato deposito dei provvedimenti legittimanti le operazioni di intercettazione telefonica o ambientale rende inutilizzabili a fini probatori i risultati di tali attività investigative ex art. 271, discussa era l'individuazione degli effetti derivanti da una mancata allegazione degli stessi alla richiesta cautelare ex art. 291. A riguardo le SS. UU.²³⁴ recependo le critiche emerse in isolate pronunce e anticipando gli esiti della riforma del 2001, avevano indicato la necessità di trasmettere i decreti autorizzativi al g.i.p. delle cautele per permettere allo stesso di effettuare un controllo sulla legittimità del mezzo di ricerca della prova²³⁵. Alla luce del mutato quadro normativo, dunque, l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni prevista dall'art. 271 ha rilievo anche nel procedimento cautelare²³⁶ indipendentemente dalla "valenza indiziante o probatoria" dei risultati del mezzo di indagine in quanto sanzione che «colpisce i risultati in quanto tali e, dunque, in qualunque sede si intenda impiegarli»²³⁷.

Tuttavia, non va sottaciuto che nonostante la scelta legislativa volta a dar rilievo a questa causa di inutilizzabilità anche in ambito

²³⁴ C SU 5-3-1997, Glicora, CED 206954; C SU 27-3-1996, Monteleone, CP 1996, 2913.

²³⁵ Cass., I, 13-6-2000, p.m. in c. Dessì, CED 216177, in cui si afferma che la utilizzabilità in sede cautelare è subordinata alla trasmissione dei decreti autorizzativi o delle eventuali proroghe e non anche alla allegazione della documentazione inerente alla mera attività esecutiva dell'attività di intercettazione.

²³⁶ Sulla base di tale principio si è affermato che l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni telefoniche, dichiarata nell'ambito di un procedimento *de libertate* per mancata trasmissione dei verbali di autorizzazione, non esclude l'utilizzabilità dei medesimi per l'applicazione di una misura cautelare nell'ambito dello stesso procedimento ma ad opera di altro giudice che abbia preso cognizione dei decreti di autorizzazione allegati alla richiesta: Cass., I, 28-9-1998, Haq Navaz, CED 211406; cfr. altresì Cass., VI, 20-2-2007, CED 236149 in cui si afferma che è illegittimo il provvedimento del Tribunale del riesame che abbia ritenuto utilizzabili in sede cautelare i risultati di intercettazioni telefoniche eseguite per messo di impianti non installati presso i locali della procura della Repubblica senza che i relativi decreti attuativi del p.m. siano stati allegati, in quanto tale emissione non consente la verifica di regolarità della concreta attuazione dell'ascolto.

²³⁷ DIDI, Regime di utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche e ordinanze di custodia cautelare nelle indagini preliminari, GP 1992, III, 49; SEGHELLI, Sui limiti di utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche per l'adozione dei provvedimenti coercitivi, GI 1992, II, 430.

cautelare e i plurimi interventi delle SS. UU., in giurisprudenza si è affermato che la mancata trasmissione al Tribunale del riesame dei decreti di autorizzazione delle intercettazioni telefoniche – non trasmessi neppure al g.i.p. con la richiesta di applicazione della misura –, successivamente acquisiti dallo stesso Tribunale (e messe a disposizione della difesa), non determina l’inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, considerato che gli atti che devono essere presentati al giudice, *ex art. 291*, sono «gli elementi su cui la richiesta si fonda» e che tali sono i risultati della prova e non gli atti concernenti i mezzi di ricerca di essa e che, d’altro canto, il g.i.p. che dispone la misura cautelare non ha ragione alcuna di dubitare circa l’esistenza e la legittimità del pregresso provvedimento in quanto emesso dal suo ufficio, se non addirittura per averlo emesso personalmente²³⁸.

Si è detto, altresì, che l’omesso deposito tanto del contenuto delle trascrizioni, quanto dei provvedimenti del p.m. e del g.i.p. relativi alle intercettazioni non dà luogo ad alcuna ipotesi di nullità od inutilizzabilità, bensì a mera irregolarità²³⁹.

Appare, inoltre, orientamento consolidato che la richiesta di misura cautelare può legittimamente fondarsi anche sull’allegazione delle sole trascrizioni sommarie del contenuto delle intercettazioni (c.d. brogliacci) ovvero degli appunti raccolti durante le intercettazioni stesse, senza che sia necessario allegare i decreti autorizzativi delle intercettazioni. Ciò del resto trova adeguata giustificazione nella circostanza che la richiesta cautelare può avvenire prima della conclusione delle intercettazioni e, quindi, prima ancora che sorga

²³⁸ Cass., VI, 13-12-2002, n. 1304/03, Arceri, *CED* 223461.

²³⁹ Cass., V, 11-4-2003, n. 22957/03, p.m. Crotone in c. Gualtieri, *Guida dir.* 2003, n. 30, 85.

l'obbligo di deposito in cancelleria delle trascrizioni dei relativi decreti di autorizzazione ex art. 268, comma 4²⁴⁰.

Sempre sulla stessa linea si è osservato che è legittima l'adozione del provvedimento cautelare sulla base delle sole trascrizioni, anche parziali delle intercettazioni, in quanto il deposito dei nastri registrati non rileva nella procedura *de libertate*, essendo incompatibile con l'urgenza di provvedere all'adozione della misura; mentre detto adempimento deve essere osservato nell'ambito del procedimento principale, riservandosi in fase cautelare la valutazione del rispetto delle norme processuali relative alle autorizzazioni necessarie ed alle modalità di esecuzione delle intercettazioni²⁴¹.

Infine, si è ribadito che le sommarie trascrizioni, effettuate a norma dell'art. 268, comma 2, delle conversazioni intercettate nei verbali redatti dalla polizia giudiziaria, possono essere utilizzate, in sede cautelare, come fonte dei gravi indizi di colpevolezza richiesti dall'art. 273, comma 1, anche quando, trattandosi di conversazioni svoltesi in lingua straniera, il loro contenuto sia esplicitato attraverso una traduzione simultanea affidata ad un interprete non nominato dal giudice, il quale abbia agito come semplice ausiliario del personale addetto all'ascolto, fermo restando il potere-dovere del giudice, chiamato a valutare la sussistenza dei requisiti richiesti dalla suddetta norma, di verificare la piena affidabilità dell'interpretazione²⁴².

Di fronte a tali posizioni giurisprudenziali in dottrina si è notato che il "segnale" normativo, teso a rendere vincolante la trasmissione al giudice non solo dei decreti autorizzativi, ma anche dei supporti

²⁴⁰ Cass., IV, 26-5-2004, n. 39469/04, Trabelsi, *Guida dir.* 2004, n. 47, 88.

²⁴¹ Cass., VI, 4-9-2003, n. 35090/03, Salvo, Arch. n. proc. pen. 2004, 672.

²⁴² Cass., V, 9-7-2003, n. 34680/03, Auteri, *CED* 225841; nello stesso senso, Cass., VI, 28-3-2002, n. 20715/03, Fedorova, *CED* 225919.

contenenti la registrazione dei colloqui e dei verbali ad essi relativi, non sembra aver sortito l'effetto sperato²⁴³.

Anche per quanto attiene alla necessità di un espresso provvedimento motivato del p.m. per l'utilizzo degli impianti diversi da quelli esistenti presso la Procura della Repubblica si è confermato l'orientamento espresso dalle SS. UU.²⁴⁴, affermandosi che la garanzia del decreto motivato del p.m. *ex art. 268*, comma 3, affinché possano essere utilizzati impianti in dotazione della polizia giudiziaria, quindi diversi da quelli installati nella Procura della Repubblica, si applica anche alle operazioni di intercettazioni di comunicazioni tra presenti, le quali comportano un sacrificio più intenso dei diritti tutelati dall'art. 15 Cost. rispetto alle intercettazioni telefoniche. Inoltre, non si è ritenuta valido equipollente, ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di motivazione circa l'insufficienza e l'inidoneità degli impianti installati presso la Procura della Repubblica, la mera certificazione della competente segreteria dell'ufficio di procura, attestante l'assenza, in quella data, di postazioni disponibili per dare esecuzione al decreto di autorizzazione ad intercettare, se non vi abbia fatto seguito il provvedimento del p.m. contenente la spiegazione dell'*iter* cognitivo e valutativo percorso nel disporre, in via derogatoria, l'esecuzione delle operazioni di intercettazioni tramite impianti esterni²⁴⁵.

Si è infine specificato che in tema di intercettazioni telefoniche, la loro inutilizzabilità non determina l'impossibilità di esperire indagini per l'accertamento dei fatti-reato eventualmente emersi dalle stesse, atteso che in materia di inutilizzabilità non trova applicazione il principio di cui all'art. 185, secondo il quale la nullità dell'atto rende

²⁴³ NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004.

²⁴⁴ C SU, 31-10-2001, n. 42792/01, Policastro, *Cass. pen.* 2002, 944; C SU, 29-11-2005, n. 2737/06, Campenni, *CED* 232605.

²⁴⁵ Cass., I, 1-4-2003, n. 23727/03, Cozzolino ed altri, *Guida dir.* 2003, n. 36, 93.

invalidi gli atti consecutivi che da quello dichiarato nullo dipendono²⁴⁶. Ciò è in linea con altra giurisprudenza secondo la quale l'operatività della garanzia di inutilizzabilità dei mezzi probatori illegittimi è riservata al momento giurisdizionale, da intendersi non solo come fase dibattimentale, ma come ogni fase o sede nella quale il giudice assume le proprie decisioni. Pertanto le informazioni assunte attraverso mezzi di prova illegittimi, inutilizzabili per il giudice, possono essere legittimamente utilizzate dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria per il prosieguo delle indagini²⁴⁷.

Infine, come già sottolineato, gli atti richiamati dal comma 1-*bis* dell'art. 273, seppur costituiscono quelli che più di frequente sono posti alla base di un provvedimento restrittivo della libertà personale, non esauriscono le tipologie «probatorie» dalle quali possono essere desunti i gravi indizi di colpevolezza. D'altronde anche di recente, si è ribadito che in materia di applicazione delle misure cautelari, i gravi indizi di colpevolezza vanno individuati in quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, che – contenendo *in nuce* tutti o soltanto alcuni degli elementi strutturali della corrispondente prova – non valgono di per sé a dimostrare oltre ogni dubbio la responsabilità dell'indagato, e tuttavia consentono per la loro consistenza di prevedere che, attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi, saranno idonei a dimostrare tale responsabilità, fondando nel frattempo una qualificata probabilità di colpevolezza²⁴⁸.

²⁴⁶ Cass., III, 29-4-2004, n. 26112/04, Canaj, *Cass.pen.* 2005, 3925.

²⁴⁷ Cass., III, 10-2-2004, n. 183/04, Mache ed altri, *Cass. pen.* 2005, 3945, con nota di TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi dei risultati di una intercettazione telefonica illegittima*.

²⁴⁸ Cass., VI, 28-3-2003, Maggi, *CED* 225847. Per una ricognizione dell'ampia casistica di atti dai quali possono essere desunti i gravi indizi di colpevolezza si veda: LATTANZI, LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di CANZIO, DE AMICIS, LATTANZI, SILVESTRI, SPAGNOLO, Milano, 2008, 36 ss.; ma anche GIARDA, SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., Milano, 2010, 2831 ss.

CAPITOLO III

LE ESIGENZE CAUTELARI

3.1. Generalità.

I due requisiti stabiliti dall'art. 273 c.p.p. non esauriscono il novero delle condizioni necessarie per applicare una cautela personale, coercitiva o interdittiva. In particolare, la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza rappresenta solo una delle condizioni generali, un presupposto certamente indispensabile, ma di per sé insufficiente a giustificare l'applicazione del provvedimento coercitivo od interdittivo. Infatti, la logica cautelare sottesa al settore subordina la legittimità della restrizione personale prima del giudizio definitivo all'esistenza di precise e rilevanti ragioni di tutela, ancorando a questa peculiare condizione l'essenza della vicenda *de libertate*; la quale si sviluppa esclusivamente in funzione di specifiche esigenze da salvaguardare e cessa al loro venir meno¹.

Senza un sostanziale bisogno di protezione di determinati beni e/o valori, dunque, non trova giustificazione la misura limitativa applicata nel corso del procedimento penale: in assenza di tale necessità, un simile provvedimento sarebbe oggettivamente eccentrico, rispetto ai

¹ Sulla logica cautelare cfr., per tutti, GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Padova, 1979; RICCIO, *Libertà personale*, in RICCIO, DE CARO, MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma del processo penale. Una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988*, Napoli, 1991, 225 ss.

principi costituzionali ed internazionali che disciplinano la materia e ne strutturano l'architettura di base.

Nel nostro sistema processuale, la logica cautelare si esprime concretamente, innanzitutto, attraverso la tassativa fissazione di specifiche esigenze da salvaguardare con l'imposizione delle misure. L'art. 274 c.p.p. ne delinea, in particolare, tre, ontologicamente e strutturalmente differenti ed autonome, rispettivamente riconducibili ai valori ritenuti degni di tutela; indicate, peraltro, con una certa precisione lessicale; sia per l'esigenza di una loro tassativa tipizzazione, sia nell'intento di evitare interpretazioni troppo "elastiche" che possano nascondere logiche strumentali.

Questa regolamentazione è stata tenuta distinta da quella dell'articolo precedente, per mettere in evidenza il ruolo peculiare della conseguente valutazione nella dinamica di esercizio del potere cautelare; ma sembra necessario non dimenticare che, da un certo punto di vista, si tratta, pure in questo caso, di «condizioni di applicabilità» delle misure cautelari; le quali, a loro volta, assumono carattere generale: e la precisazione va tenuta presente soprattutto agli effetti della dinamica di revoca delle misure. È d'altronde superfluo ricordare che si tratta di situazioni aggiuntive rispetto a quelle individuate nell'articolo precedente.

La necessaria presenza di (almeno) una "ragione cautelare" si fonda su di una semplice constatazione: la coercizione applicata all'imputato "presunto innocente" sarebbe profondamente ingiusta, laddove fosse sganciata da una legittima finalità da perseguire. Questa proiezione finalistica rappresenta la *ratio* della vicenda *de libertate* e ne scandisce le coordinate salienti, posto che la caratterizza, interferendo in ogni suo momento.

La versione originaria del codice di procedura penale del 1988 era qualificata da un finalismo “puro”, ancorato saldamente a quest’impostazione: nessuna misura poteva essere applicata senza il necessario concorso di un’esigenza cautelare, tra quelle normativamente previste, né senza applicare i principi di adeguatezza e proporzionalità nella scelta concreta². Successive vicende legislative, figlie di un certa “politica dell’emergenza”³, hanno, invece, sostanzialmente deteriorato questa rigidità, contaminando la pura logica cautelare con elementi spuri che, in qualche modo, evocano vecchi scenari, in cui prevaleva una ispirazione autoritaria. L’esperienza del codice 1930 e, in particolare, l’istituto allora vigente della cattura obbligatoria dimostrano, infatti, la stretta correlazione esistente tra autoritarismo del sistema processuale e disciplina della libertà personale.

In un sistema autoritario, di solito, si dà risalto ad una (strumentale) antinomia tra autorità e libertà e si privilegia sempre la prima a scapito della seconda. In un sistema democratico, invece, l’antinomia si rivela un falso problema, in quanto i due aspetti sono proiettati nella stessa direzione (essendo lo scopo politico del processo rappresentato dall’accertamento condotto nel rispetto dei diritti dell’individuo) e, comunque, in caso di contrasto prevale sempre la tutela delle libertà fondamentali. Le suindicate “novellazioni” sono state indotte da fenomeni di emergenza criminale, che hanno indotto a far prevalere esigenze di esemplarità. Si fa qui riferimento, soprattutto, all’introduzione nel sistema processuale di meccanismi di selezione

² L’originaria impostazione codicistica infatti, non prevedeva alcuna deroga al principio di adeguatezza secondo il quale deve essere applicata la misura che meglio tutela la concreta esigenza cautelare e che aggredisce in misura meno significativa la libertà personale secondo il principio del minor sacrificio possibile del bene protetto e dell’*extrema ratio* (secondo cui la custodia in carcere costituisce la soluzione cautelare estrema).

³ Che è risposta legislativa ai fenomeni criminali datati (in relazione alle produzioni legislative in materia penale degli anni ’70 e inizio anni ’80 cfr. RICCIO, *Politica penale dell’emergenza e costituzione*, Napoli, 1982.

automatica delle misure cautelari in relazione a specifiche fattispecie di reato e alla comparsa, sulla scena normativa, di una presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari che, di fatto, evoca il vecchio sistema della cattura obbligatoria. L'attuale assetto della disciplina relativa alla libertà personale è, in realtà, il frutto di continue manipolazioni normative, ispirate, con andamento pendolare, da spinte repressive o da prospettive garantiste. L'effetto di questi continui interventi si è riverberato sul sistema; generando crepe in un telaio che, nella versione originaria aveva, insieme, una sostanziale uniformità ed una certa razionalità, rappresentando una proiezione quanto meno accettabile dei principi costituzionali.

La materia *de libertate* è, infatti, il terreno privilegiato per il c.d. “doppio binario”, in conformità del quale, per determinate fattispecie criminali, determinanti spiccato allarme sociale, si giustifica un regime normativo diversificato e più rigoroso. Nello specifico settore, poi, l'esigenza di tutelare la collettività si è sempre fatta sentire particolarmente, richiedendo, in relazione ai reati di mafia o di terrorismo, l'introduzione di regole normative specifiche, ritenute più idonee alla protezione della sicurezza sociale in determinati contesti. Ma alcune di tali norme, oltrepassando – di fatto – limiti costituzionali invalicabili, rivelano una dimensione negativa, distonica anche rispetto alle pur legittime ragioni di tutela sociale. E il profilo, anche se riguarda particolarmente le regole da utilizzare nella scelta delle misure (art. 275 c.p.p.), finisce per assumere un'incidenza generale, avendo ricadute anche sul versante delle esigenze cautelari.

Il legislatore – come poc'anzi premesso – ha indicato specificamente i *pericula libertatis*; delineandoli, peraltro, in modo ampio, per «meglio definire i criteri di esercizio della discrezionalità “controllata”

del giudice»⁴. Si tratta di *pericula* già indicati dettagliatamente nella legge delega; dal cui novero sono escluse non solo finalità di anticipazione della pena (che si porrebbero in contrasto con il dettato costituzionale), ma anche altri scopi come l'immediata tacitazione dell'allarme sociale provocato dal reato, oppure la stessa protezione, contro eventuali ritorsioni, della persona sospettata di aver commesso il reato⁵.

La specificazione di tipizzate esigenze cautelari, da intendere come un numero chiuso, affronta e risolve con chiarezza sistematica la problematica del “vuoto dei fini” (di cui si è già ampiamente trattato nel cap. I § 2). Come già sottolineato, infatti, l'art. 13 Cost. pur statuendo i principi fondamentali in tema di restrizioni della libertà personale, non indica quali possano essere le “ragioni” della carcerazione preventiva. Il “vuoto dei fini” che ne deriva, dunque, va colmato con il ricorso ad un'interpretazione logico-sistematica delle disposizioni costituzionali in tema di libertà dell'individuo. Dal combinato disposto degli artt. 13 e 27 comma 2, Cost. emerge come la veste “trattamentale” della presunzione di non colpevolezza offra lo strumento per superare il suddetto “vuoto”: se l'imputato non può considerarsi colpevole fino al sopravvenire della *res iudicata* a contenuto condannatorio, ne consegue l'illegittimità costituzionale di qualsiasi meccanismo (processuale o extraprocessuale) che coinvolga la parte privata, trattandola alla stregua di un responsabile del fatto addebitato⁶.

Nella delineata prospettiva, l'art. 274, andando oltre il principio di legalità fissato dall'art. 272, stabilisce l'esclusiva finalità cautelare

⁴ Così, GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, Padova, 2003, 370.

⁵ CHIAVARI, *Diritto processuale penale, profilo istituzionale*, Torino, 2005, 483.

⁶ DI CHIARA, *Libertà personale e presunzione di non colpevolezza*, in Fiandaca, Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale*, Giuffrè, 2003, 317; di recente, DE CARO, Libertà personale (profili costituzionali), in *Dig. d. pen.* 2005, Agg. III, 839 ss.

delle limitazioni concernenti la libertà della persona: finalizzazione cautelare, del resto, prevista anche dall'art. 5 C.e.d.u.

Dal testo legislativo, dunque, emerge chiaramente la tridimensionalità funzionale delle misure di coercizione personale. Esse, infatti, possono essere adottate solo nei casi in cui «sussistono inderogabili esigenze attinenti alle indagini ... ovvero ... esigenze di tutela della collettività»; oppure, laddove il reato risulti di particolare gravità, se «la persona si è data alla fuga o vi è il concreto pericolo di fuga». Queste esigenze vengono solitamente definite di cautela processuale (lett. *a*), di cautela finale (lett. *b*) e di prevenzione (lett. *c*)⁷.

Per quanto attiene alla fisionomia specifica d'ognuna di tali esigenze, il passaggio dalla legge delega all'assetto codicistico, e poi a tutta la produzione novellistica, evidenzia uno scrupolo particolare di delimitare rigorosamente le singole esigenze, tramite l'utilizzo di attributi, avverbi, incisi, esplicitazioni di principio; tutti tesi ad escludere che le misure cautelari siano utilizzate per finalità improprie, dunque a consentire che siano adottate sempre nel rispetto del principio del "minor sacrificio" dei diritti e delle libertà (artt. 13 Cost. e 275 c.p.p.) fondamentali⁸. A tal proposito, infatti, in giurisprudenza si è sottolineato come le esigenze cautelari non possano essere strumentalizzate al fine di conseguire una collaborazione attiva dell'indiziato alle indagini⁹.

Le richiamate esigenze possono avere intensità variabile; su cui va misurata la risposta cautelare insita nella scelta della singola misura. Le stesse, poi, pur potendo coesistere, vanno considerate tra loro

⁷ NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit.; ZAPPALÀ, *Diritto processuale Siracusano ed altri*, I, 413.

⁸ CHIAVARIO, *Diritto processuale penale, profilo istituzionale*, cit., 485; GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., 370; CORSO, *Misure cautelari*, in Pisani, Molari, Perchinunno, Corso, *Manuale*, 271, che sottolinea come la dovizia di aggettivazioni e particolari lasci trasparire la precisa volontà di restringere gli spazi di discrezionale valutazione dell'a.g.

⁹ Cass., I, 8-7-1991, Rossi, *GI* 1992, II, 671.

alternative; nel senso che il giudice di merito, una volta indicato un elemento a giustificazione della scelta, non è tenuto a dimostrare anche l'esistenza delle altre condizioni alle quali è subordinata la legittimità della coercizione personale. Ovviamente, però, la pluralità di esigenze finirà per incidere sulla decisione che il giudice assumerà nel caso concreto.

I criteri evincibili dall'art. 274, comma 1, lett. *a)*, *b)* e *c)* sono da valutare con riferimento ai singoli casi in cui la misura cautelare va applicata; come è desumibile dall'espressione "pericolo concreto" ripetuta per ciascuno dei tre canoni dal legislatore¹⁰. Se le esigenze di cui all'art. 274 identificano i criteri per pronosticare la pericolosità dell'indagato, tali da consigliare il vincolo *de libertate*, il pericolo richiesto dalle tre disposizioni citate, comunque, deve essere concreto; cioè, caratterizzarsi per effettività ed attualità. In altri termini, deve risultare concreto ed attuale il pericolo di realizzazione della situazione da evitare tramite l'applicazione della limitazione; e ciò, tenendo nella giusta considerazione alcuni significativi parametri diretti alla verifica dell'attualità delle esigenze; quali, ad esempio, il tempo trascorso dalla commissione del fatto.

In giurisprudenza si è precisato, a questo proposito, che l'attualità e la concretezza delle esigenze cautelari non devono essere concettualmente confuse con l'attualità e la concretezza delle condotte criminose; tali caratteristiche possono ravvisarsi, quindi, anche quando il delitto accertato risalga nel tempo, ma l'indagato continui a mantenere atteggiamenti sintomatici di pericolosità e collegamenti con l'ambiente in cui il delitto era maturato¹¹.

¹⁰ Cass., V, 5-11-1991, Mocerino, CED 189523; TERRUSI, *Misure cautelari personali. I presupposti di applicazione e il principio di proporzionalità*, CP 1997, 2308.

¹¹ Cass., IV, 26-6-2007, R., CED 239019; Cass., VI, 7-3-2003, Khiar Mohamed Zenab, CED 223967.

Per quanto delineati normativamente in modo preciso, i *pericula libertatis* finiscono per essere comunque evanescenti, collegati a valutazioni prognostiche non sempre semplici e non sempre facilmente verificabili; sicché l'apprezzamento della loro effettiva ricorrenza rientra nella discrezionalità del giudice, sfuggendo a criteri stringenti e riscontrabili oggettivamente; finiscono talora per prevalere il più ampio soggettivismo od un'ottica proiettata all'esemplarità; nel cui ambito, la restrizione può diventare una sorta di anticipazione della pena, piuttosto che una reale misura cautelare.

Questa constatazione deve indurre a richiedere un particolare rigore nella verifica cautelare; la quale deve avere referenti concreti nel fatto oggetto della valutazione e nella personalità dell'individuo al quale viene applicata la misura; e, soprattutto, a muoversi in una prospettiva realmente diretta a salvaguardare i beni tutelati da possibili arbitrarie compressioni. Il rischio denunciato è comunque notevolmente ridimensionato dalla previsione di numerosi "paletti"; che circoscrivono la discrezionalità del giudice, e, in qualche modo ne ancorano i passaggi più delicati.

Infatti, la motivazione dell'ordinanza impositiva della misura, sul versante delle esigenze, deve essere particolarmente stringente: l'art. 292 c.p.p. prevede che la motivazione dia conto, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio, delle specifiche esigenze, indicando gli elementi di fatto da cui sono desunte e i motivi per le quali assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato; e, nell'ipotesi di applicazione della custodia in carcere, anche le ragioni per le quali le esigenze oggetto di analisi non possano essere soddisfatte con altre misure.

Il legislatore si affida, dunque, in un'ottica di razionalità, alla motivazione; alla spiegazione, cioè, delle ragioni logiche e giuridiche

che sostengono la decisione; e a tale adempimento si attribuisce il compito di ridimensionare, se non di annullare, la latitudine della suddetta discrezionalità.

In particolare, il requisito della concretezza postula un ragionamento ancorato a dati fattuali reali, specificamente indicati, e non meramente ipotetico, cioè sganciato dal fatto oggetto dell'ordinanza impositiva e dal soggetto protagonista della medesima. Non sono ammissibili formule di stile, valide per ogni vicenda e per ogni imputato, che non abbiano un diretto collegamento con elementi di fatto concreti e rilevabili dal contesto specifico.

L'ulteriore criterio dell'attualità, poi, costituisce uno dei punti qualificanti la valutazione cautelare: l'esigenza presupposta non solo deve risultare presente all'atto di applicazione della misura, ma deve anche costantemente accompagnare la vicenda cautelare. In ogni momento devono sussistere attualmente le ragioni idonee a legittimare il prosieguo della vicenda *de libertate*, in un'ottica di tutela continua ma effettiva.

Il profilo è particolarmente delicato, perché induce ad una riflessione sul decorso del tempo; questa circostanza è spesso considerata come un dato neutrale, incapace di incidere sulle esigenze cautelari; invece, esso ha una formidabile valenza, riflettendosi inevitabilmente sull'attualità delle esigenze cautelari concrete, riducendola o ridimensionandola proporzionalmente al suo decorrere. L'idea che il tempo, di per sé, non abbia alcun peso sulla vicenda cautelare, se non nel senso di imporre un limite di durata oltre il quale la stessa non può protrarsi, ispira ricorrenti orientamenti giurisprudenziali¹² – ritenuti da una parte della dottrina poco condivisibili – i quali finiscono per negare quanto non può essere disconosciuto: il trascorrere del tempo

¹² Cfr., per tutti, Cass., 10-10-2006, CED 235041; Cass., 23-11-2005, CED 232628.

affievolisce, man mano, ma inesorabilmente, le esigenze cautelari e le rende sempre meno attuali¹³. E ciò, se si verifica realmente nel mondo degli accadimenti, non può essere ignorato dal sistema; se non col rischio di tollerare un meccanismo la cui evoluzione prescindere da concrete esigenze meritevoli di tutela, restando improntato, all'opposto, solo a parametri formali, come tali estranei alla logica cautelare¹⁴.

In giurisprudenza, come si è accennato, è convinzione abbastanza diffusa quella per cui l'attenuazione delle esigenze cautelari non può essere desunta dal solo decorso del tempo di esecuzione della misura, né dall'osservanza puntuale delle relative prescrizioni, dovendosi valutare ulteriori elementi di sicura valenza sintomatica in ordine al mutamento della situazione apprezzata all'inizio del trattamento cautelare¹⁵. Inoltre, per quanto concerne l'aspetto del tempo trascorso dal fatto, si è di recente ritenuto, in linea con l'indirizzo prevalente, che le precisazioni introdotte con la legge n. 332/1995 nell'art. 292 mirino ad evitare che si applichi la misura custodiale per reati prossimi alla prescrizione, quando un periodo di tempo notevole sia trascorso dal fatto, in modo da costituire di per sé indizio di diminuzione delle esigenze cautelari. Pertanto, qualora un imputato venga sottoposto per reati commessi in epoca non recente alla custodia in carcere, il giudice deve individuare in modo particolarmente specifico e dettagliato gli elementi concludenti atti a cogliere l'attualità e la concretezza del pericolo di reiterazione criminosa, vedendo se tale rischio sia fronteggiabile solo con la permanenza in carcere¹⁶. Si è anche asserito che la sostituzione *in melius* di una

¹³ Su questa strada sembra muoversi anche la Corte Europea nella decisione della sez. IV del 13-12-2005, Kozłowsky c. Polonia, in *Cass. pen.*, 2006, 2302.

¹⁴ Così DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da SPANGHER, vol. II, tomo II, *Le misure cautelari*, a cura di SCALFATI, UTET, 2008, 62.

¹⁵ Così Cass., VI, 15-12-2003, Camilleri, *CED* 227430.

¹⁶ Cass., II, 16-5-2003, Paletta, *CED* 225207.

misura cautelare richiede che il giudice indichi gli elementi specifici idonei a fare ragionevolmente ritenere che la misura meno afflittiva sia più adeguata a soddisfare le esigenze cautelari sussistenti allo stato; a tal fine non è sufficiente l'indicazione del mero decorso del tempo senza specificare gli ulteriori elementi in virtù dei quali l'originaria misura deve essere sostituita con altra meno grave, ma idonea ad impedire la reiterazione dei reati¹⁷.

Sempre con riferimento alla sostituzione di misure cautelari personali per colui che è già detenuto da tempo, si è ritenuto che la prognosi di pericolosità vada posta in relazione ai fatti dei quali è chiamato a rispondere ed agli eventuali altri procedimenti penali. Il tempo trascorso nello stato di custodia in carcere ha certamente una sua incidenza, che si accresce in senso favorevole al prevenuto con il tale decorso, allontanandosi lo stimolo alla commissione di altri illeciti; ma da sola tale circostanza non determina l'obbligo di sostituire il provvedimento già adottato con altra misura meno afflittiva. Il giudice ha, quindi, il dovere di prevedere le probabili conseguenze della sostituzione e di spiegare in modo convincente i motivi della scelta operata¹⁸.

In una prospettiva più ampia, si è ribadito che il tempo trascorso dalla commissione del reato può acquisire rilevanza, ai fini di escludere la sussistenza delle esigenze cautelari, solo se accompagnato da altri elementi certamente sintomatici di un mutamento della complessiva situazione inerente allo *status libertatis* del soggetto interessato¹⁹. Nella prospettiva dell'attualità, in giurisprudenza, si è altresì specificato che non è preclusa l'adozione di una nuova misura cautelare, dopo l'annullamento di una precedente ordinanza per

¹⁷ Cass., III, 25-5-2003, p.m. in c. Cesaro ed altri, CED 225594.

¹⁸ Cass., IV, 8-10-2002, Bracci, CED 222900.

¹⁹ Cass., VI, 6-3-2002, n. 16933/02, Gambettola, Guida dir. 2002, n. 26, 68.

insussistenza di esigenze cautelari, qualora siano successivamente emerse nuove circostanze rilevanti ai fini del pericolo di reiterazione²⁰. Infine, in tema di scarcerazione dell'imputato per decorso dei termini massimi della custodia cautelare, si è affermato che, anche in assenza della contestuale richiesta del p.m. di misure sostitutive intese a salvaguardare le stesse esigenze che è divenuto impossibile fronteggiare con la più grave misura, di questa è consentita l'adozione con provvedimento successivo alla scarcerazione, a condizione che sussistano nuove e comprovate esigenze cautelari, diverse da quelle originarie, sopravvenute successivamente alla scarcerazione²¹.

Insomma, la concretezza richiesta dall'art. 274 rileva ogni qual volta il pericolo sia effettivo, emerga da dati rilevabili ed evochi una reale ed elevata probabilità che la situazione da evitare si realizzi; l'attualità, invece, contestualizza la elevata probabilità, proiettando all'interno della decisione e nel momento stesso in cui essa interviene, una rigorosa relazione temporale tra applicazione della misura e possibile realizzazione del pericolo paventato.

Appare pertinente rilevare come di recente la giurisprudenza abbia affermato che, nel procedimento cautelare, la sentenza di condanna, nonché quella *ex art. 444*, precludono l'esame dei gravi indizi di colpevolezza, ma non anche quello delle esigenze cautelari; né tali sentenze fanno venire meno l'interesse dell'imputato assoggettato alla misura custodiale a richiedere la verifica circa la sussistenza delle medesime esigenze; infatti, la sentenza di condanna, poiché attiene alla sola responsabilità penale dell'imputato – con susseguente assorbimento di ogni ulteriore esame sulla sussistenza dei gravi indizi di reità – non afferisce affatto al tema delle esigenze cautelari: queste

²⁰ Cass., IV, 8-10-2002, Bracci, *CED* 222900.

²¹ Cass., I, 10-1-2005, Cela, *CED* 230907.

ultime non implicano, di per sé, un'affermazione della penale responsabilità, dal momento che la situazione custodiale deve essere delibata in riferimento alla sussistenza ed alla persistenza, in quel momento, oltre che dei gravi indizi di colpevolezza, anche delle esigenze cautelari²².

Prima di passare all'esame specifico delle singole esigenze cautelari appare necessario soffermarsi – con alcune considerazioni generali – sui possibili rapporti intercorrenti tra le stesse. Innanzitutto, è necessario ricordare che – come già evidenziato – le esigenze cautelari sono tra loro alternative, nel senso che il giudice di merito, una volta indicato un elemento che giustifica la sua scelta, non è tenuto a dimostrare anche l'esistenza degli altri *pericula*.

Occorre poi tenere presente che l'art. 274 è riferibile anche alle misure cautelari interdittive; per quanto tali provvedimenti siano strutturalmente inadeguati a soddisfare tutte le esigenze previste dall'articolo stesso, difficilmente potendo esse costituire una “risposta” al pericolo di fuga o ad alcune finalità specialpreventive.

Va altresì considerato che le condizioni generali di applicabilità delle misure e le esigenze cautelari, di cui agli artt. 273 e 274 riguardano le sole misure cautelari personali, e non anche quelle reali²³: queste ultime tutelano contro altri *pericula*, anch'essi specificamente indicati dal legislatore. Si ritiene, infatti, che i principi di adeguatezza e di proporzionalità, previsti dall'art. 275, non siano applicabili alle misure cautelari reali, né, in particolare, al sequestro preventivo. Anche in riferimento a quest'ultimo, peraltro, i requisiti stabiliti sono riconducibili alle categorie del *fumus commissi delicti* e del

²² Cass., IV, 10-4-2003, Fakid, *Giur. it.* 2004, 592, con nota di VENTURA, *Esigenze cautelari e pericolo di reiterazione delittuosa*; per la stessa affermazione di principio, Cass., IV, 16-4-2002, n. 40750/02, Pupello, *Cass. pen.* 2004, 576.

²³ Cass., VI, 30-7-1991, Mattiolo, *CED* 188054.

periculum in mora; in presenza delle quali condizioni, il giudice deve adottare la misura, anche se il reato è di lieve entità²⁴.

A parte la ritenuta facoltà per il giudice di riconoscere un'esigenza cautelare diversa da quella indicata dal p.m. nella sua richiesta, va riconosciuta anche la possibilità che al provvedimento cautelare risultino sottese una pluralità di esigenze, variamente graduate per intensità; onde derivino conseguenze sia per quanto attiene alla durata della misura che alla sua revocabilità. Si è pertanto sostenuto in giurisprudenza che, laddove il giudice individui quale esigenza cautelare la probabile reiterazione dei reati, è irrilevante, ai fini di una esatta configurazione giuridica del provvedimento, il motivo che lo ispira; pertanto, la probabile reiterazione dei reati, anche se finalizzata all'inquinamento processuale, configura di per sé l'esigenza cautelare di cui alla lett. c) dell'art. 274, con conseguente impossibilità, per il giudice che abbia riconosciuto l'esigenza istruttoria come prevalente o predominante – essendo concorrente con un'esigenza specialpreventiva – di limitare la durata della custodia cautelare, in base alla sua ragion d'essere istruttoria, ai sensi dell'art. 292, comma 2 lett. d)²⁵.

Per quanto concerne, in generale, i rapporti tra le esigenze cautelari ed un preesistente stato di detenzione, in dottrina²⁶ si è reputato che lo stato detentivo, cautelare od esecutivo, non incida di per sé sulla sussistenza delle suddette esigenze: si ritiene infatti che il giudice, nel momento della scelta, sia chiamato a valutare l'idoneità e l'adeguatezza della misura anche qualora questa si aggiunga ad un titolo esecutivo. Nella stessa ottica, in giurisprudenza, si è affermato che il preesistente stato di detenzione non impedisce la emissione di

²⁴ Cass., III, 13-11-2002, n. 4050/03, Angrisani, CED 223473.

²⁵ Cass., VI, 7-9-1995, Ascitutto, CED 202044; Cass., III, 13-10-1993, p.m. in c. Cusani, FI 1994, II, 142.

²⁶ NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 706.

un ulteriore titolo cautelare, dovendosi escludere che il precedente titolo restrittivo o limitativo dello *status libertatis* impedisca l'insorgenza o la ravvisabilità di quelle esigenze che condizionano l'emissione di qualsiasi misura cautelare, anche successiva; né del resto si può escludere in maniera assoluta che l'indagato, per una qualunque ragione, recuperi temporaneamente o definitivamente la libertà²⁷, anche in considerazione dei molteplici benefici che l'ordinamento prevede per l'attenuazione del regime carcerario e per il riacquisto anticipato della libertà²⁸. Nella stessa prospettiva, anche di recente, si è affermato che lo stato di detenzione per altra causa, ed anche in virtù di una condanna definitiva alla pena dell'ergastolo, del destinatario di un provvedimento coercitivo custodiale non è di per sé in contrasto con la configurabilità di esigenze cautelari, in particolare, di quella rappresentata dal pericolo di reiterazione della condotta criminosa²⁹. Secondo altra giurisprudenza, poi, la circostanza che il destinatario della misura sia detenuto non può di per sé condurre ad escludere la sussistenza dell'esigenza cautelare determinata dal concreto pericolo di fuga, di cui all'art. 274 lett. b). Infatti, la possibilità di revocare o sostituire le misure cautelari e i benefici di cui anche il condannato può usufruire rendono non certa la permanenza dello stato di detenzione per altra causa³⁰. In senso contrario, peraltro, una diversa sentenza ha affermato che lo stato di custodia derivante dall'esecuzione attuale di più condanne definitive non può non rendere oggettivamente inattuali sia la prospettiva del pericolo di fuga³¹, sia la possibilità che lo stesso imputato commetta, nel permanere dello stato di detenzione, i gravi delitti richiamati nell'art.

²⁷ Tra le altre: Cass., II, 31-1-1998, Largo, CED 209584.

²⁸ Cass., IV, 15-11-2005, n. 149/06, Bossio ed altri, CED 232631.

²⁹ Cass., IV, 27-2-2004, n. 20207/04, Sangiorgi, CED 229164.

³⁰ Cass., IV, 17-6-2004, n. 42329/04, Berouki, Guida dir. 2004, n. 48, 92.

³¹ *Contra*, Cass., I, 18-2-1999, Termino, CED 212588.

274 lett. c)³². Per un orientamento intermedio, poi, se lo stato di detenzione attuale non fa venire meno, di per sé, la possibilità di riconoscere la sussistenza delle esigenze cautelari ai fini dell’emanazione d’una misura adeguata, è tuttavia innegabile che lo stato di custodia derivante dall’esecuzione attuale di condanne definitive non può che rendere oggettivamente inattuali sia la prospettiva che l’imputato si dia alla fuga sia il concreto pericolo che egli mantenga i collegamenti con realtà criminali. Di conseguenza il giudice, nel valutare l’adeguatezza della misura relativa all’imputato già detenuto in espiazione di pena, non può trascurare di assicurarsi che l’aggiunta di un titolo di privazione della libertà, supplementare rispetto a quello già in atto, svolga effetti diversi da quelli che il provvedimento in corso di attuazione è capace di produrre; così come non può evitare di affrontare il problema concernente la fondatezza della previsione che la pericolosità dell’imputato possa concretamente prendere corpo dall’applicazione di regimi premiali da parte della magistratura di sorveglianza³³.

In particolare, alcune recenti pronunce richiedono specifica motivazione relativamente alla irrilevanza dello stato di detenzione³⁴: il giudice del merito – si afferma – ai fini della valutazione delle esigenze previste dalle lett. b) e c) dell’art. 274, non può prescindere dal verificare se la preesistente condizione detentiva dell’indagato abbia incidenza o no sul giudizio prognostico demandatogli, dando appunto conto, con esauriente motivazione, delle eventuali specifiche ragioni per le quali lo stato di detenzione derivante da un titolo già in esecuzione non faccia venir meno le esigenze cautelari radicate su di un concreto *periculum in libertate*.

³² Cass., I, 13-4-1990, Cavallini, CED 184049.

³³ Cass., I, 4-7-1991, Stefanini, CED 187682.

³⁴ Cass., I, 21-10-1996, La Rosa, CED 206184.

Da ultimo, prima di analizzare le disposizioni circa le singole esigenze cautelari, va chiarito che l'assolutezza della formula con la quale l'art. 274 ha esordio («le misure cautelari *sono* disposte ...») non mira a riesumare regole di automaticità assoluta nei comportamenti del giudice; regole che anzi sono estranee dal nuovo sistema; si vuole piuttosto rimarcare che la discrezionalità giudiziaria è, in questo campo, pur sempre legalmente limitata: al giudice non è lasciata un'ulteriore facoltà di determinarsi in un senso o nell'altro, una volta che abbia acquisito – appunto, secondo i criteri fornitigli dalla legge per orientare e limitare la sua discrezionalità - la convinzione circa l'esistenza o non dei presupposti di esercizio del potere cautelare.

3.2. L'esigenza di tutela del processo.

Se, come si è anticipato, la misura cautelare non può consistere in un'anticipazione della pena, tale provvedimento può dirsi costituzionalmente consentito in quanto i suoi scopi si esauriscano entro i confini del processo. Sotto questo profilo è indubbio che lo scopo di cautela processuale – quello cioè, inerente alla acquisizione della prova, riconducibile alla tradizionale idea della “finalità istruttoria” delle cautele – costituisce l'obiettivo che più facilmente può giustificare la restrizione della libertà personale; mentre il fine c.d. “di prevenzione”, previsto dalla lett. c) dell'art. 274, sembra porsi maggiormente in attrito con i canoni costituzionali³⁵.

³⁵ DI CHIARA, *Libertà personale e presunzione di non colpevolezza*, in Fiandaca, Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale*, cit., 325.

L'attuale versione dell'art. 274 lett. a) individua l'esigenza cautelare probatoria nella sussistenza di specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per cui si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione e la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento, a pena di nullità rilevabile d'ufficio. Viene poi specificato – sebbene una simile norma sia ricavabile dal sistema processuale – 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 nella mancata ammissione degli addebiti.

Da tali precisazioni emerge il preciso intento di escludere qualunque possibilità di impiego delle misure in questione allo scopo di assicurare il compimento di atti determinati, per i quali non si possa prescindere dalla presenza dell'imputato. A tali fini, invero, è previsto il diverso strumento dell'accompagnamento coattivo³⁶. È necessario, quindi, tener ben presente che quest'ultimo è un tipico provvedimento ordinatorio, destinato ad ottenere la comparizione dell'imputato o di altra persona per l'espletamento di un atto; mentre la legittima esigenza cautelare processuale è solo quella di tutelare una prova già acquisita o in via di acquisizione e non quella di acquisire un risultato probatorio³⁷.

Dunque, l'art. 274 lett. a) individua nelle necessità investigative e probatorie la prima fondamentale esigenza cautelare. In particolare, questa viene descritta puntualmente, secondo una scansione che considera, in rapida successione, le esigenze connesse alle indagini e

³⁶ Così GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., 370; CORSO, *Misure cautelari*, cit., 273.

³⁷ NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 706; CORSO, *Misure cautelari*, cit., 273.

quelle direttamente collegate o più tipicamente connesse all'attività di acquisizione probatoria³⁸.

Secondo attenta dottrina³⁹, tra i due momenti esisterebbe una diretta relazione, contrariamente alla ricorrente idea per cui i due segmenti normativi potrebbero essere ritenuti corpi separati oggetto di attenzione diversificata. La disposizione individua, innanzitutto, il momento nel quale nasce e si sviluppa l'esigenza degna di attenzione cautelare: *le indagini sui fatti per i quali si procede*. Anche se ciò non consente di circoscrivere topograficamente la fase nella quale la necessità può sorgere e limitarla alle indagini preliminari – potendo la medesima anche rivelarsi in una fase successiva alla chiusura delle investigazioni stesse – sembra indiscutibile l'ancoraggio ad uno sviluppo investigativo in qualche modo ostacolato o ostacolabile.

Le specificazioni contenute nella lett. a) dell'articolo in commento escludono l'emanabilità della misura sulla base della generica esigenza di tutelare l'attività di acquisizione probatoria; si evita, così, che la misura cautelare diventi uno strumento di ricerca della prova. Secondo la giurisprudenza, infatti, per ritenere sussistente l'esigenza cautelare oggetto di analisi, deve essere dimostrata la possibilità concreta ed attuale che l'indagato impedisca l'acquisizione o la genuinità della prova ancora occorrente e la necessità e idoneità della misura adottata al fine di escludere il pericolo. Pertanto, si è specificato che è onere del giudice cautelare indicare le indagini ancora da svolgere e le funzioni preventive della misura⁴⁰. In particolare, le specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle investigazioni evocano l'assoluta necessità di salvaguardare il potenziale probatorio dell'attività preistruttoria dal rischio concreto di

³⁸ Per una panoramica generale, cfr. *sub art. 274*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, III, Torino, 1990, 44 ss.

³⁹ Così DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 62.

⁴⁰ In questo senso Cass., V, 26-9-2002, Bonaiuto, Guida dir. 2002, n. 48, 83.

interventi diretti a sopprimere le fonti o gli elementi probatori già esistenti ovvero ad impedire di acquisirne di nuovi⁴¹.

Le situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione e la genuinità della prova coinvolgono, d'altro canto, la effettiva possibilità di acquisire elementi al patrimonio conoscitivo giudiziario, oppure di conservarli indenni da possibili manipolazioni. Queste ultime possono verificarsi – secondo la prevalente giurisprudenza – anche a prescindere dal momento investigativo, essendo il riferimento all'acquisizione della prova ed alla conservazione della sua genuinità, indicazione idonea a qualificare anche momenti successivi alla chiusura delle indagini⁴². Si profila, nella ricorrente interpretazione, una lettura della disposizione secondo la quale essa conterrebbe due segmenti differenti e non necessariamente coesistenti.

Peraltro, in dottrina, si è rilevato come questa netta distinzione non sembri del tutto coerente con la lettera della disposizione *de qua*, in quanto la parola “in relazione” – che compare all'interno della stessa regola ed unisce i due segmenti letterali – pare orientare le sue frasi verso un'unica direzione finalistica⁴³. Secondo questa soluzione interpretativa, i due momenti sarebbero connessi e coesistenti, non potendo l'uno solo dei due, senza l'altro, legittimare l'intervento limitativo della libertà personale. In quest'ottica, – si è aggiunto – se ha un senso affermare che il pericolo può sorgere anche dopo la chiusura delle indagini preliminari, perché le esigenze investigative non si esauriscono con tale momento, diventa difficile ritenerne legittimamente la sussistenza anche indipendentemente da un'attività investigativa o potenziale.

⁴¹ Cass. pen., 1-3-1994, Massari, *CED* 197369.

⁴² Tra le altre: C SU, 12-12-1994, Di Lorenzo, *CED* 199396; Cass. pen., 20-1-2004, Catanzaro, *CED* 227228.

⁴³ Così DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 63.

Nella medesima prospettiva, non sarebbero da condividere gli orientamenti che estendono l'esigenza anche a momenti processuali indipendenti da attività investigative in corso; così come desterebbero perplessità quelle opinioni per cui non sarebbe necessaria la specificazione delle indagini concrete da svolgere e del mezzo istruttorio da compiere⁴⁴. Difatti, la formula legislativa avrebbe la finalità di eliminare ogni rischio di genericità e di rendere quanto più possibile concreto il dato probatorio da proteggere. Di conseguenza risulterebbe necessaria la specificazione, in motivazione, delle situazioni fattuali che denotano il pericolo e delle attività investigative da tutelare. Dunque, il p.m. dovrebbe, da un lato, adducendo circostanze di fatto, dimostrare la sua esigenza di svolgere taluni filoni di indagine in vista di obiettivi determinati; e, dall'altro, dare prova circa il concreto pericolo che quell'azione investigativa potrebbe essere pregiudicata dall'indagato.

La misura restrittiva – si è sostenuto in dottrina – deve essere adottata «sempre con riferimento ad un obiettivo predeterminato e per il tempo strettamente necessario ad assicurare la prova»⁴⁵. Ciò implicherebbe il dovere d'indicare, in modo puntuale, l'attività da svolgere e, quindi, da proteggere. D'altronde, la necessità di fissare un termine di durata della misura imposta per tutelare l'esigenza cautelare *de qua* militerebbe per una legittimazione del provvedimento destinato ad una o più attività da compiersi, piuttosto che di quello rivolto meramente a prevenire da possibili aggressioni la prova già acquisita.

⁴⁴ In questi termini DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 64.

⁴⁵ Così FONTI, sub art. 274, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito I, Torino, 2006, 1119.

Devono, inoltre, risultare concrete e ben definite, in motivazione, le esigenze relative alle indagini per i fatti per cui si procede. Così si qualifica il livello qualitativo e quantitativo delle medesime, definite «specifiche ed inderogabili»: non basta, quindi, una qualsiasi necessità investigativa; questa, infatti, deve essere particolarmente qualificata ed ineludibile⁴⁶.

Gli aggettivi utilizzati dal legislatore paiono rafforzare il significato da attribuire al dato normativo: non vi deve essere possibilità alcuna di soddisfare l'esigenza diversamente; la sua indispensabilità rispetto al fine accertativo deve essere, cioè, indiscutibile.

Il riferimento al contesto specifico – i fatti per i quali si procede – consente poi di delimitare ancor di più l'ambito, in quanto tale indicazione evita, ad esempio, di avvalersi della disposizione per eventuali esigenze connesse a fatti nuovi ancora da individuare⁴⁷.

Il secondo segmento dell'art. 274 lett. a) – come già accennato – contiene un richiamo al concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione e la genuinità della prova; occorre, cioè, che si dispieghi, nell'attualità della situazione procedurale, un comportamento tale da poter rendere impossibile l'acquisizione della prova o la sua genuinità. La terminologia utilizzata sembra essere onnicomprensiva, in quanto definisce non tanto un ambito topografico (quello dove si acquisisce la prova), ma, piuttosto, un profilo funzionale (l'acquisizione di dati probatori rilevanti). Di conseguenza, il richiamo sarebbe riferibile ad ogni momento dell'*iter* procedurale, dalle indagini al dibattimento. Il complessivo significato che deriva da questa interpretazione, quindi, pare delimitare l'ambito di applicazione della disposizione,

⁴⁶ DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 64.

⁴⁷ Cfr. Cass. pen., 7-7-1995; Stilo, CED 202820; Cass. pen. 26-6-1995, Postillo, CED 201915.

proiettandola in una dimensione funzionale, secondo cui il pericolo deve riguardare un concreto atto investigativo ancora da svolgersi⁴⁸.

Il diverso orientamento giurisprudenziale, invece, esalta una distinzione strutturale interna all'art. 274 lett. a), considerando le esigenze probatorie alternativamente riferibili alle necessità investigative ovvero a quelle tipicamente probatorie⁴⁹. Ma, «in tal modo si romperebbe la dimensione unitaria della disposizione, che traspare, in modo sufficientemente chiaro, dalla lettera della norma»⁵⁰.

Ci si chiede, in altri termini, quali sarebbero le esigenze attinenti alle indagini se non quelle finalizzate alla tutela dell'acquisizione o della genuinità della prova. Nel contesto della quale esegesi, naturalmente, il termine prova andrebbe inteso, genericamente, come dato conoscitivo. Senza questa proiezione finalistica – si è insistito – perderebbe significato la prima parte dell'art. 274 lett. a); laddove, invece, essa rappresenta la ragion d'essere dell'esigenza probatoria. Ed anche la possibilità di un'utilizzazione strumentale della stessa disposizione verrebbe ridimensionata, proiettando l'effetto di tutela verso uno specifico pericolo per l'acquisizione probatoria *in itinere*.

Del resto, senza rigidi ancoraggi ad esigenze investigative, la tutela probatoria diverrebbe ipotetica e, ove venisse riscontrato un concreto pericolo di inquinamento, finirebbe per riguardare, dal punto di vista temporale, l'intero *iter* processuale; l'esigenza *de qua* cesserebbe, cioè, con la messa a riparo della prova in pericolo. Ma – secondo quest'orientamento dottrinale – non sarebbe tale lo spirito della disposizione e dei suoi corollari normativi in quanto la sua efficacia entro termini molto meno ampi di quelli tipici di ogni fase processuale

⁴⁸ DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 65.

⁴⁹ Una sintesi del pensiero della giurisprudenza, con una ricca casistica, è rinvenibile in ROMBI, *sub art. 274*, cit., 2094 ss.; ugualmente in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Lattanzi, Milano, 2007, 1016 ss.

⁵⁰ DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 65.

starebbe ad indicarne la direzione finalistica: consentire il compimento di attività investigative particolari al riparo da possibili attentati al materiale probatorio. Si potrebbe, al più, accogliere una estensione minima del concetto e farvi rientrare anche l'acquisizione probatoria destinata ad avvenire nel contesto processuale, purché essa sia individuata⁵¹.

È poi richiesto che le situazioni presupposte siano estremamente concrete, cioè consistano in specifiche circostanze di fatto, da indicare espressamente nel provvedimento, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Questa precisazione normativa consente di comprendere quale sia la consistenza del pericolo: questo non può essere astratto, ma deve risultare da dati fattuali puntuali e ben individuati e, soprattutto, indicati con precisione nel provvedimento cautelare.

Ciò nonostante, in giurisprudenza – come detto – si accoglie una distinzione strutturale interna all'art. 274 lett. a), ritenendosi che le esigenze probatorie possano essere alternativamente riferite alle necessità investigative oppure a quelle tipicamente probatorie. Ancora, secondo il medesimo indirizzo, siccome il dettato codicistico collega l'aggettivo “specifiche” alle esigenze e non alle investigazioni, non sarebbe indispensabile che il giudice, nel proprio provvedimento, indichi dettagliatamente gli atti da svolgere.

Tuttavia, il pericolo *de quo* deve essere concreto e va identificato in tutte quelle situazioni dalle quali sia dato desumere, secondo la regola dell'*id quod plerumque accidit*, che l'indagato possa realmente turbare il processo formativo della prova, ostacolandone la ricerca o inquinando le relative fonti; dunque, per evitare che il requisito del pericolo concreto perda il suo significato e si trasformi in una semplice clausola di stile, è necessario che il giudice indichi, con

⁵¹ Così DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 65-66.

riferimento all'indagato, le specifiche circostanze di fatto dalle quali il rischio d'inquinamento viene desunto, fornendo, sul punto, adeguata e logica motivazione⁵². Si è affermato, in questo senso, che il pericolo di inquinamento delle prove legittimante il provvedimento cautelare può consistere anche nella necessità di proseguire indagini complesse, senza che il giudice debba indicare con precisione, nel suo provvedimento, gli accertamenti che si appresta ad espletare⁵³. Si è inteso, attraverso questa interpretazione, evitare una *discovery* anticipata del p.m., che potrebbe porre in pericolo la fonte di prova, invece da preservare⁵⁴.

Inoltre, in linea con l'orientamento prevalente, si è ribadito che, ai fini dell'applicazione o del mantenimento di una misura cautelare personale, il pericolo di inquinamento probatorio va valutato con riferimento sia alle prove da acquisire sia alle fonti di prova già individuate; e ciò in considerazione della spiccata valenza endoprocessuale del dato raccolto nelle indagini preliminari e della sua ridotta utilizzabilità in dibattimento. Pertanto, al fine di prevenire il persistente e concreto pericolo di inquinamento probatorio, si considera irrilevante il fatto che le indagini siano in stato avanzato o siano addirittura state concluse⁵⁵. Ciò non significa, però, che la misura possa divenire strumento per acquisire materiale probatorio relativo a reati diversi da quelli per i quali si procede. In linea con la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, infatti, anche di recente, in aderenza alla *ratio* della riforma operata con la legge n. 332/1995, si è precisato che ricorre il pericolo di inquinamento probatorio quando questo sia riferibile al procedimento a carico dell'indagato da

⁵² Cass., III, 3-12-2003, n. 306/04, Scotti, *Guida dir.* 2004, n. 17, 94.

⁵³ Cass., V, 12-3-2004, n. 20146/04, Tanzi, *Dir. e giust.* 2004, n. 24, 3799.

⁵⁴ In questi termini VACIAGO, SIGNORETTA, *Esigenze cautelari, inquinamento delle prove e obbligo di motivazione*, in *Dir. e giust.* 2004, n. 24, 33.

⁵⁵ Cass., I, 20-1-2004, n. 10347/04, Catanzaro, *Cass. pen.* 2004, 4144.

sottoporre a misura, e non riguardi invece procedimenti diversi seppur connessi⁵⁶. In analoga prospettiva, si è ribadito che l'esigenza cautelare *de qua* deve riferirsi a condotta propria dell'indagato e non a quella di eventuali concorrenti nel reato⁵⁷.

Le situazioni di concreto ed attuale pericolo, infine, non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni, né nella mancata ammissione degli addebiti. Questa precisazione, introdotta con la l. 332/1995⁵⁸, è derivata dalla constatazione di un intervenuto uso strumentale della norma; onde è volta ad impedire una finalizzazione verso una soluzione "confessoria" delle misure cautelari, in particolare di quelle custodiali. Rendere dichiarazioni, ammettere i fatti o negarli appartiene all'ambito delle scelte difensive che ogni imputato può e deve fare nella massima libertà, senza alcuna forma di coazione. Inoltre, le confessioni "assunte" sotto la pressione della custodia cautelare sono di dubbia attendibilità. In questo senso, è stato affermato: «evadono dal modello le finalità di stimolo ad ottenere la collaborazione o la partecipazione attiva alle indagini dell'imputato o della persona sottoposta alle investigazioni»⁵⁹.

L'importanza della disposizione è di tutta evidenza; la sua natura di "norma manifesto"⁶⁰ consente di cogliere l'essenza del rigido divieto di collegare restrizione e ammissione degli addebiti o, peggio, di finalizzare la cautela ad ottenere dichiarazioni etero - accusatorie.

⁵⁶ Cass., VI, 4-3-2002, n. 19048/03, Messina, *Cass. pen.* 2005, 135.

⁵⁷ Cass., VI, 29-1-2007, n. 10851/07, p.m. in c. Tamponi, *CED* 235973.

⁵⁸ Su tale novella, anche per una lettura in chiave critica, cfr. GREVI, *Più ombre che luci nella legge 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantiste ed esigenze del processo*, in AA.VV., *Misure cautelari e diritto di difesa*, a cura di Grevi, Milano, 1996, 1 ss.

⁵⁹ Così ZAPPALÀ, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, Milano, I, 2004, 403.

⁶⁰ Questa definizione è di GIOSTRA, *Commento all'art. 9*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale*, Padova, 1995, 305.

In dottrina, tuttavia, si è anche affermato che l'esclusione di tale finalizzazione era già solitamente ritenuta implicita – ancor prima della sua espressa menzione – in quanto ricavabile dal carattere tassativo dell'elenco di cui all'art. 274. Si è precisato, altresì, che sarebbe scorretto supporre – con distorta applicazione dell'argomento *a contrario* – che tale divieto, in quanto posto nella sola lett. *a* dell'art. 274 autorizzi a cogliere, nell'esercizio del diritto al silenzio, elementi induttivi per ritenere sussistente una delle altre esigenze cautelari indicate nello stesso articolo⁶¹. Pertanto, nonostante l'ambiguità dell'interpolazione, in nessun caso l'esercizio, da parte dell'imputato, del diritto al silenzio può essere posto a fondamento, sotto il profilo del *periculum libertatis*, di una misura cautelare a suo carico; quindi, nessuna cautela può essere legittimamente adottata allo scopo di indurre l'imputato a collaborare con l'autorità giudiziaria.⁶²

Del resto l'art. 274 lett. *a*) solo esplicita, formalmente, «un principio generale facilmente reperibile nel codice, oltre che radicato nelle garanzie costituzionali»⁶³. Tale disposizione, infatti, – corrispondendo alla necessità di evitare che pressioni illegittime (e illecite) possano deformare le scelte difensive ed introdurre nel patrimonio conoscitivo del processo elementi ibridi, non attendibili ed incapaci di trasformarsi in prove attraverso il metodo dialogico, come pure di assumere comunque valore dimostrativo – coglie l'aspirazione del sistema processuale ad un accertamento libero da condizionamenti e immune da contaminazioni illegittime. L'esigenza richiamata, in sintesi, risponde alla *ratio* di tutelare la corretta acquisizione degli elementi utili alla ricostruzione del fatto, punta ad immunizzare la ricerca dei

⁶¹ CHIAVARIO, *Diritto processuale penale, profilo istituzionale*, cit., 486; GARUTI, voce *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, 2002, 749; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 706.

⁶² Così GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., 373.

⁶³ In tal senso, ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di GREVI, Milano, 1996, 97 ss.

dati probatori da attività concrete di inquinamento, tutela la funzione stessa del procedimento penale. A sostegno del carattere inderogabile e indilazionabile dell'attività probatoria da tutelare tramite la previsione dell'esigenza *de qua*, nonché per rafforzare l'obbligo di motivazione del giudice, il legislatore ha comminato la nullità per la mancata indicazione, nel provvedimento restrittivo, sia del termine di durata della misura disposta per ragioni di cautela processuale, sia delle circostanze di fatto su cui si fonda il pericolo. Si tratta, in entrambi i casi di una nullità speciale, appartenente ad un *quartum genus*: essa, infatti, pur essendo inquadrabile tra le nullità relative – in quanto non riconducibile ad alcuno dei casi previsti dall'art. 178 – condivide con le nullità assolute e con quelle a regime intermedio la rilevabilità anche d'ufficio. Da un lato, la comminatoria, prevista insieme con un regime di rilevabilità d'ufficio, rafforza i poteri del giudice del riesame, consentendogli di dichiarare la nullità anche in mancanza di un'espressa eccezione di parte; dall'altro lato, tuttavia, la stessa disposizione finisce per tradursi in un «fantasma verbale», poiché – considerati gli ampi poteri integrativi del giudice del riesame – «finisce sommersa nel gravame»⁶⁴.

In particolare, per quanto attiene alla fissazione del termine di durata di una misura cautelare personale disposta al fine di garantire l'acquisizione o la genuinità della prova, è consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale essa sarebbe obbligatoria solo quando la misura fosse applicata per assicurare l'anzidetta finalità, non occorrendo alcun termine qualora il provvedimento fosse disposto anche a tutela delle altre esigenze cautelari indicate nell'art. 274: sarebbe inutile fissare un limite di durata quando la misura cautelare dovesse continuare ad essere applicata per la salvaguardia anche delle

⁶⁴ Tali espressioni sono di CORDERO, *Procedura penale*, VII ed., Milano, 2003, 481.

altre esigenze⁶⁵. In dottrina, tuttavia, si è ritenuto l'indirizzo giurisprudenziale non condivisibile, in quanto non vi sarebbero ragioni per ritenere il venir meno dell'obbligo legalmente stabilito in presenza di più ragioni di tutela. Tale dovere, infatti, continuerebbe a svolgere il ruolo di garanzia che lo contraddistingue anche laddove sussistessero ulteriori esigenze⁶⁶.

3.3. L'esigenza di cautela finale.

Nella lett. *b)* dell'art. 274 il legislatore prende in considerazione il pericolo di fuga. In particolare, si considera l'ipotesi in cui l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto pericolo che possa darvisi. Vi deve essere, cioè, una fuga *in itinere*, oppure la probabilità effettiva che si verifichi tale situazione: il termine "fuga" evoca un comportamento dell'imputato, il quale si allontana, sottraendosi alle ricerche dell'autorità giudiziaria e della polizia. Si tratta di situazioni che comprometterebbero l'esecuzione della sentenza di condanna una volta divenuta esecutiva.

La *ratio* dell'esigenza *de qua* dev'essere rintracciata, quindi, nella necessità di evitare che il soggetto si sottragga all'esecuzione della sanzione eventualmente irroganda; del resto, una conferma di ciò sembrerebbe rinvenibile nel riferimento alla gravità del fatto e all'entità della pena che si presume verrà applicata, che deve essere superiore ai due anni di reclusione.

⁶⁵ In tal senso, tra le tante, Cass., II, 25-2-2004, Lombardo, *CED* 228387; Cass. pen., 12-4-2007, in *Guida dir.*, 2007, 25, 83.

⁶⁶ Per tale impostazione, cfr. FONTI, *sub art. 274*, cit., 1121.

Secondo illustre dottrina⁶⁷, finalità dell'esigenza in oggetto sarebbe anche quella di evitare che il soggetto si sottragga alla partecipazione a specifici atti istruttori, per la cui esecuzione è indispensabile la sua presenza. Tuttavia, si è sottolineato come in una simile ipotesi sembri eccessivo il ricorso alla misura cautelare, potendosi utilizzare altri strumenti coercitivi, meno afflittivi ma ugualmente utili allo scopo⁶⁸.

Il requisito della concretezza, invece, postula che il pericolo derivi da fatti reali e non da mere congetture. Dai quali fatti deve desumersi una ragionevole probabilità che l'indagato, libero, possa allontanarsi facendo perdere le sue tracce. Il giudice, inoltre, – come accennato – deve effettuare una prognosi sulla possibilità che la pena superi i due anni di reclusione; cioè, una valutazione con riguardo al quantum della pena prevedibilmente da infliggere nella specie⁶⁹; apprezzamento, questo, che va sganciato, secondo alcuni autori, da qualsiasi rapporto con la concedibilità o no della sospensione condizionale⁷⁰. In dottrina si è anche ritenuto che il riferimento all'entità della pena, oltre a collegarsi alla possibile concessione della sua sospensione condizionale, evidenzi come una pena inferiore ai due anni non corrisponda ad un illecito particolarmente grave né ad una concreta pericolosità; cosicché può presumersi che la latitanza non determini alcun allarme sociale⁷¹.

Invero, il limite di due anni sembrerebbe essere la traduzione dell'indicazione della legge-delega, che parla di reati «di particolare gravità»⁷². La compatibilità dell'esigenza cautelare in esame con la presunzione di non colpevolezza è ravvisabile solo qualora il *periculum libertatis* venga inteso rigorosamente, cioè desumendo il

⁶⁷ CHIAVARIO, *sub art. 274*, cit., 51 ss.; ZAPPALÀ, *Le misure cautelari*, cit., 403 ss.

⁶⁸ Così DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 68.

⁶⁹ CHIAVARIO, *Diritto processuale penale, profilo istituzionale*, cit., 486.

⁷⁰ GARUTI, voce *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, cit., 749.

⁷¹ CORSO, *Misure cautelari*, cit., 274.

⁷² Così GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., 370.

presupposto della fuga dal materiale *lato sensu* probatorio già acquisito agli atti.

Alla luce di questa soluzione, potrebbe giustificarsi il divario riscontrabile, all'interno delle categorie di cui all'art. 274, tra l'esigenza di cautela processuale finale – ipotizzabile solo in relazione all'imputato vero e proprio – e gli ulteriori due *pericula libertatis*, la cui disciplina concerne sia la posizione dell'imputato che quella dell'indagato⁷³.

La lett. *b*) dell'art. 274 può essere divisa in due parti. La prima – «quando l'imputato si è dato alla fuga» – non pone particolari questioni interpretative evocando una situazione evidente nella quale risulta la fuga già avvenuta. Diversamente, invece, la seconda parte della disposizione – «se sussiste concreto pericolo che egli si sia dato alla fuga» – dimostra una maggiore complessità, perché implica un giudizio prognostico circa futuri comportamenti dell'imputato. Il requisito su cui essa fonda sono concreti elementi dai quali è possibile desumere una «ragionevole probabilità di fuga»⁷⁴. Non deve trattarsi dunque di una mera possibilità, bensì di una concreta e ragionevole possibilità, desunta da circostanze che la facciano prevedere.

In linea con l'orientamento dottrinale prevalente, in giurisprudenza si è precisato che la sussistenza del pericolo di fuga non deve essere desunta esclusivamente da comportamenti materiali che rivelino l'inizio dell'allontanamento o una condotta indispensabilmente prodromica, essendo sufficiente stabilire – anche in base alla concreta situazione di vita del soggetto, alle sue frequentazioni, ai precedenti penali, ai procedimenti in corso – un reale ed effettivo pericolo; il

⁷³ Sicché, secondo DI CHIARA, *Libertà personale e presunzione di non colpevolezza*, cit., 327, sarebbe inapplicabile all'art. 274 lett. *b* la generale clausola di estensione prevista dall'art. 61; diversamente NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 713; secondo CORSO, *Misure cautelari*, cit., 275, è ragionevole la tesi dell'equiparazione tra imputato ed indagato anche perché l'art. 279, nel disciplinare il giudice competente a pronunciarsi sul tema cautelare, fa espresso riferimento alle indagini preliminari.

⁷⁴ Cass. pen., 14-4-2005, B., CED 231330.

quale dovrà pur sempre essere interpretato come risultato di un giudizio prognostico, e non come mera constatazione di un avvenimento già *in itinere* (che, proprio per tale suo carattere, difficilmente potrebbe essere interrotto ed eliminato con tardivi interventi)⁷⁵.

Il giudizio prognostico relativo al pericolo di fuga, in definitiva, comporta una valutazione complessiva di dati e circostanze, aventi natura oggettiva, sintomatici della probabile volontaria sottrazione all'esecuzione del provvedimento. In quest'ottica il suddetto pericolo ben può essere ricavato dall'esame di alcuni elementi di fatto coordinati tra loro, quali: il comportamento non del tutto coerente tenuto dal prevenuto durante le indagini, alternante tra la fuga verso paesi lontani e la piena collaborazione; la disponibilità, da parte dell'imputato, di mezzi per organizzare la fuga e di risorse economiche facilmente reperibili; nonché la possibilità di rapporti con persone ed organizzazioni che possano validamente collaborare per l'allontanamento⁷⁶. Il pericolo di fuga, tuttavia, non può essere individuato nella mera irreperibilità del soggetto, qualora non vi siano elementi concreti tali da far ritenere che tale circostanza sia significativa della volontà di sottrarsi al processo⁷⁷.

Inoltre, si ritiene solitamente che lo stato di detenzione cautelare del soggetto non si opponga in modo deciso alla ipotizzabilità del pericolo di fuga, posto che la naturale provvisorietà delle cautele⁷⁸, di fatto, impedisce di ritenerle capaci di neutralizzare il rischio di successiva fuga, una volta cessata, per altra causa, la misura coercitiva in essere. Ne segue che lo stato di detenzione, anche nel caso di sopravvenuta condanna definitiva, non contrasta di per sé con la configurabilità di

⁷⁵ Così Cass., VI, 25-5-2005, p.m. in c. Gallou, *CED* 232065.

⁷⁶ Cass., V, 12-3-2004, n. 20146/04, Tanzi, *Dir. E giust.* 2004, n. 24, 37.

⁷⁷ Cass., II, 2-12-2005, n. 775/06, p.m. in c. Belal ed altri. *CED* 232866.

⁷⁸ Cass., IV, 17-6-2006, n. 42329/04, Berouki, *Guida dir.* 2004, n. 48,92.

esigenze cautelari, anche in considerazione dei molteplici benefici che l'ordinamento prevede per l'attenuazione del regime carcerario e per il riacquisto anticipato della libertà⁷⁹. In dottrina si è affermato, però, che tale soluzione non si concilierebbe con le necessarie attualità e concretezza del pericolo, impossibili da riscontrarsi nel caso, ad esempio, di custodia in carcere. Il fatto che la detenzione possa cessare ed il pericolo proporsi rappresenterebbe, invero, la classica situazione ipotetica, incoerente rispetto alle ragioni di concretezza richieste dalla disposizione⁸⁰.

Ugualmente, l'utilizzazione della disposizione di cui all'art. 274 lett. b) nella fase delle indagini preliminari desta non poche perplessità, in quanto sembra eccentrico addurre, in un momento così prematuro, il rischio effettivo che l'imputato si sottragga all'esecuzione della pena. Tale evento, infatti, pur se dovesse realizzarsi, interverrebbe dopo un periodo sicuramente non breve, visti i tempi normali di celebrazione dei processi. In questo caso, oltre alla scorrettezza di una prognosi fondata su dati poco concreti, se non del tutto evanescenti, si profila il rischio «eccessivamente oneroso del trasferimento a carico dell'imputato dell'errore processuale»⁸¹.

Avrebbe, invece, una maggiore ragionevolezza l'utilizzazione del parametro *de quo* nelle scansioni molto avanzate del processo, quando il rischio di una sottrazione alla condanna può essere apprezzato in termini effettivi e non meramente ipotetici. In altri termini, se l'esigenza in esame risponde alla *ratio* di evitare che l'imputato possa sottrarsi all'epilogo del processo nel caso di condanna, essa diventa difficilmente ravvisabile nelle fasi iniziali del procedimento; mentre

⁷⁹ Trib. Catania, 15,4,2004, Midolo, *Riv. pen.* 2004, 859.

⁸⁰ In tal senso, DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 68-69.

⁸¹ In tal senso, CERESA GASTALDO, *Il concetto di fuga ex art. 274 lett. b tra "irreperibilità" ed "irraggiungibilità" dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1996, 2280 ss.

può apparire via via sempre più fondata man mano che il rito raggiunge stati avanzati del suo percorso⁸².

È, infine, orientamento consolidato quello per cui il pericolo di fuga non può mai essere desunto da una valutazione prognostica circa l'entità della pena irrogabile all'esito del giudizio, né dalla particolare gravità della pena inflitta in primo o in secondo grado⁸³.

3.4. Le esigenze di tutela della collettività.

La lett. c) dell'art. 274, nel considerare le esigenze c.d. “di tutela sociale”, appare l'unica disposizione “sostanziale” tra quelle omologhe contenute nel codice di rito, non essendo legata a finalità di carattere esclusivamente processuale. Essa, infatti, non risponde ad esigenze di tutela del processo penale, ma appare dettata da motivi di prevenzione sociale, ovvero, di «tutela della collettività». Concerne, in altri termini, la c.d. “pericolosità sociale” in relazione ad esigenze di prevenzione speciale.

In particolare, stando alla medesima clausola, la misura cautelare personale può essere disposta 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». In quest'ultimo caso, «le misure di custodia

⁸² Così, AA.VV., *La procedura penale*, a cura di Riccio, Spangher, Napoli, 2002, 231ss.

⁸³ C SU, 11-7-2001, Litteri, in *Guida dir.*, 2001, 40, 70 con nota di BRICCHETTI.

cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni». La Corte costituzionale⁸⁴ ha chiarito che il suddetto limite edittale va riferito agli altri delitti dei quali si teme la commissione da parte dell'indagato e non anche al reato o ai reati oggetto dello specifico procedimento nel quale si pone la possibilità dell'applicazione della misura cautelare.

Si tratta dell'esigenza cautelare più discussa, non solo sotto il profilo della determinatezza dei casi e modi di restrizione della libertà personale (in riferimento all'art. 13 Cost.), ma anche alla luce della presunzione di non colpevolezza, di cui all'art. 27, comma 2, Cost.: a riguardo, in dottrina, è stato addirittura sostenuto che la prevenzione speciale sembra presupporre un giudizio anticipato di colpevolezza e di pericolosità sociale, tanto da far diventare l'«intervento cautelare misura di sicurezza»⁸⁵.

Proprio al fine di non contraddire il principio di non colpevolezza, il legislatore ha inserito nella disposizione *de qua* una serie di specificazioni, tese a stabilire una «marcatura a maglie strette» dell'esigenza in esame⁸⁶. Inoltre, – secondo illustre dottrina – se si ragiona in termini di «rischio», come fattore determinante nella dinamica delle misure cautelari, l'obiezione di una non conformità della norma in oggetto ai principi costituzionali appare superabile: infatti, una particolare consistenza di elementi *lato sensu* probatori – combinata con una oggettiva gravità del reato di cui in imputazione e con altre “spie” di pericolosità del soggetto *sub iudice* – potrebbe giustificare – se vi fossero adeguate garanzie di contesto, l'adozione di tali misure cautelari, facendo contemporaneamente risultare più

⁸⁴ C. cost., 21-7-2000, n. 323, Cass. pen.2001, 23.

⁸⁵ In tal senso CORDERO, *Procedura penale*, VI ed., Milano, 2003, 481.

⁸⁶ Così DI CHIARA, *Libertà personale e presunzione di non colpevolezza*, cit., 329.

innocua che in apparenza la terminologia impiegata per descrivere il fenomeno⁸⁷. Anche in giurisprudenza si è esclusa qualsiasi lesione della presunzione di non colpevolezza, in quanto il giudizio espresso in sede di adozione della cautela è solamente incidentale e allo stato degli atti⁸⁸.

La disposizione in esame manifesta una certa complessità strutturale, frutto di una progressiva evoluzione. Si vuole – in estrema sintesi – contrastare il pericolo che il soggetto imputato o indagato, lasciato libero, commetta delitti rientranti nelle tipologie specificamente ivi richiamate.

Significative appaiono, però, le difficoltà interpretative relative all'applicazione concreta della disposizione, la quale – attuando in buona sostanza il riferimento “mononucleare” alla tutela della collettività contenuto nella legge delega del 1987⁸⁹ – ha previsto una nutrita gamma di ipotesi, talune delle quali con caratteristiche controverse e, soprattutto, facilmente strumentalizzabili⁹⁰ per l'ampiezza della loro portata applicativa. La disciplina contempla la pericolosità sociale dell'imputato, intesa come significativa probabilità che lo stesso commetta taluni gravi reati; e mira a tutelare direttamente la collettività da eventuali aggressioni.

L'ambito di applicazione dell'esigenza è definito, però, da «coordinate poste al di fuori del processo e del tutto sganciate dall'accertamento ivi effettuato»⁹¹. Non a caso la natura della clausola viene definita “extraprocessuale”: si vuole proprio per rimarcare la

⁸⁷ Tale soluzione è dettata da CHIAVARIO, *Diritto processuale penale, profilo istituzionale*, cit., 487.

⁸⁸ Cass., III, 3-12-2003, n. 306/04, Scotti, *Guida dir.* 2004, n. 17, 94.

⁸⁹ Nella direttiva n. 59 della legge delega 16-2-1987 n. 81 si legge che le diverse misure di coercizione personale possono essere previste, tra l'altro, «quando sussistono esigenze di tutela della collettività», senza, come era lecito attendersi, alcuna ulteriore specificazione.

⁹⁰ Per una impostazione generale di questo aspetto, ZAPPALÀ, *Le misure cautelari*, cit., 403 ss.

⁹¹ Così DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 70.

distanza ontologica dalle necessità di tutela interne alla vicenda processuale.

La disposizione ha subito una significativa riformulazione ad opera della legge n. 532 del 1995: questa novella ha sostanzialmente modificato i criteri ai quali ancorare il giudizio prognostico di pericolosità, rendendolo maggiormente tecnico e, di conseguenza, più aderente al caso concreto. L'esigenza di prevenzione speciale, sottesa allo specifico *periculum libertatis*, è stata, cioè, ricondotta all'effettivo pericolo di reiterazione di reati giudicati particolarmente gravi, da desumere – pur se sempre in via prognostica – sulla base di elementi obiettivi: per un verso, occorre regolarsi sulle specifiche modalità e circostanze del fatto⁹²; per altro verso, bisogna tenere conto della personalità dell'imputato; valutata, però, alla luce di suoi comportamenti od atti concreti, oppure dei suoi precedenti penali; si devono, dunque, ponderare, complessivamente, tutti gli elementi utili per l'analisi prognostica⁹³.

In altri termini, l'esigenza *de qua* postula un giudizio prognostico basato su d'un criterio di probabilità e di attualità della commissione di «gravi» delitti «della stessa specie», aventi caratteristiche tali di lesività sociale da legittimare la restrizione della libertà personale: al riguardo, il legislatore ha optato per il riferimento ai delitti pregiudizievoli per la stessa categoria di interessi tutelati dalla norma penale violata nel caso di specie, ovvero per corrispondenti valori costituzionali. Sicché è in base alla natura dell'interesse offeso dalla condotta illecita e all'apprezzamento della gravità del fatto operato dal legislatore con il riferimento alla pena edittale che il giudice deve compiere la valutazione di gravità.

⁹² Tra le altre: Cass. pen., 8-12-2003, P., CED 227039; Cass. pen., 8-1-2003, P., CED 222806.

⁹³ Sul punto, tra le tante: Cass., V, 4-3-2005, Filipelli, CED 231170; Cass., VI, 23-12-2004, Esposito, CED 231276.

Con la riforma suindicata si è voluto affermare – in termini generali – che a fondamento di una rigorosa prognosi di pericolosità deve necessariamente collocarsi la valutazione della personalità dell'indagato, da condurre alla stregua di un parametro ispirato a criteri di concretezza, attualità e specificità⁹⁴. Più precisamente, la nuova disciplina limita l'applicabilità della misura cautelare personale alla ipotesi di prognosi della commissione di «delitti per i quali è prevista la pena di reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni». Donde consegue la necessaria integrazione del giudizio prognostico con l'indicazione, nell'ordinanza cautelare, del tipo di delitto, offensivo della stessa categoria di valori, di cui viene prevista la commissione; indicazione che deve trovare la premessa logico-argomentativa negli elementi di fatto adottati nei motivi; elementi che devono giustificare l'ipotizzabilità d'una delle situazioni di cui all'art. 274, comma 1, lett. c)⁹⁵.

Il legislatore, insomma, ha tentato di ridurre il carattere di astrattezza del giudizio prognostico di pericolosità, riconducendolo, in modo significativo, a parametri ben circoscritti e sufficientemente chiari. Ciò nonostante, la valutazione *de qua* corre il rischio di rimanere sostanzialmente astratta, poiché il pericolo da evitare è rappresentato oggettivamente da uno o più riferimenti ipotetici, poco adatti, per loro natura, ad essere ricondotti a categorie di giudizio certe (anche perché ciò che avverrà è solo presumibile, ma sempre con margini di errore). In questa prospettiva, lo sforzo del legislatore, più che alla migliore definizione del parametro di riferimento – che resta generico (il pericolo di nuovi delitti) – pare esser stato diretto verso una più meticolosa descrizione di alcuni passaggi argomentativi necessari ad

⁹⁴ Così Cass., VI, 10-10-1995, Lorenzetti, CED 202558.

⁹⁵ Cass., VI, 10-10-1995, Lorenzetti, CED 202559.

assolvere all'obbligo di motivazione; per poter offrire, in prospettiva, anche un effettivo controllo sull'utilizzazione del criterio cautelare⁹⁶.

Sempre in chiave critica, è corretto evidenziare come la lett. c) sembri ripetere, sostanzialmente, il concetto di pericolosità sociale normalmente utilizzato per delimitare l'ambito di applicazione delle misure di sicurezza. Ed è questa similitudine ad indurre alla critica "ideologica" concernente l'uso del concetto di pericolosità sociale in sede cautelare. Si è soliti ritenere, infatti, che tale nozione risponda a ragioni di prevenzione speciale e, quindi, extraprocessuali, aventi col processo solo un'incidentale confluenza; ma che divengono capaci di condizionare in modo rilevante la vicenda processuale (e cautelare); infatti – tra l'altro – sono le esigenze di tutela della collettività a determinare le detenzioni cautelari più significative, prestandosi, sovente, a strumentalizzazioni. Per come è formulata, infatti, l'esigenza cautelare *de qua* va spesso a determinare le forme di coercizione personale più lunghe (la pericolosità, difatti, non può cessare in breve tempo); e corre il rischio di nascondere applicazioni finalizzate a raggiungere obiettivi probatori. Di conseguenza, la misura cautelare adottata per questa specifica esigenza non corrisponde alla necessità di tutelare il processo: essa ha, in altri termini – come già detto – natura sostanziale e non processuale.

Nonostante l'infelice riferimento alla pericolosità del soggetto, la lett. c) esprime il bisogno di tutelare la collettività, «polo dialettico e sostanziale del processo»⁹⁷, soprattutto quando il tipo di reato ed i dati personali dell'imputato manifestano il pericolo che la società possa essere gravemente offesa dal soggetto prevenuto. Su questa strada si potrebbe riconoscere legittimazione processuale anche a questa esigenza. La politica penale difficilmente rinuncerà a questo

⁹⁶ In tal senso, DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 71.

⁹⁷ Questa espressione è di DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 71.

strumento, almeno fino a quando non si sarà capito che le indiscutibili ragioni della tutela sociale devono ragionevolmente trovare differenti forme di protezione, estranee al processo ma interne all'ordinamento e globalmente rivolte al fenomeno della pericolosità soggettiva nel suo complesso⁹⁸.

Quest'ultima considerazione porta a ricordare l'elevato rischio di una utilizzazione strumentale di tale specifico *periculum libertatis*, quando vi si ricorra per ragioni diverse da quelle sue proprie e quando la giustificazione della cautela non sta più realmente nella tutela contro il rischio concreto della commissione di delitti, ma piuttosto appare consistere in scopi investigativi, peraltro non dichiarati. L'estraneità dell'esigenza *de qua* al percorso processuale in senso stretto condiziona, in ogni caso, il giudizio su di essa; questa è considerata da parte della dottrina come una discrasia rispetto all'impalcatura costituzionale in tema di libertà personale⁹⁹.

Ai fini di una migliore precisazione delle condizioni sottese all'esigenza di tutela della collettività, può essere utile scomporre, in maniera maggiormente particolareggiata, i singoli elementi attorno ai quali si articolano le esigenze di prevenzione. *In primis*, è necessario rivolgere l'attenzione alle fattispecie suscettibili di acquisire rilievo nella prospettiva di una loro possibile reiterazione. A tale riguardo, il legislatore fa riferimento, innanzitutto, a categorie di fattispecie non necessariamente legate da identità o da connessione con quella per cui si procede, ma identificate o dai mezzi necessari per la loro realizzazione («gravi delitti con uso delle armi o di altri mezzi di

⁹⁸ Una indicazione in questa specifica direzione è rinvenibile, in modo più articolato, in DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000.

⁹⁹ Sul punto, per una impostazione generale, GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976; ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Padova, 1997; RICCIO, *Libertà personale*, in RICCIO, DE CARO, MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale, una rilettura della giurisprudenza costituzionale*, 1956-1988, Napoli, 2001.

violenza personale»), oppure dalla loro finalizzazione (« ... diretti contro l'ordine costituzionale») o, ancora, dalla loro riconducibilità a una tipologia raccordantesi con organizzazioni criminose («delitti di criminalità organizzata»). Alcune di queste categorie esprimono oggettivamente un particolare disvalore sociale e sono suscitatrici anche di un significativo allarme sociale. Si tratta, infatti, di tutte *species* delittuose tali da determinare un alto grado di simile allarme, onde si vuole evitare assolutamente la concreta probabilità che possano essere realizzate. A ben vedere, però, in questo segmento normativo sono ravvisabili aspetti di genericità capaci di generare dubbi interpretativi. Probabilmente sarebbe stato opportuno un maggior dettaglio nell'individuare le fattispecie rilevanti, per evitare il rischio di facili generalizzazioni. Il riferimento alla gravità del reato specifico consente, tuttavia, di circoscrivere la categoria alle ipotesi particolarmente allarmanti; evitando così di coinvolgere interi gruppi di fattispecie in cui non è sempre rintracciabile un interesse di rilievo eccezionale, tale da potere giustificare la restrizione preliminare *de libertate*.

In dottrina si è sottolineato come la valutazione della gravità – prevista solo per le prime due categorie, ma, secondo la giurisprudenza¹⁰⁰, riferibile a tutte le categorie di reati considerate nella detta disposizione – sia effettivamente rimessa al libero apprezzamento del giudice, non risultando normativamente indicato alcun parametro¹⁰¹. In particolare, con riferimento ai delitti di criminalità organizzata, la letteratura giuridica ha di recente sottolineato come tale espressione contenuta nella lett. c) coincida con una nozione più generica e lata di quella implicata da altre disposizioni: la locuzione sarebbe in grado di ricomprendere qualsiasi

¹⁰⁰ Cass., VI, 7-10-1992, Ligresti, CED 191779; Cass., II, 31-3-1994, Rau, CED 197306.

¹⁰¹ ZAPPALÀ, in AA.VV. *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2004, 415.

attività illecita programmata e plurisoggettiva che si segnali come di particolare allarme sociale; in particolare, tutte le ipotesi di reati a concorso necessario o eventuale, caratterizzate da una suddivisione di compiti al fine di collaborare al raggiungimento di un medesimo obiettivo antiggiuridico¹⁰².

In giurisprudenza, si è ritenuto che il concreto pericolo di reiterazione dell'attività delittuosa possa essere desunto anche dalla molteplicità dei fatti commessi, in quanto questa circostanza, alla luce delle modalità della condotta concretamente tenuta, può essere sintomatica di una personalità proclive al delitto, indipendentemente dall'attualità della condotta presupposta; e, quindi, anche nel caso in cui essa sia risalente nel tempo¹⁰³.

Per quanto attiene alla formula «delitti della stessa specie di quello per cui si procede» – escluso ogni possibile riferimento a reiterazioni del “primo” reato, che determinerebbe fatalmente un insanabile conflitto con l'art. 27, comma 2, Cost. –, tale indicazione normativa contiene un implicito parametro di gravità degli illeciti di cui va temuta la commissione, atteso che la misura limitativa può essere disposta solo ove ricorrano gli estremi edittali previsti¹⁰⁴.

In particolare, la formula «della stessa specie» è ritenuta più restrittiva di quella «della stessa indole», adoperata nel progetto preliminare¹⁰⁵; essa assegnerebbe rilevanza, secondo alcuni, ai soli reati che abbiano il medesimo titolo di quello per cui si procede; secondo altri, ai soli reati lesivi della stessa categoria di interessi e valori (o del medesimo bene giuridico)¹⁰⁶.

¹⁰² Così TONA, *Reati di criminalità organizzata ed esigenze cautelari*, in *Merito*, 2005, n. 3, 48.

¹⁰³ Cass., VI, 16-11-2005, Salucci, CED 233222.

¹⁰⁴ Così DI CHIARA, *Libertà personale e presunzione di non colpevolezza*, cit., 330.

¹⁰⁵ NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 712; diversamente GARUTI, voce *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, cit., 750, ritiene si tratti di una mera variante lessicale.

¹⁰⁶ DRAGONE, *Manuale pratico Fortuna e altri*, 501.

In giurisprudenza, per quel che riguarda il significato tecnico-giuridico dell'espressione *de qua*, si è ritenuto necessario porre l'accento sulla medesimezza del bene giuridico tutelato dalla norma che prevede la fattispecie penale per la quale si procede; l'offesa temuta, cioè, deve concernere gli stessi interessi collettivi già attinti¹⁰⁷; e, dunque, non necessariamente consistere nello stesso reato per il quale si procede¹⁰⁸. Pertanto, si sostiene che il riferimento *de quo* non si riferisce necessariamente ad un reato previsto dallo stesso titolo del codice, potendo ciascun titolo raggruppare fattispecie chiaramente eterogenee e non in rapporto di reciproca implicazione.

Con riferimento alle ipotesi illecite delineate, sia in dottrina che in giurisprudenza si è sempre sottolineato come, per accertare la sussistenza delle esigenze di prevenzione, il giudizio prognostico debba basarsi su elementi specifici, dai quali sia logicamente possibile dedurre, secondo la regola dell'*id quod plerumque accidit*, il concreto pericolo di reiterazione dell'attività delittuosa. A tale riguardo deve escludersi che sia richiesta l'attualità del pericolo dedotta da una realizzazione delittuosa *in itinere*¹⁰⁹; come pure che ci si possa riferire ad un evento già verificatosi¹¹⁰. Il dato di concretezza, nel caso di pluralità di soggetti, implica che – trattandosi di valutazione prognostica a carattere presuntivo – il giudice è tenuto a dare concreta e specifica ragione dei criteri logici adottati; senza poter, nell'ipotesi di più indiziati, assumere determinazioni complessive e generali¹¹¹.

In linea con l'orientamento prevalente, si è affermato che, qualora venga richiesta la custodia cautelare in carcere per reati commessi dall'imputato in epoca non recente, il giudice – nell'esporre le

¹⁰⁷ Cass., II, 20-4-2000, Piras, *CED* 215901.

¹⁰⁸ Cass., III, 3-12-2003, Scotti, *Guida dir.* 2004, n. 17, 94.

¹⁰⁹ Cass., I, 4-3-2004, Catanzaro, *CED* 227227.

¹¹⁰ Cass., I, 29-5-1993, Angrisani, *CED* 194043.

¹¹¹ Cass., VI, 27-11-1995, Bozzo, *CED* 203332.

specifiche esigenze cautelari e gli indizi che giustificano la misura ai sensi dell'art. 292, comma 2, lett. c) – deve procedere ad individuare, in modo particolarmente dettagliato, gli elementi concludenti atti a far cogliere l'attualità e la concretezza del pericolo di reiterazione delittuosa; rischio che deve risultare fronteggiabile soltanto con la permanenza in carcere, stante il perdurante collegamento dell'imputato con l'ambiente in cui il reato è maturato e, quindi, la sua concreta proclività a delinquere¹¹². Inoltre, sempre con particolare riferimento alla lettera in commento, si è di recente affermato che, nel valutare il pericolo che l'imputato commetta reati della stessa specie, il requisito della «concretezza» non va identificato con quello della «attualità» desunto dalla riconosciuta esistenza di occasioni prossime favorevoli alla commissione di nuovi reati, dovendo, invece, il predetto requisito essere ravvisato allorquando esistano elementi concreti sulla base dei quali sia possibile affermare che l'imputato potrà commettere reati rientranti fra quelli contemplati nella suddetta norma processuale¹¹³.

Infine, va evidenziata ancora l'affermazione – costante in giurisprudenza – secondo cui lo stato di detenzione per altra causa, ed anche in virtù di una condanna definitiva all'ergastolo, del destinatario di una misura coercitiva custodiale non è di per sé in contrasto con la configurabilità di esigenze cautelari; né in particolare di quella rappresentata dal pericolo di reiterazione della condotta criminosa¹¹⁴. Infatti, secondo un asserto ricorrente, quando la valutazione del fatto e della personalità dell'imputato giustificano una valutazione di pericolosità, la preesistente detenzione in espiazione di pena dell'imputato può essere considerata idonea ad elidere una tale

¹¹² Cass., VI, 15-1-2003, Khair Mohamed Zenab, *Giur. it.* 2004, 1469.

¹¹³ Cass., III, 26-3-2004, p.m. in c. Torsello, *CED* 229911.

¹¹⁴ Tra le altre, Cass., IV, 15-11-2005, Bossio, *CED* 232631.

valutazione solo se è da escludere anche in astratto la possibilità che vengano applicate misure alternative¹¹⁵.

L'art. 274 lett. c) specifica, altresì, i parametri normativi ai quali il giudice deve attenersi nel formulare la prognosi di pericolosità che legittima l'emissione e il mantenimento della misura cautelare. La prognosi di pericolosità, quindi, deve essere dedotta da un elemento di carattere oggettivo – le specifiche modalità e circostanze del fatto – e da uno di carattere soggettivo – la personalità dell'imputato, valutata in base ai criteri specificati dall'art. 133 comma 2 –. In dottrina, si è evidenziato come tali due parametri consentano di prescindere da una presunzione di colpevolezza dell'imputato¹¹⁶. Peraltro – secondo taluno – «i comportamenti e gli atti» di cui parla la disposizione atterrebbero al fatto illecito *de quo agitur*, così da rendere difficile estrapolare da essi un significato prognostico infausto¹¹⁷. In giurisprudenza, poi, si è sottolineato come la “pericolosità sociale” in oggetto vada desunta sia dalle specifiche modalità e dalle circostanze del fatto, sia dalla personalità dell'indagato, oggettivamente valutata alla stregua dei precedenti penali e della condotta rilevata. Ed invero – si è aggiunto – l'espressione «modalità e circostanze del fatto» va riferita al fatto-reato, mentre l'espressione «comportamenti e atti concreti» implica il richiamo ad una condotta diversa dal fatto-reato; cioè, quindi, alla condotta precedente e a quella successiva. Se ne desume il configurarsi dell'esigenza cautelare in parola ogni qualvolta venga a profilarsi il pericolo – di qualsiasi intensità purché concreto – di reiterazione della condotta criminosa.

Quanto alla valutazione relativa agli elementi sintomatici della pericolosità, si era registrato un contrasto tra pronunce: alcuni filoni

¹¹⁵ Tra le altre, Cass., I, 27-9-2005, Vitiello, CED 232509.

¹¹⁶ Così, NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 711.

¹¹⁷ RICCIO-SPANGHER, *La procedura penale*, E.S.I., 2002, 235.

giurisprudenziali riconoscevano la necessità di analizzare in modo comparato tutti gli ambiti richiamati dalla disposizione: sia la personalità, sia le modalità e le circostanze del fatto¹¹⁸. Un diverso orientamento, invece, riteneva che le modalità del fatto avessero una duplice valenza, potendo assumere rilievo sia in ordine alla particolare gravità del fatto stesso, sia in relazione all'apprezzamento della capacità a delinquere¹¹⁹. Secondo questa ottica, dunque, le modalità della condotta potrebbero essere utilizzate sia per fondare il giudizio sulla gravità oggettiva del comportamento, sia per valutare la personalità dell'agente¹²⁰. In questo modo, però, verrebbe sostanzialmente neutralizzato il doppio riferimento del testo normativo e l'intero giudizio prognostico verrebbe ad essere fondato su di un unico dato, sovente limitato nella sua capacità dimostrativa per genericità o per carenze di prospettive concrete¹²¹.

Attualmente, sembra prevalere l'indirizzo propenso ad una duplice valenza dei parametri indicati nella lett. c) dell'art. 274. Si afferma, infatti, che le modalità della condotta tenuta in occasione del reato possono essere prese in considerazione per il giudizio sulla pericolosità sociale dell'imputato, oltre che per quello sulla gravità del fatto¹²². Si ritiene, quindi, che l'esigenza cautelare costituita dal rischio di reiterazione di reati della stessa specie sussista allorché sia possibile pervenire ad un giudizio di pericolosità dell'indagato risultante congiuntamente dalle specifiche modalità del fatto e dalla sua personalità, desunta da comportamenti o atti concreti, oppure dai suoi precedenti penali. Sarebbe pertanto legittimo attribuire una duplice valenza alle medesime circostanze e modalità del fatto, sia

¹¹⁸ In tal senso, tra le altre: Cass. pen., 26-3-2003, Cena, *CED* 225600.

¹¹⁹ In questa prospettiva interpretativa, tra le altre, Cass., pen., 17-2-2005, Genna, *CED* 231323.

¹²⁰ In questa direzione, di recente, Cass. pen., 19-1-2005, Miranda ed altri, *CED* 231583.

¹²¹ Così DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 74.

¹²² Cass., VI, 17-2-2005, Genna, *CED* 231323.

sotto il profilo della gravità del fatto stesso, sia per l'aspetto della capacità a delinquere¹²³. Del resto, a ben vedere, la condotta tenuta in occasione del reato costituisce un elemento specifico significativo per valutare la personalità dell'agente¹²⁴.

A sostegno di tale indirizzo giurisprudenziale, si fa notare come gli elementi da cui desumere la sussistenza dell'esigenza cautelare di cui alla lett. c) possano essere tratti anche dalle specifiche modalità e circostanze del fatto, considerate nella loro obiettività, in quanto la valutazione negativa della personalità dell'indagato può ricavarsi tenendo presenti i criteri stabiliti dall'art. 133 c.p.; peraltro, l'attribuzione alle medesime modalità e circostanze del fatto della duplice valenza richiamata discenderebbe dalla considerazione per cui la condotta tenuta in occasione del reato costituisce un elemento specifico significativo per valutare la personalità dell'agente¹²⁵.

Sempre con riferimento all'art. 133 c.p., poi, si è notato come la valutazione negativa della personalità dell'indagato possa desumersi tenendo presenti i criteri oggettivi e dettagliati in tale articolo stabiliti; fra i quali sono comprese le modalità e la gravità del fatto-reato; pertanto, non andrebbe considerato il tipo di reato od una sua ipotetica gravità, ma occorrerebbe valutare situazioni correlate con i fatti del procedimento ed inerenti ad elementi sintomatici della pericolosità del soggetto; con una motivazione fondata sulla concretezza dei fatti stessi e non su criteri generici e/o automatici¹²⁶. In definitiva – secondo quest'ultimo indirizzo – la pericolosità sociale dell'indagato che giustifica l'adozione e il mantenimento di una misura cautelare personale andrebbe desunta sia dalle specifiche modalità e circostanze

¹²³ Cass., V, 12-3-2004, Tanzi, Dir. e giust. 2004, n. 24, 37.

¹²⁴ Tra le altre: Cass., V, 5-11-2004, Esposito, CED 231276; nello stesso senso: Cass., III, 6-11-2003, Plasencia, CED 227039.

¹²⁵ Cass., III, 18-3-2004, Ristic, CED 228882; ma anche Cass., IV, 19-1-2005, Miranda ed altri, CED 231583.

¹²⁶ Cass., V, 20-6-2003, Bressi, CED 225837.

del fatto, sia dalla personalità dell'indagato, oggettivamente valutata pure sulla scorta dei precedenti penali e della condotta nella quale si è sostanziato il reato ascrittogli. Infatti, si è sottolineato come le specifiche modalità e circostanze del fatto possano essere prese in considerazione anche per il giudizio sulla pericolosità dell'indagato, poiché la condotta tenuta in occasione del reato costituisce un elemento specifico assai significativo per valutare la personalità dell'agente¹²⁷.

Secondo un indirizzo giurisprudenziale intermedio, poi, tra gli elementi concreti sulla cui base bisognerebbe formulare il giudizio sulla personalità dell'indagato o imputato, al fine di verificare il pericolo di reiterazione *ex art. 274 lett. c)*, sarebbe possibile prendere in considerazione anche le modalità e le circostanze del fatto, sempre che, dal contesto unitario della motivazione, risultino accadimenti e comportamenti di diversa natura e di differente efficacia probatoria, che denotino situazioni relative, oltre che alla personalità dell'autore, anche alla gravità del reato, e ne sia indicata l'utilità per stabilire se, nella condotta delittuosa possano individuarsi le premesse per un'ulteriore attività delittuosa¹²⁸.

Da altro punto di vista, si è di recente affermato che, una volta intervenuto il giudizio di merito, la valutazione delle esigenze cautelari di cui alla *lett. c)*, con specifico riferimento ai parametri della gravità del fatto e della personalità del suo autore, imporrebbe l'esame degli stessi atti o comportamenti apprezzati dal giudice della cognizione per giungere al giudizio di responsabilità, restando così precluse al giudice della cautela una ricostruzione e una qualificazione giuridica dei fatti diversa da quella operata in sede di cognizione¹²⁹.

¹²⁷ Cass., IV, 17-6-2004, Berouki, *Guida dir.* 2004, n. 48, 92.

¹²⁸ Cass., VI, 20-2-2002, Frasheri, *Cass. pen.* 2003, 3483.

¹²⁹ Cass., I, 15-6-2006, Stesi, *CED* 235262.

L'indicazione degli elementi dai quali desumere la personalità dell'indagato o dell'imputato ha posto ulteriori questioni interpretative. Si è, infatti, di recente, ribadito che la pericolosità sociale ai sensi dell'art. 274 lett. c) può essere desunta anche dalla pluralità di reati contestati col provvedimento coercitivo, valutati non singolarmente ma nella loro globalità in quanto espressione di reiterazione criminosa, evitandosi così la disparità di trattamento tra un indagato già gravato da precedenti ed uno incensurato al quale siano contestate una pluralità di condotte criminose¹³⁰.

Quanto alla rilevanza attribuita dalla disposizione in esame ai precedenti penali, è agevole comprendere come la sussistenza di anteriori condanne consenta di emettere una prognosi *de futuro* con sufficiente tranquillità, essendo gli “eventi passati” significativi e dimostrativi di pregresse condotte penalmente censurabili; le quali, coniugate con quella oggetto del procedimento, permettono di giungere ad una agevole valutazione prognostica sul futuro (probabile) comportamento.

A riguardo, in giurisprudenza, si è sostenuto che la pericolosità sociale può essere legittimamente desunta anche dai carichi pendenti o dai precedenti giudiziari che abbiano una loro importanza ai fini del giudizio sulla capacità a delinquere; come è desumibile dall'art. 133 c.p., applicabile in ogni caso in cui l'ordinamento imponga una valutazione relativa alla personalità dell'indagato o dell'imputato¹³¹. 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

¹³⁰ Cass., II, 3-2-2005, Scianò, CED 230912.

¹³¹ Cass., VI, 11-7-2006, Fumarola, CED 234974.

relativa alla capacità a delinquere, così come si fa all'art. 133, comma 2, c.p.¹³².

Però, se la sussistenza di precedenti penali illumina la personalità ed offre sufficienti elementi di valutazione, uguale influenza sulla valutazione *de qua* dovrebbe attribuirsi alla constatazione della mancanza di precedenti condanne, opponendosi tale circostanza a giudizi prognostici infausti. Il concetto esprime una considerazione generalmente valida; tuttavia, in giurisprudenza si è precisato che il pericolo di reiterazione di reati non può ritenersi escluso in modo automatico dallo stato di incensuratezza, giacché la pericolosità sociale dell'indagato o dell'imputato può essere desunta, oltre che dai precedenti penali, anche da altri comportamenti concreti posti in essere dall'agente¹³³, anche diversi dai precedenti penali¹³⁴.

Da ultimo, per quanto concerne l'ipotesi di concorso di persone nel reato, è stato sostenuto che la condotta dell'indagato o dell'imputato va esaminata – ai fini della configurabilità o non del pericolo di recidività – con riferimento all'intera vicenda criminosa alla quale egli abbia partecipato, e non soltanto in relazione alla singola azione concretamente realizzata¹³⁵.

Più complesso, infine, è l'apprezzamento riguardante i comportamenti o gli atti concreti tali da esprimere una probabilità di ricaduta nel delitto molto elevata. I comportamenti e gli atti di cui parla la disposizione *de qua* vengono, qualche volta, valutati con esclusivo riferimento al fatto illecito¹³⁶; cosicché diventa difficile, nel seguire questa impostazione, estrapolare da essi un significato prognostico, infausto, capace di proiettarsi oltre il richiamo alla

¹³² Cass., V, 19-10-2004, Scettro, *Guida dir.* 2004, n. 49, 92.

¹³³ Cass., I, I, 30-1-2003, Lombardo, *Guida dir.* 2003, n. 23, 78.

¹³⁴ Cass., I, 19-9-2002, Laino, *Guida dir.* 2003, n. 3, 77.

¹³⁵ Cass., II, 11-6-2003, Cara Besnik, *CED* 225183.

¹³⁶ Così, D'AMBROSIO, *Art. 3*, in *Dir. pen. e processo*, 1995, 1171.

gravità del reato. La genericità del riferimento normativo, infatti, corre il rischio di generare una possibile confusione del parametro indicato con la gravità del reato o con la struttura di esso; laddove, invece questi elementi non andrebbero considerati ai fini del giudizio di pericolosità. Infatti, non essendo sufficiente il parametro della gravità del reato, 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 delitto¹³⁷.

Nella stessa ottica, si è sostenuta la non utilizzabilità, ai fini cautelari, della circostanza integrata dalla pendenza di un altro procedimento penale, in quanto la mancanza di una verifica giudiziaria definitiva relativa a quest'ultimo si opporrebbe all'attribuzione di fondamento probatorio al dato¹³⁸. Anche questa conclusione, però, non è condivisa nell'interpretazione giurisprudenziale ricorrente; secondo cui, spesso, le pendenze giudiziarie possono costituire materiale di valutazione, in quanto riferibili a comportamenti o atti concreti posti in essere dall'imputato¹³⁹.

Questi criteri, indirizzando verso un profilo meramente soggettivo, finiscono per condurre a valutare essenzialmente la personalità. Ed allora, per evitare di utilizzare un parametro capace di prestarsi ad una generalizzata applicazione (facendo divenire possibile, in tutte le fattispecie penali di media gravità, esprimere un giudizio di pericolosità fondato su atti e comportamenti concreti desunti dal fatto stesso addebitato; oppure rendendo legittimo, ogni volta che il soggetto abbia precedenti penali o carichi pendenti, un giudizio prognostico infausto), bisognerebbe ancorare il giudizio ad una

¹³⁷ Cfr. sul punto, MARZADURI, *Misure cautelari (principi e disciplina)*, cit., 71 ss.

¹³⁸ Cass. pen., 15-2-1994, Figura, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 648.

¹³⁹ Tra le altre: Cass. pen., 19-10-2004, Scettro, in *Guida dir.* 2004, 49, 92.

concretezza e ad una attualità del pericolo emergenti da *altri* dati oggettivi capaci di indicare la alta probabilità di una reiterazione delittuosa¹⁴⁰. In altri termini, sarebbero necessari dati probatori *ulteriori* rispetto a ciò che è utile a dimostrare il fatto, capaci di reggere una valutazione prognostica neutra rispetto alle esigenze investigative¹⁴¹.

In questa difficile valutazione giocherebbe, comunque, un ruolo importante la capacità del giudice di non farsi condizionare completamente dalla gravità del reato o dal disvalore sociale che lo accompagna e di guardare solo ai connotati di effettiva pericolosità risultanti dal complesso di tutti gli elementi richiamati dalla disposizione analizzata.

¹⁴⁰ In questo senso, DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 75.

¹⁴¹ In questa prospettiva, RICCIO-SPANGHER, *La procedura penale*, cit., 240 ss.

CAPITOLO IV

I CRITERI DI SCELTA DELLE MISURE

4.1. Considerazioni generali.

Uno dei principali ambiti da esplorare in tema di applicazione delle misure cautelari personali concerne l'individuazione di criteri utili alla scelta di quella maggiormente idonea, tra le tante annoverate, a tutelare le esigenze concretamente esistenti. Sono varie, infatti, le soluzioni cautelari contemplate dal sistema processuale; esse seguono una progressione restrittiva crescente, che le declina come fossero i gradini di una scala, al cui apice è collocata la custodia cautelare in carcere.

La pluralità di misure coercitive previste, peraltro, sottintende la volontà del legislatore di modulare la risposta cautelare a seconda della qualità e quantità dei pericoli effettivi che occorre tutelare. In quest'ottica, la traduzione normativa originaria dei principi costituzionali è stata, nonostante le inevitabili sfasature, coerente. Le molteplici manipolazioni legislative succedutesi negli anni hanno, invece, parzialmente disarticolato l'iniziale modello allontanandolo, in qualche modo, dai referenti fondamentali.

I profili connessi alla scelta cautelare sono, inoltre, particolarmente problematici e complessi; sia per la molteplicità dei versanti coinvolti, sia per l'articolazione delle questioni sottese all'esatta dosimetria

restrittiva; si deve poi sottolineare la peculiarità delle valutazioni astratte e delle prognosi future che la caratterizzano. Da questo punto di vista, sarebbe auspicabile, quindi, una normativa chiara e semplice, al riparo da intemperie interpretative; invece, viene proposta una disciplina dalle implicazioni ermeneutiche complicate, non sempre lineari, e, soprattutto, rese più oscure dai continui disomogenei rimaneggiamenti.

Le disposizioni deputate alla regolamentazione delle questioni in oggetto, contenute nell'art. 275 c.p.p., sono, infatti, tra le più "tormentate" nell'ambito della disciplina codicistica in materia di libertà personale¹. Ogni comma, e al suo interno, ogni segmento normativo, è stato oggetto di interventi modificativi. Molteplici novelle si sono succedute nel tempo² e, in relazione alle specifiche esigenze di quel momento, hanno apportato una o più mutazioni, che in determinati casi hanno inciso sulla genetica stessa della disposizione.

La prima riflessione suggerita dalla struttura dell'articolo, via via formatasi per sovrapposizioni normative, determinate dalla pluralità degli interventi legislativi, muove dalla considerazione della conflittualità di cui è stato oggetto questo aspetto procedurale; sul quale si sono scaricate le maggiori tensioni politiche e si sono riversate le problematiche relative alla sicurezza dei cittadini. Le necessità – reali o presunte – indotte da fenomeni criminali particolari o da eventi drammatici si sono spesso riversate su questo settore, premendo alle porte del sistema, anche con insistenza. In questo

¹ Per una lettura generale della disposizione, particolarmente significativa in quanto a ridosso dell'entrata in vigore del codice, prima che fosse martoriata da plurimi interventi riformatori, 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.

² Sono infatti almeno sei le novelle che, con andamento pendolare, 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.

modo, però, si è corso e si corre il rischio di perseguire una politica penale emergenziale, piuttosto che razionale, con una vocazione orientata a fornire, talvolta, risposte solo apparenti; di notevole impatto sociale, ma non sempre necessariamente efficaci.

Questo modo di procedere propone soluzioni non sempre organiche, spesso collegate all'esemplarità più che all'efficienza; così facendo, si rischia di disorientare l'interprete, soprattutto attraverso le continue manipolazioni ed interpolazioni, prive di simmetria e di sistematicità.

La scelta della misura più aderente al caso concreto implica, naturalmente, una certa discrezionalità³; che – sebbene delimitata da numerosi “paletti” – coinvolge un territorio ampio⁴. Si tratta di un fenomeno conosciuto, nell'ambito della giurisdizione penale, studiato e soprattutto collegato a punti noti: la individuazione delle fattispecie normative tipiche di riferimento; la delimitazione delle coordinate entro le quali ci si deve muovere; la necessità di dar conto del procedimento logico e giuridico adottato per approdare a determinate conclusioni; il controllo sulla decisione.

Il giudice, nell'applicazione della misura, ha una significativa libertà di valutazione: essa coinvolge l'*an* ed il *quomodo*; investe, cioè, sia il potere di applicare il provvedimento cautelare sia il modo dello stesso, fermi restando i limiti segnati dalla necessaria richiesta del pubblico ministero e dal contenuto della medesima (non potendosi, disporre l'applicazione di una misura più grave di quella oggetto della domanda). L'organo giurisdizionale può, però, applicare una cautela

³ Il sistema codicistico è caratterizzato, in linea generale, dalla discrezionalità del potere dell'autorità giudiziaria in attuazione della direttiva n. 59 della l. n. 81 del 1987, la dove si parla di potere-dovere del p.m. di richiedere e del giudice di disporre la misura cautelare, in presenza dei presupposti di legge.

⁴ Così DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da SPANGHER, vol. II, tomo II, *Le misure cautelari*, a cura di SCALFATI, UTET, 2008, 78; sul profilo della discrezionalità del giudice della cautela si veda FERRAIOLI, *Misure cautelari*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, 8; MARZADURI, *Misure cautelari personali (principio generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1992, 72 ss.

meno grave di quella domandata, laddove la ritenga più aderente alle concrete necessità da tutelare.

Il rigore con il quale sono stati disegnati i presupposti e le condizioni per l'applicazione delle misure e con cui vengono poi individuati i criteri di scelta dimostra la volontà del legislatore di delimitare il territorio della discrezionalità entro ambiti ben visibili. Costituisce un'ulteriore dimostrazione di questa prospettiva la cura con cui viene regolata la motivazione del provvedimento cautelare ed il procedimento di controllo *de libertate*.

Il giudice è investito, dunque, di un potere-dovere di scegliere la misura cautelare concretamente applicabile in base ai criteri indicati dall'art. 275. Si è detto, in dottrina, che in questo modo si assicura una decisione giudiziale rispettosa della tendenziale “inviolabilità” della libertà personale⁵ e del principio del “minor sacrificio”⁶.

La necessità di stabilire criteri idonei a “guidare” la discrezionalità del giudice nell'adozione delle misure cautelari era prevista da entrambe le leggi di delega per l'emanazione del nuovo codice di rito penale (l. 108/1974, direttiva n. 54; l. 81/1987, direttiva n. 59): vi si insisteva sull'imprescindibile obbligo di contemplare una pluralità di misure e – nella logica di una graduazione in termini di progressività – sulla correlativa esigenza di misure alternative rispetto alle più severe, e in qualche modo estreme, forme di coazione personale *ante sententiam*⁷.

La scelta *de qua* costituisce esercizio di un potere legalmente determinato, restando esclusa ogni ipotesi di obbligatorietà della cattura, cioè di congegno legale che stabilisca l'automatica

⁵ CORSO, *Misure cautelari*, in Pisani, Molari, Perchinunno, Corso, *Manuale*, 275.

⁶ CURTOTTI, voce *Custodia cautelare*, (*presupposti, vicende, estinzione*), in *Dig. d. pen.*, Agg. III, UTET, 2005, 296.

⁷ PISANI, *Cauzione e libertà personale. Spunti de iure condendo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2003, 8, il quale sottolinea come, in quest'ottica, potrebbe ripensarsi all'introduzione della cauzione eventualmente graduandone l'ammontare e i tempi delle relative corresponsioni in relazione alle capacità economiche dell'indagato).

imposizione della misura restrittiva sulla base della sola situazione indiziante. Si è pertanto affermato che, valutata discrezionalmente l'esistenza o non esistenza dei requisiti previsti dalla legge, il giudice deve decidere conseguenzialmente; nessun'altra facoltà di determinazione essendogli attribuita⁸.

Secondo autorevole dottrina, la decisione del giudice, in definitiva, sarebbe espressione di una discrezionalità vincolata a parametri di ragionevolezza predeterminati dal legislatore⁹; della cui osservanza occorre dare conto in motivazione (ai sensi dell'art. 292, comma 2, lett. *c-bis*). Nella stessa ottica, in giurisprudenza, si afferma correntemente che il giudice, una volta verificate la gravità del quadro indiziario e la ricorrenza di esigenze rilevanti ai sensi dell'art. 274, deve applicare una delle cautele previste dalla legge, seguendo i criteri di proporzionalità e adeguatezza delineati nell'art. 275; 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 individuate¹⁰.

Appare utile ricordare che – per giurisprudenza costante – i principi di adeguatezza della misura alle esigenze cautelari e di proporzionalità della stessa all'entità del fatto e della sanzione, previsti dall'art. 275, non sono applicabili alle misure cautelari reali¹¹. Invece, ai fini dell'emissione di misure coercitive nei confronti di persona richiesta in estradizione all'estero, devono ritenersi applicabili, ai sensi dell'art. 714, comma 2, – quindi, nei limiti della compatibilità – le disposizioni di cui agli artt. 274 e 275; di conseguenza, il giudice è tenuto a

⁸ Così ZAPPALÀ, *Diritto processuale Siracusano ed altri*, I, 417.

⁹ TONINI, *Manuale di procedura penale*, VI ed., Milano, 2005, 339.

¹⁰ Cass., VI, 23-3-2004, Savino, *Cass. pen.* 2005, 2305; si vedano anche Cass., III, 12-2-2004, Borrelli, *Giur. it.* 2005, 2172 e la nota di CECANESE, *La discrezionalità del giudice e il principio di proporzionalità-adequatezza nell'applicazione delle misure cautelari, ibidem*, 2173.

¹¹ Da ultimo, Cass., III, 13-11-2002, Angrisani, *CED* 223473.

valutare in concreto la sussistenza del pericolo di fuga, tenendo conto di tutte le circostanze della fattispecie concreta, ivi compresa la personalità dell'estraddando; ed a graduare l'afflittività della singola misura a seconda della natura e del grado delle esigenze cautelari da soddisfare, ben potendo la consegna estradizionale essere assicurata anche mediante cautele diverse dalla custodia in carcere¹².

4.2. Adeguatezza e gradualità nella scelta delle misure.

L'art. 275 c.p.p. fissa, in modo puntuale, i fondamentali principi da seguire nella individuazione della specifica misura da applicare: quelli di adeguatezza, di gradualità e di proporzionalità¹³; essi rappresentano i criteri guida della discrezionalità del giudice.

La preoccupazione essenziale, da cui, nella specie, è stato mosso il legislatore, è stata quella di garantire che, nello stabilire quale misura, tra quelle astrattamente consentite dalla legge in relazione al fatto per cui si procede, meglio si attagli al caso di specie, il giudice si attenga a determinati criteri e non si lasci guidare soltanto dalla sua sensibilità personale. Se, dunque, l'opzione *de qua* ha come primo momento di verifica la ricerca della sussistenza delle condizioni generali (art. 273 c.p.p.) e dei *pericula libertatis* (art. 274 c.p.p.), la relativa valutazione deve successivamente articolarsi attraverso l'individuazione del modo più adeguato e proporzionale di tutelare, in concreto, le esigenze in pericolo.

¹² Cass., VI, 18-2-2003, Bejtja, CED 225444; negli stessi termini, Cass., VI, 12-3-2002, Corbu, Cass. pen. 2003, 177.

¹³ Sul punto cfr. diffusamente, RIVIEZZO, *Custodia cautelare e diritto di difesa*, Milano, 1995; ZAPPALÀ, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, Milano, I, 2004, 403 ss.

Un effettivo rispetto nei confronti della libertà personale impone di limitarla nel modo meno gravoso possibile e con uno sguardo al futuro della persona interessata, per evitare di cagionarle gratuitamente danni ineliminabili. La lesione che inevitabilmente consegue ad una restrizione deve trovare, dunque, una giustificazione nella effettiva necessità della tutela di ben determinati interessi.

L'art. 275, comma 1, c.p.p. fissa, innanzitutto, il principio di adeguatezza; questa disposizione, rappresentando la logica implicazione di un sistema che presenta una pluralità di misure applicabili, stabilisce che «nel disporre le misure, il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto»; e ciò. secondo una scala di valori e di intensità che pone la custodia cautelare in carcere al suo vertice, qualificandola come l'*extrema ratio*, cui ricorrere solo quando ogni altra misura risulti inadeguata (art. 275, comma 3, prima parte). Quest'ultimo criterio, noto come principio di gradualità, pone al giudice più opzioni nell'ambito delle quali orientare la decisione.

L'adeguatezza della risposta cautelare è dunque correlata alla natura ed al grado della esigenza concreta da realizzare. E' necessario che vi sia corrispondenza tra le ragioni cautelari da tutelare nel caso concreto e la misura al riguardo adottata: il giudice, quindi, nell'esercizio del suo potere discrezionale, deve applicare quel provvedimento che appaia più adeguato a soddisfare le esigenze cautelari del caso specifico e che restringa la libertà personale dell'indagato o imputato nella sola misura necessaria e sufficiente a tale scopo, senza imporgli sacrifici inutilmente vessatori. Questa valutazione consente un giudizio di utilità ed una prospettiva di minore afflittività possibile; a tal fine, le misure cautelari sono ordinate secondo una scala crescente,

che parte dalla meno gravosa e man mano sale di intensità, per giungere, infine, alla custodia cautelare, prima domiciliare e poi carceraria.

Tale variegata tipologia di misure costituisce un importante punto di arrivo, ribadito dal nuovo codice di procedura penale che – ispirandosi sul punto alle opzioni di fondo già delineate anche nel progetto del 1974 – ha perseguito il risultato del «potenziamento della pluralità di strumenti cautelari mirante a ridurre la tradizionale propensione ad un eccessivo ricorso alla custodia carceraria»¹⁴. Si tratta di un ordine che corrisponde anche al criterio della minore lesività del trattamento endoprocedimentale. Laddove è possibile soddisfare una data esigenza con una misura meno grave, non è legittima l'applicazione di una restrizione maggiore: va cioè applicata solo la misura utile e, in caso di uguale idoneità cautelare, la meno gravosa per l'imputato¹⁵.

Nella corrispondente opera valutativa si dovrà tener conto della possibilità di controllare l'osservanza delle prescrizioni imposte all'indagato non *in vinculis*¹⁶. Ne segue che, oltre ad esserci una stretta relazione tra il comma 1 e 3, prima parte, dell'art. 275, il principio di adeguatezza viene in rilievo durante tutto l'*iter* cautelare, dalla richiesta del provvedimento, all'eventuale istanza di sua revoca o sostituzione, alle stesse conseguenze da far discendere dalle trasgressioni delle prescrizioni.

¹⁴ Cfr. rel. prog. prel. 71. Secondo TAORMINA, *Diritto processuale penale*, I, Torino, 1995, 398, dal precetto costituzionale deriverebbe l'obbligo di individuazione di differenti modalità di restrizione delle libertà della persona. La predisposizione di un articolato catalogo di misure dovrebbe consentire, almeno in astratto, di attuare i principi di adeguatezza, di proporzionalità e di minor sacrificio di cui all'art. 275 c.p.p. evitando inutili sofferenze e lesioni di diritti costituzionalmente protetti. Così GREVI, *Il sistema delle misure cautelari personali nel nuovo codice di procedura penale*, in AA.VV., *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di Grevi, Padova, 1989, 279. Ritiene TONINI, *Manuale di procedura penale*, VI ed., Milano, 2005, 311, che «le varie misura cautelari non sono creature stravaganti, dovute alla fantasia del legislatore, bensì devono rispondere ad un'idea elementare di civiltà, secondo cui la libertà di una persona non deve essere limitata più di quanto necessario». In giurisprudenza, C SU, 30-5-2007, La Stella, in *Guida dir.*, 2007, 39, 71.

¹⁵ In tal senso, AA.VV., *La procedura penale*, a cura di Riccio, Spangher, Napoli, 2002, 241.

¹⁶ CORSO, Misure cautelari, in Pisani, Molari, Perchinunno, Corso, *Manuale*, 276.

Per quanto specificamente concerne la detenzione carceraria come misura cautelare, essa rappresenta l'atto coercitivo estremo e più grave, a cui si può ricorrere solo quando tutte le altre imposizioni non consentono una risposta adeguata. La precisazione normativa concernente la carcerazione inframuraria ha la funzione di orientare il giudice, conducendolo a verificare, con attenzione e rigore estremi, l'utilità effettiva della massima afflizione possibile. Insomma, sembra che il legislatore non valuti, quanto alla maggior parte dei casi, la misura custodiale carceraria in modo favorevole, così rendendola residuale rispetto alle altre¹⁷.

Questa impostazione, generalizzata nella originaria versione del codice, è oggi solo parziale, non trovando applicazione in determinate situazioni, conseguentemente alla gravità dell'imputazione; nelle quali ipotesi – come si vedrà – prevalgono esigenze di tutela sociale predeterminate¹⁸.

Sul versante della esigenza di non superflua afflittività, devono anche essere sottolineate le modalità di esecuzione della misura *ex art. 277 c.p.p.*, rivolte a salvaguardare i diritti della persona ad essa sottoposta, sempre che il loro esercizio non sia incompatibile con le esigenze cautelari del caso concreto¹⁹. In particolare, quando non vi sono peculiari e reali ragioni connesse inscindibilmente con la cautela da applicare, non possono mai sacrificarsi, nell'esecuzione della restrizione, taluni fondamentali diritti della persona. Il criterio dell'adeguatezza richiede una scelta connessa al reale spessore delle esigenze e, soprattutto, alla loro concreta possibilità di tutela. La peculiarità del sistema cautelare – si è sottolineato in dottrina – risiede proprio nella pluralità di risposte utili a salvaguardare la vicenda

¹⁷ Su questo aspetto cfr. l'ampia rassegna giurisprudenziale in ROMBI, *sub art. 275*, in *Comm. Giarda Spangher, Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2007, 2121.

¹⁸ Così DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 80.

¹⁹ Su questa disposizione cfr., per tutti, CHIAVARIO, *sub art. 277*, in *Comm. Chiavario*, cit., 84 ss.

processuale dai rischi su di essa incombenti; tali soluzioni devono quindi essere funzionali alla diversa composizione del rischio ed alle variegate prospettive assunte nel contesto reale²⁰. In quest'ottica, è stata sottolineata l'obbligatorietà dell'esplicitare in modo puntuale, nella motivazione, le ragioni sulle quali si è fondata la scelta concreta.

Peraltro, in giurisprudenza, è affermazione corrente quella secondo cui, in tema di adeguatezza della misura cautelare adottata, non è necessaria un'analitica dimostrazione delle ragioni che rendono inadeguata ogni altra misura più lieve; bensì è necessario e sufficiente che il giudice indichi gli elementi specifici i quali, nel singolo caso, fanno ragionevolmente considerare quella applicata all'imputato come la misura più idonea a soddisfare le ravvisate esigenze cautelari²¹. Tale interpretazione appare, tuttavia, criticabile: in questa materia, infatti, l'illustrazione delle ragioni che non consentono di effettuare una scelta cautelare meno afflittiva si pone come una sorta di “prova di resistenza”; capace, in particolare, di far comprendere realmente se una valutazione complessiva e comparativa sia stata realmente operata oppure se ci si sia limitati a controllare le potenzialità di una sola misura²².

Il principio di adeguatezza è stato ulteriormente specificato dal comma 1° *bis*, inserito nell'art. 275 dalla l. n. 128 del 2001²³: in questo capoverso è stata regolata la particolare ipotesi della contestualità tra sentenza di condanna e decisione sulla misura

²⁰ Così DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 81.

²¹ Tra le altre: Cass. pen., 19-10-2005, Pannone, CED 233884; Cass., I, 26-9-2003, Villani, CED 227304; Cass., V, 18-10-2004, Scettro, *Guida dir.* 2004, n. 49, 92; in dottrina NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2004, 719, che ritiene questa interpretazione compatibile con l'art. 292, comma 2, lett. *c-bis*.

²² In tal senso DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 81.

²³ Per una disamina di questa novella cfr. per tutti, AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*, Milano, 2001; RIVIEZZO, *Pacchetto sicurezza. Commento alla legge 26.3.2001 n. 128*, Milano, 2001.

restrittiva²⁴. In tal caso, «l'esame delle esigenze cautelari è condotto tenendo conto dell'esito del procedimento, delle modalità del fatto e degli elementi sopravvenuti, dai quali possa emergere che, a seguito della sentenza, risulta taluna delle esigenze indicate nell'art. 274, comma 1, lettere *b*) e *c*)».

In dottrina, si è affermato che il comma in oggetto non ha portata innovativa, in quanto è espressivo di criteri già ricavabili dal sistema nonché, in particolare, dall'art. 299²⁵. Più specificamente, si è rilevato che, anche in precedenza, il giudice, ritenuto di applicare una misura cautelare, avrebbe dovuto prendere in considerazione i dati attualmente indicati dal citato capoverso. In questa prospettiva, a taluno è apparsa criticabile l'esclusa rilevanza dell'esigenza di cui alla lett. *a*) dell'art. 274, in quanto si sarebbe così sottovalutata la possibilità di una rinnovazione dell'istruttoria, in grado appello, *ex art.* 603, oppure in sede di giudizio di rinvio a seguito di annullamento da parte della Cassazione²⁶.

La disposizione *de qua*, a ben vedere, suggerisce una lettura più completa ed analitica delle esigenze cautelari all'esito di una sentenza dichiarativa della responsabilità, evidenziando come, contestualmente alla decisione di condanna, il materiale raccolto e le valutazioni già effettuate consentano una più stringente comprensione circa l'esigenza di imporre una restrizione personale. Ciò deriva, appunto, dal naturale arricchimento del bagaglio di elementi disponibili. Dunque, emerge evidente la preoccupazione legislativa di obbligare il giudice a tener

²⁴ Sullo specifico istituto si veda, SPANGHER, *Misure cautelari contestuali alla sentenza di condanna in primo ed in secondo grado*, in *Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*, a cura di Gaeta, Padova, 2001, 289 ss.; in questo senso cfr. GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, Padova, 2003, 374; diversamente NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 722, per il quale la disposizione in esame sarebbe espressione del principio di effettività.

²⁵ GARUTI, voce *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, 2002, 753; TONINI, *Manuale di procedura penale*, VI ed., Milano, 2005.

²⁶ ASTARITA, *I poteri del giudice d'appello in ordine ai provvedimenti de libertate*, in *Giur. it.* 2003, 2126.

conto anche dei risultati del relativo accertamento, nonché di ogni altro elemento sopravvenuto. Si vuole, cioè, richiamare il giudice ad una valutazione “*in progress*” delle esigenze cautelari in rapporto alla adeguatezza della misura adottata; ad una delibazione, cioè, aggiornata alle emergenze probatorie sopravvenute e non cristallizzata al momento dell’applicazione²⁷.

In quest’ottica si è ritenuto, in dottrina, che il riferimento della disposizione al pericolo di fuga sia quanto mai appropriato, posto che il corrispondente apprezzamento, dopo la condanna, è un dato da recepire con estremo favore essendo questo il momento nel quale normalmente esso si manifesta²⁸. Da un altro lato, la già evidenziata superfluità del comma aggiunto deve allertare l’interprete, suggerendogli di opporsi a possibili letture che puntino a conferire significati in chiave di esemplarità all’intervento cautelare. Al riguardo, – si è aggiunto in dottrina – non può condividersi una lettura “spinta” del comma 1-*bis*, come se esso contenesse una sorta di monito, rivolto al giudice, per una più stringente applicazione delle misure cautelari all’esito del giudizio di condanna. Un generale richiamo ad una maggiore attenzione cautelare (dopo la condanna) anche per le esigenze di tutela sociale di cui alla lett. *c*) dell’art. 274 potrebbe contrastare con la presunzione di non colpevolezza, laddove tale richiamo assuma il significato di far ritenere il pericolo di reiterazione maggiore dopo una verifica di responsabilità²⁹.

Sul piano interpretativo, però, sembra dover prevalere una giudiziosa considerazione della norma, da intendere in un senso poco incline ad amplificare tratti di esemplarità che pur potrebbero trasparire dal

²⁷ CESARIS, Sub art. 275, in *Commentario Conso-Grevi*, 855.

²⁸ In tal senso, RICCIO-SPANGHER, *La procedura penale*, cit., 237. In giurisprudenza, sul punto, Cass. pen., 23-11-2004, Lattanzio, in *Guida dir.*, 2005, 7, 73.

²⁹ Così, DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 82.

tessuto legislativo³⁰. Anche in giurisprudenza, del resto, si è andato confermando l'orientamento espresso nelle prime pronunce sul tema, poiché è stato affermato che la disposizione *de qua* implica che il giudice, in caso di richiesta cautelare al momento della condanna, deve effettuare una valutazione tempestiva ed orientata dai particolari criteri descritti nella disposizione; ma che la medesima norma non vale a precludere la possibilità di un provvedimento adottato, sulla base dei medesimi presupposti, in epoca successiva alla sentenza³¹.

In particolare, – si è altresì detto – la regola in oggetto si limita a prescrivere che l'esame delle esigenze cautelari sia condotto, in tal caso, dal giudice del dibattimento, tenendo conto anche – e non solo – dell'esito del processo, delle modalità del fatto e di quegli elementi sopravvenuti dai quali possa emergere che, a seguito della sentenza, risulti taluna delle esigenze cautelari indicate nell'art. 274, comma 1, lett. *b)* e *c)*. Sarebbero stati dettati, così, ulteriori, ma non esclusivi, criteri diretti a guidare il giudice nell'operazione di verifica circa l'effettiva sussistenza delle esigenze cautelari³².

Si è, infine, precisato che la clausola la quale consente l'adozione di misure cautelari personali contestualmente ad una condanna deve intendersi riferita ai soli casi di prima applicazione del trattamento cautelare; di talché il ripristino della custodia dopo una precedente scarcerazione per decorrenza dei termini in ordine allo stesso fatto è consentita nei soli casi indicati dal comma 2 dell'art. 307; cioè, a fronte della dolosa trasgressione delle misure imposte all'atto della scarcerazione o quando ricorre o si è concretato il rischio di fuga dell'interessato³³.

³⁰ Cfr., per tutte, Cass. pen., 19-1-2005, Strisciuglio, *CED* 231377.

³¹ Cass., VI, 19-1-2005, Strisciuglio, *CED* 231377.

³² Cass., I, 7-4-2004, Branciforte, *Cass. pen.* 2005, 1339.

³³ Cass., II, 8-7-2002, Caporosso, *CED* 227415.

Va chiarito che la sentenza di condanna, sul piano cautelare, non può rilevare per il solo fatto dell'affermazione della responsabilità in sé considerata, ma unicamente in quanto capace di far apprezzare in modo più accorto il fatto e la personalità dell'imputato nell'ottica del pericolo, concreto ed attuale, di fuga o di reiterazione.

In dottrina, da taluno³⁴, è stato obiettato che una diversa interpretazione sembra, invece, avallata dal comma *2-ter*, inserito nell'art. 275 dalla l. n. 128 del 2001, ove è previsto che, nel caso di condanna in appello, le misure cautelari personali sono sempre disposte se risultano sussistere, dopo la valutazione condotta ai sensi del comma *1-bis*, le esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p. e la condanna riguarda uno dei delitti – commesso da soggetto condannato per un reato della stessa indole nei cinque anni precedenti – per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza *ex art. 380*, comma 1, c.p.p.

Il tenore della disposizione pare comprimere la discrezionalità del giudice nella valutazione cautelare, favorendo l'applicazione della misura in determinate situazioni³⁵. La locuzione «sono sempre disposte», non sembra lasciare, infatti, spazio al libero convincimento circa l'opportunità di applicare, in presenza delle esigenze di cui all'art. 274 c.p.p., la misura; pur se resta inalterato il potere di scelta circa il tipo di restrizione. La successiva precisazione delle situazioni nelle quali opera la regola delimita, poi, l'ambito, rivelando una presunzione di pericolosità in capo a soggetti determinati condannati in appello per fattispecie delittuose particolari.

Il suddetto comma *2-ter* si inserisce nel solco delle presunzioni che caratterizzano, in modo sempre più marcato, il sistema cautelare. La logica che le sorregge è quella dell'emergenza criminale, la quale

³⁴ DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 83.

³⁵ Questa pare l'opzione interpretativa di Cass. pen., 12-6-2002, Del Vecchio ed altri, CED 222130.

suggerisce, purtroppo, di ridurre gli spazi di discrezionalità del giudice, a favore di meccanismi automatici fondati sull'esemplarità della risposta. Infatti, taluno ha inteso la disposizione come una sorta di risposta "processuale", sul terreno cautelare, alle ricorrenti istanze politiche verso una anticipata esecuzione delle sentenze di condanna, peraltro non consentita nel nostro ordinamento costituzionale (art. 27, comma 2, Cost.): a fronte delle ipotesi descritte, il giudice d'appello dovrebbe, anche d'ufficio, adottare i provvedimenti ivi previsti³⁶.

Questa interpretazione, però, stride con la logica cautelare su cui si fonda il sistema e si rivela eccentrica rispetto alle regole di adeguatezza e proporzionalità. A tal proposito si è sottolineato che la precisazione di rigidi parametri normativi cautelari dovrebbe rappresentare solo il perimetro all'interno del quale far operare la discrezionalità, dovendosi escludere qualsiasi obbligo, in capo al giudice, di applicazione delle misure³⁷.

Infine, va menzionato quell'orientamento dottrinale che, di recente, con riferimento all'avverbio «sempre», ha ritenuto preferibile intendere la disposizione, invece che come limitazione del potere del giudice d'appello, nel senso del dovere di quest'ultimo, nella fattispecie, di occuparsi sempre della *quaestio de libertate*, indipendentemente dalla richiesta del pubblico ministero, essendo invece tenuto a provvedere solo su impulso del rappresentante dell'accusa nelle altre ipotesi³⁸.

Analogamente, in giurisprudenza, si è ritenuto che il giudice d'appello il quale condanni, se si versi fuori dai casi di applicazione

³⁶ GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, cit., 374-375.

³⁷ DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 83.

³⁸ GARUTI, voce *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, cit., 752; in senso parzialmente diverso NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 723, secondo il quale la materia cautelare e, in particolare, lo *status libertatis* diventano temi obbligati della pronuncia d'appello in caso di condanna, pur dovendo il p.m. formulare le proprie conclusioni; similmente TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 340, nt 17.

obbligatoria previsti dall'art. 275, comma 2-ter, debba valutare discrezionalmente la necessità o non di disporre la misura cautelare, in base ai criteri definiti dall'art. 275 comma 1-bis³⁹.

Infine, il comma 2-ter va correlato con l'art. 624-bis, dove si prevede che, quando il giudizio di cassazione si conclude con un annullamento della sentenza di appello, la Corte debba disporre la cessazione delle misure cautelari. Nonostante l'infelice formulazione della disposizione, l'interpretazione più corretta appare quella di secondo cui il disposto dell'art. 624-bis si applica esclusivamente alle misure cautelari adottate «nei casi di condanna in appello», ai sensi dell'art. 275 comma 2-ter⁴⁰; si deve infatti tener conto altresì della *ratio* giustificativa dell'immutata regola di cui all'art. 303, comma 2, circa la decorrenza e il calcolo dei termini di custodia cautelare in caso di regresso del procedimento conseguente alla pronuncia di annullamento con rinvio da parte della Cassazione; regola la quale esclude l'automatico venir meno della misura⁴¹.

³⁹ Cass., IV, 12-6-2002, Del vecchio, *Giur. it.* 2003, 2125, con nota di ASTARITA, *I poteri del giudice d'appello in ordine ai provvedimenti de libertate*. L'A. tra l'altro, ha criticato l'automatismo insito nella disposizione in esame, qualora la si legga come implicante la non necessità sia della richiesta del p.m. ai fini dell'applicazione della misura in esito al giudizio d'appello, sia del contraddittorio con la difesa.

⁴⁰ GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, cit., 415.

⁴¹ CANZIO, *Il ricorso per cassazione*, in AA.VV., *Le impugnazioni*, coordinato da Aimonetto, UTET, 2005, 503. In tal senso anche Cass., III, 1-2-2002, Poggi, *Cass. pen.* 2004, 573.

4.3. Il principio di proporzionalità.

L'ulteriore principio fondamentale *in subiecta materia* – espressamente enunciato dal comma 2 dell'art. 275 – è quello della proporzionalità della misura; esso ha le sue radici in un risalente, e largamente condiviso, auspicio della dottrina⁴². Né si può dimenticare che tale regola ha agganci precisi, di ordine comparatistico e all'interno delle regole “raccomandate”, nell'ambito del Consiglio d'Europa, per una corretta definizione dei limiti della carcerazione in corso di processo, a sviluppo e ad integrazione di quanto stabilito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il principio esprime l'esigenza che, in ogni stato e grado del procedimento, vi sia un rapporto di proporzione tra la misura applicata o da applicare, da un lato, e l'entità del fatto contestato e la sanzione che si ritiene possa essere irrogata o che è stata irrogata, dall'altro. Il giudice, quindi, nel determinare la misura maggiormente idonea alla singola fattispecie, dovrà tener conto non solo dell'attitudine del provvedimento stesso a soddisfare le esigenze cautelari (in base al principio di adeguatezza), ma anche della sua congruità, sotto il profilo della *deminutio libertatis* che ne deriverebbe all'imputato, sia rispetto all'entità del fatto che al *quantum* di pena.

Il principio di proporzionalità, pur svolgendo un ruolo fondamentale sin dal momento dell'applicazione della misura cautelare “in prima battuta”, pare destinato ad assumere un ruolo più tangibile ai fini delle risoluzioni che il giudice si trovi a dover adottare, successivamente, sul mantenimento o sulla revoca delle misure⁴³. In dottrina, si è altresì

⁴² Si veda, per abbondanti e significative citazioni, ad es., GREVI, *Commento all'art. 9 l. 28/7/1984 n. 398*, in *LP* 1985, 156 ss.

⁴³ CHIAVARIO, *Diritto processuale penale, profilo istituzionale*, Torino, 2005, 481; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 713; ZAPPALÀ, *Diritto processuale Siracusano ed altri*, I, 420.

affermato che la disposizione in esame va letta in stretto collegamento con gli artt. 273 comma 2 e 299 comma 2, evidenziando come il principio di proporzionalità operi in due distinte forme: *in primis*, come limite al potere cautelare del giudice; in secondo luogo, come criterio di valutazione nella scelta della misura da applicare nel caso concreto (artt. 275 e 299 comma 2)⁴⁴.

Il principio in esame, inoltre, svolge un ruolo importante anche in tema di termini di durata della custodia cautelare. Di recente, infatti, si è affermato che il termine finale di fase deve essere considerato come limite estremo, superato il quale il permanere dello stato coercitivo non risulta più conforme al principio di proporzionalità espresso dall'art. 275 comma 2⁴⁵.

La stessa Corte costituzionale ha ribadito che, oltre al principio di adeguatezza, le limitazioni alla libertà connesse alle vicende processuali devono rispettare il principio di proporzionalità – tra l'altro, già desumibile dall'art. 13 Cost. – tra la pena prevista per il reato e la durata della custodia lungo l'intero arco del procedimento⁴⁶.

Pare, quindi, potersi affermare che la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 275 contiene un'affermazione di principio, della quale il legislatore ha poi espresso in singole norme una serie di specificazioni⁴⁷.

In dottrina si è notato che, mentre la valutazione concernente la proporzione tra misura cautelare ed entità del fatto si basa di regola su dati concreti a disposizione del giudice, quella tra misura cautelare e sanzione può talvolta fondarsi su dati solo presunti. Nel caso, infatti, si tratti della sanzione da irrogare, il giudice dovrà effettuare un giudizio prognostico in ordine non solo al *quantum* di pena applicabile, ma

⁴⁴ NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 720-721.

⁴⁵ Cass., VI, 16-12-2004, p.m. in c. Frontera, CED 230867.

⁴⁶ C. cost., 22-7-2005, n. 299, *Cass. pen.* 2005, 3246, con nota di ROMEO, *Meglio tardi che mai?*

⁴⁷ CESARIS, *Sub art. 275*, in *Commentario Conso-Grevi*, 852.

anche – come si dirà – alla concedibilità o non della sospensione condizionale⁴⁸. Qualora, invece, vi sia già stata una condanna, la verifica circa la proporzionalità della misura cautelare va effettuata con esclusivo riferimento alla sanzione irrogata. Ne consegue che non potrebbe essere presa in considerazione l'eventuale pena che potrebbe essere inflitta a seguito del riconoscimento della continuazione con altro reato oggetto di separato procedimento⁴⁹.

Inoltre, secondo recente giurisprudenza, con specifico riguardo all'applicazione di misure non detentive – quali l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria e l'obbligo di dimora –, la valutazione del giudice deve riguardare la proporzionalità all'entità del fatto e non anche alla durata della sanzione in concreto irrogabile, trattandosi di cautele meno afflittive, per le quali non opera la preclusione derivante dall'ingiustizia della detenzione oltre la durata della pena detentiva inflitta⁵⁰.

Alla logica riconducibile al principio di proporzionalità si riferisce il comma 2-*bis* dell'art. 275 che vieta al giudice di disporre la custodia cautelare in carcere quando il medesimo ritenga che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena⁵¹.

Taluno ha ritenuto che questa disposizione contribuisca a conferire al principio di proporzionalità anche il significato per cui non si deve far pagare all'imputato un prezzo che egli non sarà probabilmente chiamato a sostenere neanche dopo la condanna⁵². Altra parte della dottrina, invece, riconduce la norma *de qua* nell'ambito del canone di

⁴⁸ GARUTI, voce *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, cit., 750.

⁴⁹ Cass., VI, 20-1-2006, Kermadi, CED 233848.

⁵⁰ Cass., III, 11-7-2003, Nako, Cass. pen. 2004, 3706.

⁵¹ Su questo specifico profilo cfr., per tutti, ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di GREVI, Milano, 1996.

⁵² ZAPPALÀ, *Diritto processuale Siracusano ed altri*, I, 419; critico su questa visione «sostanzialistica» della custodia cautelare quasi si trattasse di una sorta di «anticipazione» della pena, peraltro *contra legem*, GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, cit., 373-374.

eccezionalità della custodia cautelare in carcere: la ritenuta concedibilità della sospensione condizionale della pena determinerebbe allora un'esclusione assoluta della possibilità di fare ricorso alla detenzione. In questa prospettiva, il giudice potrebbe valutare la sussistenza delle esigenze cautelari solo al fine di applicare una misura "minore" rispetto alla custodia cautelare⁵³.

Infatti, stante la disposizione *de qua*, in giurisprudenza ed in dottrina si afferma comunemente che il divieto vale solo per la custodia cautelare, ben potendo il giudice, pur pronosticando la concedibilità della sospensione condizionale, applicare le altre misure cautelari. A tal proposito, la questione più dibattuta attiene alla possibilità di ritenere operante il divieto di cui all'art. 275 comma 2-*bis* anche nei confronti degli arresti domiciliari, da più disposizioni "equiparati" alla custodia carceraria. Su questo punto, l'orientamento maggioritario è nel senso che, in tema di scelte della misura cautelare, il divieto suddetto si estenda anche agli arresti domiciliari, stante la regola dell'art. 284 comma 5, secondo cui l'imputato agli arresti domiciliari si considera in stato di custodia cautelare⁵⁴. Peraltro, questa interpretazione, che corrisponde al dato letterale, è apparsa a taluno non convincente dal punto di vista dei principi, perché, in ogni caso, applicando una misura restrittiva ad una persona che godrà in futuro della sospensione condizionale della pena si finisce per imporre una limitazione in una prospettiva assolutamente sovrapponibile a quella, certamente più significativa, dell'applicazione di un provvedimento custodiale⁵⁵. In altri termini, si andrebbe comunque a comprimere la

⁵³ CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 489.

⁵⁴ Cass., IV, 20-1-2004, p.m. Imperia in c. Saimbene, *Guida dir.* 2004, n. 29, 82; in dottrina, SPANGHER, *La sospensione condizionale esclude anche gli arresti domiciliari?* In *Dir. pen. e processo*, 1997, 238 ss.; ritiene espressamente applicabile il divieto anche agli arresti domiciliari TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 341.

⁵⁵ DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 84.

libertà personale per finalità cautelari nei confronti di chi, all'esito del processo, non scontrerebbe nella sostanza alcuna sanzione.

Per quanto concerne la verifica circa la possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena, tale operazione deve essere effettuata, in particolare, facendo riferimento ai limiti fissati dagli artt. 163 e 164 c.p. ed alla pericolosità dell'indagato, desumibile dagli indici di cui all'art. 133 c.p., inerenti al delitto contestato, alla modalità di relativa esecuzione ed alla personalità dell'indagato medesimo; in particolare, occorre possa argomentarsi che l'autore del fatto si asterrà o meno dal commettere ulteriori reati⁵⁶.

Del resto, anche in dottrina, si è affermato che, in quanto la disposizione in esame (diversamente dall'art. 274 lett. b)) fa riferimento all'istituto di cui agli artt. 163 ss. c.p. e non all'entità della pena che consentirebbe l'applicazione del beneficio *de quo*, la prognosi giudiziale deve specificamente verteere sulla previsione che l'indagato si asterrà dal commettere ulteriori reati⁵⁷. Non potrà, invece, essere utilizzata – tranne che non sia certa – la scelta, spesso legata ad una prospettiva futura, di un rito deflattivo premiale⁵⁸ per calcolare anche lo scomputo di pena previsto dalla legge processuale penale. Una volta che il giudice abbia determinato in via anticipata la misura della sanzione entro i limiti di concedibilità del beneficio, dovrà pertanto verificarsi l'esistenza attuale dei requisiti stabiliti dall'art. 164 c.p., come se la decisione da prendere fosse quella definitiva. In questo modo, – si è osservato – l'istituto accentua a tal punto la sovrapposizione del giudizio provvisorio a quello definitivo

⁵⁶ Così Cass., IV, 24-5-2007, S.F., *GD* 2007, 64.

⁵⁷ CORSO, Misure cautelari, in Pisani, Molari, Perchinunno, Corso, *Manuale*, 276, che sottolinea, altresì, come tale previsione sia esclusa in radice sia dalla riconosciuta sussistenza dell'esigenza cautelare di cui alla lett. c) dell'art. 274, sia dall'esistenza di condizioni ostative alla prognosi sulla concedibilità della sospensione condizionale della pena.

⁵⁸ Cass., IV, 24-5-2007, Ehuiaika, *CED* 238298; Cass., IV, 19-11-1996, Marino, *CED* 206433.

sulla responsabilità dell'imputato da costituire il più avanzato presidio nell'attuazione in concreto del principio di proporzionalità⁵⁹.

Inoltre, si è rilevato come la disposizione in esame, aumentando i poteri valutativi del giudice, sia rilevante non solo al momento dell'imposizione della misura, ma – anche, e soprattutto – successivamente, quando si deve decidere sul mantenimento della cautela ai sensi dell'art. 299; e, quindi, quando sono diventati più cospicui i materiali probatori⁶⁰. Infine, nei casi in cui, ai sensi dell'art. 275 comma 2-*bis*, non sia applicabile la custodia cautelare in carcere, non può essere nemmeno disposta, *ex art. 274*, comma 1, lett. *b*), nessun'altra misura coercitiva: il divieto, stabilito dall'art. 275 comma 2-*bis*, di ordinare la custodia in carcere, se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena, potendo essere irrogata una pena non superiore ai due anni di reclusione, va coordinato con l'art. 274, comma 1, lett. *b*), che, nell'ipotesi di fuga o di pericolo di fuga, espressamente vieta tutte le misure cautelari, se il giudice reputi che possa essere inflitta una pena non superiore ai due anni di reclusione⁶¹.

Come particolare specificazione del principio di adeguatezza, la prima parte dell'art. 275 comma 3 rende normativo il carattere di *extrema ratio* assegnato alla custodia cautelare in carcere. Al riconoscimento della stessa come la più gravosa tra le misure cautelari si accompagna la regola che impone di far ricorso a questa specifica misura soltanto quando, in concreto, le esigenze cautelari del singolo caso non possano essere soddisfatte da nessuna diversa, meno vessatoria, forma di limitazione della libertà personale⁶².

⁵⁹ NEGRI, *Fumus commissi delicti, La prova per la fattispecie cautelare*, Milano, 2004, 131.

⁶⁰ ZAPPALÀ, *Diritto processuale Siracusano ed altri*, I, 420, il quale si richiama, sempre per l'aumentato potere valutativo del giudice, all'art. 278.

⁶¹ Cass., IV, 8-2-1995, Cacciapuoti, CED 204456.

⁶² GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, cit., 375.

In giurisprudenza è consolidato l'orientamento secondo cui, dalla disposizione *de qua*, non può desumersi una sorta di onere, incombente sul giudice del merito, di offrire l'analitica dimostrazione della inadeguatezza di ogni misura diversa dal carcere. Deve, invece, ritenersi assolto l'onere motivazionale, allorché venga dimostrato dal giudice medesimo – con argomenti fondati sulle risultanze obiettive afferenti alla natura dei reati, alle modalità di commissione dei medesimi nonché alla personalità dell'imputato – che l'unica misura adeguata ad impedire la prosecuzione dell'attività criminosa è la permanenza in carcere dell'indagato (o imputato)⁶³, rimanendo così superata ed assorbita la dimostrazione della inadeguatezza delle altre subordinate misure cautelari meno afflittive⁶⁴. In particolare, l'inadeguatezza degli arresti domiciliari, per quanto specificamente riguarda le esigenze di prevenzione di cui all'art. 274 lett. c), può essere ritenuta soltanto quando elementi specifici, inerenti al fatto, alle motivazioni di esso ed alla personalità del soggetto indichino quest'ultimo come propenso all'inosservanza dell'obbligo di non allontanarsi dal domicilio a fini criminosi, perseguiti ad ogni costo, in violazione delle cautele impostegli⁶⁵.

A seguito delle modifiche introdotte dalla l. 8 agosto 1995 n. 332 in materia di misure cautelari personali, nel provvedimento che dispone la misura è necessario indicare gli elementi di fatto dai quali le esigenze cautelari sono desunte, nonché le concrete e specifiche ragioni per le quali tali esigenze non possano essere soddisfatte con altre misure. Pertanto, la scelta del giudice dovrà essere sorretta da un'adeguata motivazione, suscettibile, se affetta da vizi logico-giuridici, di censura in cassazione. Peraltro, si è precisato che, nel

⁶³ Tra le altre: Cass., III, 5-5-2007, G., *GD* 2007, 28,73; Cass., II, 12-7-2007, G., *GD* 2007, 42, 92.

⁶⁴ Cass., III, 19.2.1999, p.m. in c. Atiogbe H., *CED* 213003.

⁶⁵ Cass., IV, 5-11-2002, Staiti, *CED* 225235.

valutare l'adeguatezza della misura in concreto applicata, occorre effettuare una prognosi di spontaneo adempimento, da parte dell'indagato, agli obblighi e alle prescrizioni che a detta misura cautelare sono eventualmente collegati⁶⁶.

A proposito dell'art. 275 comma 3, prima parte, occorre inoltre notare che, in riferimento al rapporto di gerarchia sussistente all'interno delle due forme di custodia cautelare – quella carceraria e quella in luogo di cura – è soltanto la prima delle due ad essere menzionata. Ciò, tuttavia, non autorizza a pensare che la custodia in luogo di cura per ragioni psichiatriche possa prescindere da una valutazione di “adeguatezza” in rapporto alle esigenze cautelari: il suo carattere di forma “speciale” di custodia cautelare impone, al contrario, che in via di principio valga anche nei suoi confronti la regola di un necessario, previo accertamento circa l'impossibilità di soddisfare quelle esigenze con una misura di minore intensità afflittiva. D'altro canto, è anche vero che, ove vi sia in concreto qualcuno tra i *pericula libertatis* indicati nell'art. 274, e la persona gravata da gravi indizi di colpevolezza sia davvero nello stato di infermità psichica considerato dall'art. 286, ben difficilmente si potrà fare a meno del supporto di strutture come quelle menzionate in tale articolo.

⁶⁶ Cass., II, 14-1-1999, Favalli, CED 212294.

4.4. Deroghe al principio di adeguatezza e interventi della Corte costituzionale.

I criteri stabiliti dall'art. 275 e sin qui considerati soggiacciono ad una molteplicità di eccezioni⁶⁷, via via previste inserendo tali deroghe nel corpo dello stesso articolo, tanto da mutarne la fisionomia; questa, inizialmente, era ancorata in modo rigido alla pura ed incontaminata logica cautelare, ma poi è fuoriuscita dall'iniziale alveo e migrata verso prospettive emergenziali diverse.

La seconda parte dell'art. 275 comma 3 è, infatti, il prodotto di una serie di interpolazioni, di cui è risultato l'attuale stesura, "figlia legittima" della l. 332 del 1995. Nella sua ultima versione, tale testo individua la custodia in carcere come la misura cautelare da adottare obbligatoriamente quando ricorrono gravi indizi di colpevolezza relativi al delitto di associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) o ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 - *bis* c.p. o, ancora, a quelli compiuti al fine di agevolare l'attività dell'associazione illecita prevista dallo stesso articolo, «salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari».

Il profilo delle esigenze cautelari, in queste ipotesi, rileva dunque in modo anomalo: la misura *de qua* non può essere adottata solo nel caso di avvenuta acquisizione agli atti di elementi⁶⁸, concreti e non congetturali, dai quali emerga l'insussistenza delle esigenze stesse; viene, cioè, capovolta la regola di impiego dei criteri di scelta della cautela da adottare.

⁶⁷ APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, 2003, 162 e ss., individua, in particolare, eccezioni di diversa natura, motivate sempre, però, da una presunzione di maggiore o minor pericolosità.

⁶⁸ Cass., VI, 29-5-2003, Durante, CED 226041.

Dunque, in deroga ai principi e a i criteri di ordine generale che presiedono alla decisione del giudice sull'*an* e sul *quomodo* dell'intervento cautelare si introduce – per le fattispecie tassativamente elencate – una presunzione relativa di sussistenza del *periculum libertatis*, in presenza di gravi indizi di colpevolezza; presunzione che può essere superata solo nell'ipotesi in cui vengano acquisiti elementi capaci di dimostrare l'assenza di esigenze effettive; nonché – in ragione della gravità delle ipotesi criminose considerate – una presunzione assoluta, e quindi non superabile, di adeguatezza e proporzionalità della custodia cautelare in carcere.

In altri termini, se si dovessero verificare le condizioni richieste dalla disposizione, il giudice si vedrà obbligato ad applicare la misura della custodia in carcere, senza potere-dovere di accertare le esigenze cautelari, essendo quest'ultime presunte *ex lege*. La presunzione è, dunque, correlata al tipo di reato; pertanto, – come affermato in giurisprudenza – chi viene raggiunto da gravi indizi di colpevolezza in ordine ad un reato di matrice mafiosa è per definizione pericoloso e quindi professionalmente proteso alla commissione di conseguenti fatti criminosi; di conseguenza, l'unica misura adeguata a fronteggiare tali esigenze cautelari è considerata la custodia in carcere⁶⁹.

Si tratta di una vistosa deroga al principio di adeguatezza⁷⁰, di un'evidente inversione delle coordinate del principio stesso, determinata da una presunzione di sussistenza di esigenze cautelari che – secondo taluno – farebbe rivivere meccanismi automatici di dubbia legittimità, laddove la regola finisce per essere costituita dall'adozione della misura e l'eccezione, invece, dal rispettivo

⁶⁹ Cass., VI, 5-4-2000, p.m. in c. Basile, CED 215859.

⁷⁰ Secondo GARUTI, voce *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, cit., 751, in queste ipotesi il principio di adeguatezza è stato «assolutamente trascurato»; ritengono, invece, che venga in rilievo solo il criterio dell'«utilità della misura»: DALIA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2001, 330.

diniego⁷¹. Ancora in chiave critica, si è aggiunto, poi, che si utilizza, evidentemente, un canone decisorio inverso a quello caratteristico della logica cautelare; e lo si fa in riferimento a fattispecie la cui gravità non potrebbe mai essere stabilita *a priori*⁷². Su questa strada – si è sottolineato – la presunzione *de qua* ha tratti molto decisi, derivando da una precisa volontà legislativa di diversificare i regimi giuridici in relazione alla diversa gravità degli addebiti⁷³. Ciò costituisce una chiara espressione della politica del c.d. “doppio binario”; però, tale soluzione, a differenza di altre manifestazioni, finisce per proporre un meccanismo procedurale che appare stridente rispetto ai principi fondamentali della materia⁷⁴.

La Corte costituzionale, investita più volte, in passato, della questione di legittimità relativa all’art. 275 comma 3, in particolare, ai meccanismi di scelta obbligata della misura, ha, però, dichiarato non fondate le questioni sollevate⁷⁵; ritenendo, peraltro, inconferente il richiamo al principio della presunzione di non colpevolezza, giudicato estraneo al sistema cautelare personale.

Questa interpretazione, però, apparirà assolutamente criticabile, laddove si convenga sul fatto che tale presunzione deve fondare la logica cautelare ed opporsi fieramente ad ogni regola di valutazione utilizzata per coinvolgere, senza valutazioni concrete ed effettive, la libertà personale dell’imputato⁷⁶.

In ogni caso, l’introduzione di una presunzione *iuris tantum* non consente di assimilare l’istituto in oggetto a quello della cattura

⁷¹ In tal senso, DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 86.

⁷² In tal senso, DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 86.

⁷³ Cfr. sul punto MARZADURI, *Commento all’art. 5 della legge 8.8.1995 n. 332*, in *Legislazione pen.*, 1995, 624 ss.; ZAPPALÀ, *Commento agli artt. 4 e 5 l. 332 del 1995*, cit., 88.

⁷⁴ DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., 86.

⁷⁵ Cfr. C. cost., 25-5-1992, n. 225, in *Cass. Pen.*, 1993, 491 in relazione al regime precedente alla legge 332/1995 e, per quello successivo, C. cost., 24-10-1995, n. 450, *ivi*, 1996, 449, con nota critica di NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell’art. 275 3° comma c.p.p.*, in *ivi*, 1996, 2835.

⁷⁶ Così, DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., cit., 86.

obbligatoria, previsto nel codice Rocco. La necessità di elementi tali da sorreggere una convinzione di assoluta mancanza di quelle esigenze – senza che sia rilevante una pericolosità solo attenuata – rende tuttavia particolarmente severo il regime descritto, tanto da potersi intravedere, per l'indagato, un onere di *probatio diabolica*⁷⁷.

Sotto questo profilo, taluno ha ritenuto che la disposizione detti una regola di giudizio alquanto impegnativa, tale da far ritenere la permanenza in libertà dei soggetti accusati dei suddetti delitti come un evento assolutamente eccezionale⁷⁸.

Le fattispecie prese in considerazione dal legislatore costituiscono un numero chiuso insuscettibile di applicazione analogica. In questo senso la giurisprudenza ha precisato che è estranea al vigente ordinamento processuale la previsione, per i reati di terrorismo, di una disciplina cautelare speciale, per effetto della quale, sussistendo i gravi indizi di colpevolezza, il giudice debba costantemente applicare la custodia cautelare in carcere come l'unica adeguata a fronteggiare il *periculum in libertate*; difatti, la disciplina speciale dettata dall'art. 275 comma 3 con riguardo ai delitti di cui all'art. 416-bis c.p. ha valore derogatorio e, pertanto, non può essere estesa ad ipotesi diverse da quelle ivi tassativamente indicate. Ne consegue che, con riguardo ai reati di terrorismo, il giudice è tenuto ad accertare, in relazione alle peculiari connotazioni di ogni fattispecie, la proporzione della misura scelta all'entità del fatto ed alla sanzione irrogabile ed a compiere, quindi, le ordinarie operazioni valutative di cui agli artt. 274 e 275⁷⁹.

Per l'indirizzo maggioritario, inoltre, anche il concorso esterno in associazione di stampo mafioso fa scattare la presunzione di pericolosità prevista dall'art. 275 comma 3 in ordine alle esigenze

⁷⁷ CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 489.

⁷⁸ In tal senso, GARUTI, voce *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, cit., 751.

⁷⁹ Cass., I, 27-10-2004, Saraceni, CED 231026.

cautelari, in quanto l'ipotesi *de qua* integra pur sempre una partecipazione nel reato associativo e comunque persegue il fine di agevolare l'attività di tale sodalizio⁸⁰.

In argomento, con specifico riferimento alla disciplina in esame, pare opportuno sottolineare come, secondo la Corte europea dei diritti umani, nel contesto della lotta alla criminalità organizzata di tipo mafioso, possa giustificarsi una presunzione di pericolosità, quando non sia assoluta, ma si presti ad essere vinta con la prova contraria⁸¹.

Per l'indirizzo prevalente della giurisprudenza, in tema di associazione per delinquere di tipo mafioso, l'attenuazione delle esigenze cautelari presunte, comporta, purché continuino a sussistere i gravi indizi di colpevolezza, il mantenimento della originaria e più grave misura coercitiva, come previsto dall'art. 299, comma 2; con la conseguenza che la revoca della misura può avere luogo solo se le dette esigenze vengano a mancare completamente⁸². In altri termini, in presenza di presunte esigenze cautelari, sebbene attenuate, dovrà essere disposta la misura della custodia cautelare in carcere; in assenza dei *pericula* – circostanza che invece deve essere dimostrata – l'imputato sarà, al contrario, libero, dovendosi escludere qualsiasi ipotesi intermedia.

Inoltre, prevale, in giurisprudenza, l'orientamento secondo cui che la presunzione di adeguatezza del solo carcere opera durante tutto il corso dell'*iter* processuale, e quindi anche quando la misura coercitiva venga disposta, per la prima volta, contestualmente o successivamente alla condanna dell'imputato⁸³. In analogia prospettiva si afferma che la condanna costituisce di per sé un fatto nuovo, tale da legittimare

⁸⁰ Cass., II, 18-11-2004, Cozza, CED 230512.

⁸¹ Corte eur., 6-11-2003, Pantano c. Italia, sulla quale si veda MANTOVANI, *Dalla Corte europea una «legittimazione» alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia*, in *Legisl. pen.* 2004, 513.

⁸² Cass., V, 7-5-2004, Santaniello, CED 229877.

⁸³ Cass., I, 7-4-2004, Branciforte, *Cass. pen.* 2005, 1339.

l'emissione di una misura cautelare personale; cosicché questa non resterebbe preclusa, nella fattispecie, da un giudicato cautelare formatosi prima di tale provvedimento; e costituirebbe, inoltre, quando fosse relativa ad uno dei reati di cui all'art. 275 comma 3, elemento idoneo a fondare la presunzione di pericolosità che impone la misura della custodia cautelare in carcere⁸⁴.

Occorre segnalare, poi, che – per effetto delle modifiche apportate al terzo comma dell'art. 275 dal decreto-legge 23 febbraio 2009 n. 11, convertito dalla l. 23 aprile 2009 n. 38, diretto al fine di sconfiggere l'*escalation* nella perpetrazione di alcuni fenomeni delittuosi – le presunzioni di pericolosità e di adeguatezza sono state estese – con tutte le conseguenze già esposte – anche ai reati di cui all'art. 51 comma 3-*bis* e 3-*quater*, nonché ai delitti di cui agli artt. 575, 600-*bis* comma 1, 600-*ter* (escluso il comma 3) e 600-*quinqies*, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies* (salvo che ricorrano circostanze attenuanti).

Successivamente, tuttavia, la Corte costituzionale, con tre recentissime decisioni⁸⁵, che hanno riguardato lo stesso art. 275 comma 3 – in riferimento agli artt. 600-*bis*, comma 1, 609-*bis*, 609-*quater*, 575 c.p., 74 del d.P.R. 9-10-1990, n. 309, richiamato dall'art. 51, comma 3-*bis* c.p.p., in esso menzionati – ha censurato la legge già in vigore, progressivamente erodendo l'estensione e il ruolo svolto dalla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia inframuraria in relazione all'esigenza di fronteggiare la sussistenza – a sua volta presunta, in via relativa – dei *pericula libertatis*. In altri termini, la Consulta ha valutato come non ragionevole la presunzione

⁸⁴ Cass., VI, 12-3-2003, Zavattieri, *Cass. pen.* 2004, 3654.

⁸⁵ C. cost., 21-7-2010, n. 265; C. cost., 12-5-2011, n. 164, con nota di MARANDOLA, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*, in *Giur. cost.*, 2011, 3, 2163; C. cost., 22-7-2011, n. 231. In virtù di queste decisioni la Consulta ha parzialmente ridisegnato l'art. 275 comma 3 c.p.p. in riferimento alle parti dichiarate costituzionalmente illegittime, tra l'altro identificando finalmente anche l'art. 27, comma 2, Cost. tra i criteri di comparazione della disciplina cautelare che, in ragione di quel canone, deve perseguire finalità e scopi, distinti e diversi, da quelli tipici della pena.

assoluta di adeguatezza della custodia in carcere limitatamente alle fattispecie richiamate ed ha confermato l'esistenza di principi costituzionali non derogabili dal legislatore.

L'intera ricostruzione operata dalla Corte si basa su di un rilievo di fondo: in via di principio, le presunzioni vanno contro la regola del "minimo sacrificio necessario". Esse sono accettabili soltanto in casi eccezionali, qualora siano espressione di massime di esperienza generali. Pertanto, violano il principio di eguaglianza quando sono "irrazionali", e cioè se ed in quanto sia agevole smentirle formulando ipotesi di accadimenti reali contrari alla presunzione.

Con riferimento ai delitti su indicati, dunque, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 275, comma 3 nella parte in cui prevede la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere. Tale presunzione assoluta è ritenuta non razionale, ad esempio, per i reati sessuali menzionati – ed in base ad argomenti simili anche per le altre fattispecie su dette, prese in considerazione dalle pronunce della Consulta – perché l'esperienza insegna che le esigenze cautelari sono differenti caso per caso e possono essere soddisfatte con misure cautelari anche diverse dal carcere. Pertanto, nel singolo processo è possibile acquisire «elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure»⁸⁶.

Dunque, soltanto una presunzione relativa di adeguatezza della custodia in carcere può risultare accettabile. Un simile regime, con riferimento alla categoria criminosa richiamata, a giudizio della Consulta è anzi razionale perché è idoneo a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio che è «suggerita da taluni aspetti ricorrenti» dei reati menzionati; tanto più che la

⁸⁶ Questo è il contenuto additivo che si ricava dalla sentenza C. cost., 21-7-2010, n. 265.

presunzione è superabile ove risultino nel caso concreto elementi probatori di segno contrario.

In relazione alle altre categorie di reati, alle quali il decreto-legge 23 febbraio 2009 n. 11, convertito dalla l. 23 aprile 2009 n. 38 aveva esteso le due presunzioni relativa ed assoluta, su considerate, la Corte costituzionale non ha deciso perché le ordinanze di rimessione consideravano soltanto i delitti finora menzionati. Al momento, mentre già sono all'esame della Consulta altre ordinanze di rinvio, le questioni decise non hanno investito la violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.), i delitti non mafiosi attribuiti alla procura distrettuale (artt. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p.), la pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p. escluso il comma 4), e le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinquies* c.p.). Pertanto, resta al momento non valutata la scelta legislativa di assimilare alla criminalità mafiosa gli altri delitti non di mafia, rientranti nell'elenco previsto dall'art. 275, comma 3 e non investiti dalle pronunce della Corte. Per tali delitti continuano ad essere vigenti le due presunzioni che operano per i delitti di mafia.

Tuttavia, la Consulta ha fatto alcune affermazioni di principio che possono essere utili per valutare la scelta legislativa. In primo luogo, che le due presunzioni non possono avere come giustificazione quella di placare l'allarme sociale dovuto all'intensificarsi dei reati commessi, perché questa funzione non è propria della misura cautelare, bensì della pena e presuppone la certezza circa la responsabilità del singolo delitto.

In secondo luogo, si è rilevato che la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere non può essere giustificata razionalmente in base alla sola gravità del reato né in base all'importanza dell'interesse tutelato, perché tali aspetti servono a

determinare la sanzione, ma non incidono direttamente sull'esistenza delle esigenze cautelari in concreto né possono precludere l'applicazione di misure meno afflittive del carcere. Su questi principi, dunque, molto probabilmente si baseranno le future sentenze che la Consulta pronuncerà in materia.

In dottrina, è stato commentato che la scelta di aumentare il novero delle ipotesi in cui operano presunzioni di pericolosità in ragione del titolo di reato contestato ripropone deprecabili forme di “cattura obbligatoria”; le quali contraddicono l'impostazione originaria del codice il quale – in ossequio alla presunzione di non colpevolezza – ha abbandonato tale istituto, privilegiando il ricorso alla discrezionalità del giudice⁸⁷. L'inserimento di una presunzione relativa concernente l'applicabilità della misura determina un'inversione dell'impegno motivazionale nell'esercitare il potere cautelare. Anziché fornire le ragioni positive che dimostrino il concreto pericolo per una delle tre esigenze previste nell'art. 274 il giudice, soltanto nell'ipotesi di rigetto della richiesta della misura, dovrà esporre i motivi che escludono la presenza di qualsiasi esigenza cautelare nel caso concreto⁸⁸.

Il giudice, quindi, ha un vero e proprio onere di motivazione negativa circa la non sussistenza in concreto di esigenze cautelari, tutte le volte in cui non ritenga di dover disporre la misura. Ed è questa una

⁸⁷ Così MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, DPP 2009, 247; si veda anche FILIPPUCCI, *L'obbligatorietà della custodia in carcere. Esce dalla porta e rientra dalla finestra*, Giur. merito 2001, 10, 2488; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, Torino, 2009, 141, cfr. I, 6; da ultimo, si veda MOSCARINI, *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, DPP 2010, 227; cfr. da ultimo, Cass., III, 28-12-2009, G.F., DPP 2010, 292 ha ritenuto manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 275 comma 3 come novellato dal d.l. 23-2-2009 n. 11 convertito dalla l. 23-4-2009 n. 38, sollevata per violazione dell'art. 27 Cost., considerando la scelta di estendere la presunzione relativa di sussistenza del *periculum libertatis* e di adeguatezza della custodia carceraria ai reati previsti dagli artt. 609-bis, 609-quater e 609-octies c.p., non irragionevole, stante l'estrema gravità dei suindicati reati – in relazione ai quali è la stessa norma ad escludere le ipotesi attenuate di minor disvalore – tale da giustificare una risposta cautelare di particolare rigore. Infatti, preso atto delle differenti ipotesi astratte di reato, sono state prese in considerazione solo le condotte che appalesano un alto coefficiente di pericolosità dell'agente anche secondo il comune sentire.

⁸⁸ ZAPPALÀ, *Diritto processuale Siracusano ed altri*, I, 421.

situazione che, dal punto di vista dell'ufficio giurisdizionale, dovrebbe concretare una sorta di “scudo normativo”, di fronte al rischio delle minacce o dei condizionamenti cui lo stesso organo potrebbe venire sottoposto, soprattutto nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata.

Secondo autorevole dottrina, peraltro, un meccanismo del genere, risolvendosi in chiave di tendenziale obbligatorietà della misura carceraria, si collocherebbe ai limiti della compatibilità con il disposto dell'art. 13 comma 2 Cost., nel quale l'atto motivato dell'autorità giudiziaria è richiesto come garanzia ai fini dell'applicazione (e non del diniego) delle misure restrittive della libertà personale⁸⁹.

Peraltro, secondo la giurisprudenza; il giudice, nell'adottare la custodia carceraria nei casi qui considerati, ha sempre obbligo di accurata motivazione⁹⁰ in ordine ai gravi indizi di colpevolezza, mentre, per quanto riguarda le esigenze cautelari, ha tale obbligo solo se e quando ritiene che esse non sussistano⁹¹. In altri termini, per orientamento consolidato, al fine di applicare e mantenere la custodia cautelare in carcere non occorre, nelle ipotesi *de quibus*, alcuna specifica motivazione, neppure in ordine alla scelta della misura⁹². Secondo la stessa giurisprudenza, poi, un obbligo di motivazione, s'impone, invece, nel caso in cui il giudice ritenga – ricorrendone le condizioni – di non applicare il carcere, dovendo egli allora far riferimento a concrete acquisizioni probatorie ovvero a dettagliate

⁸⁹ GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, cit., 376.

⁹⁰ Cass., VI, 27-11-1995, Bozzo, CED 203322, secondo cui la motivazione dovrà essere elaborata individualmente nel caso di pluralità di indagati nel medesimo reato di associazione per delinquere.

⁹¹ Cass., II, 26-11-1993, Danesi, CED 195585.

⁹² Tra le altre: Cass., II, 27-11-1992, Marci, CED 192571; Cass., V, 10-11-1992, Bontempo Scavo, CED 192334.

circostanze, ed evitare generici riferimenti soggettivi o apodittici richiami all'insussistenza di esigenze cautelari⁹³.

Un discorso solo in parte simile viene fatto per il caso in cui l'interessato prospetti, in termini concreti⁹⁴, particolari situazioni di valenza tale da consentire di ribaltare la prognosi originaria di pericolosità: in tale fattispecie, l'obbligo di motivazione, in capo al giudice, diviene certamente più oneroso, perché comporta la rigorosa valutazione delle circostanze dedotte e l'esposizione delle ragioni della loro eventuale irrilevanza⁹⁵.

Poiché – come si è accennato – l'esistenza delle esigenze cautelari tali da imporre l'applicazione o il mantenimento della custodia cautelare in carcere – quando si sia in presenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine a taluno dei delitti indicati nell'art. 275 comma 3 – è da considerare presunta, si ritiene che non spetti al giudice dimostrare con adeguata motivazione che le esigenze in questione siano effettivamente esistenti, ma che sia invece onere dell'imputato allegare gli elementi specifici e peculiari in virtù dei quali la presunzione della loro esistenza debba ritenersi superata⁹⁶. Peraltro, si è anche affermato che il giudice, nei casi *de quibus*, ha la facoltà di acquisire elementi tali da far escludere la sussistenza delle esigenze cautelari; e che tale indagine non è subordinata alla richiesta del p.m., essendo il giudice, in sede di provvedimenti *de libertate*, non vincolato da una specifica procedura, ma legittimato ad accedere alle ordinarie fonti di informazione⁹⁷.

⁹³ Tra le altre: Cass., I, 7-7-1995, Gentile, CED 202840; Cass., I, 30-6-1995, Massaro, CED 201746.

⁹⁴ Infatti, secondo Cass., VI, 3-10-2008, C., CED 241484, in presenza di elementi generici, quali l'incensuratezza e l'attività lavorativa svolta, l'obbligo di motivazione svuoterebbe l'inversione dell'onere della prova.

⁹⁵ Tra le altre: Cass., I, 4-7-1995, Tomba, CED 202095; Cass., I, 30-12-1994, Mansi, CED 199771.

⁹⁶ Tra le altre: Cass., III, 18-8-1993, Alberino, CED 194482; C SF, 26-7-1993, Infantino, CP 1994, 2503.

⁹⁷ Cass., VI, 14-10-1992, pr. g. in c. Arcangeli, CED 192829.

La sintesi sul punto è stata fatta dalle Sezioni Unite; secondo le quali, in presenza di gravi indizi di colpevolezza per uno dei reati indicati nell'art. 275 comma 3, deve essere senz'altro applicata la custodia in carcere, senza necessità di accertare le esigenze cautelari, che sono presunte dalla legge. Di conseguenza, al giudice di merito incombe solo l'obbligo di dare atto dell'esistenza di elementi idonei a vincere tale presunzione; l'obbligo di motivazione diventa invece più oneroso nell'ipotesi in cui l'indagato o il suo difensore abbiano evidenziato elementi idonei a dimostrare l'insussistenza di esigenze cautelari, dovendosi allora addurre, o quanto meno, dedurre gli elementi di fatto sui quali la prognosi contraria può essere fatta⁹⁸.

4.5. Altre applicazioni del principio di adeguatezza.

Il legislatore, nella logica delle precisazioni relative al principio di adeguatezza, ha previsto – operando un bilanciamento in concreto tra una pluralità di esigenze – che, ricorrendo in positivo o in negativo alcune condizioni soggettive, non sia applicata la custodia carceraria.

In particolare, la disciplina contenuta nell'art. 275, ai commi 4 e seguenti, rinforza l'idea dell'eccezionalità della misura in oggetto⁹⁹, poiché stabilisce che solo laddove sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza potrà essere vinta la presunzione, posta dal legislatore, di inadeguatezza¹⁰⁰ della custodia cautelare¹⁰¹.

⁹⁸ C SU, 28-12-1994, Demitry, *CED* 199837; e di recente Cass., VI, 22-1-2008, L., *CP* 2009, 268.

⁹⁹ CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 489.

¹⁰⁰ Parla di una sorta di presunzione di «non necessità» della misura carceraria, GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, cit., 400.

¹⁰¹ NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 714, il quale ribadisce che si tratta di una presunzione *iuris tantum*.

Si tratta, come è stato puntualizzato, di una presunzione *in bonam partem*, in un certo senso, opposta a quella in *malam partem* stabilita dal comma 3, seconda parte, dell'art. 275 e su quest'ultima presunzione prevalente¹⁰², stante la necessità di bilanciare una pluralità di esigenze, quali quelle di giustizia e di ordine pubblico, con i diritti alla vita, alla salute e all'allevamento della prole.

L'attuale versione della disciplina in oggetto, razionalizzando l'impostazione originaria del codice di rito, distingue tra condizioni fisiologiche (art. 275 comma 4) e condizioni patologiche (art. 275 commi 4-*bis*, 4-*ter*, 4-*quater*, 4-*quinqies*): vengono considerate tutte quelle situazioni soggettive – psichiche o fisiche – che denotano, in linea generale, una pericolosità attenuata del soggetto, ovvero che richiedono un trattamento diverso e più favorevole rispetto a quello ordinario, in considerazione della peculiarità di una certa condizione personale.

In particolare, il quarto comma dell'art. 275 esclude la possibilità di disporre la custodia carceraria, tranne nel caso in cui sussistano esigenze di eccezionale rilevanza, nei confronti di una donna incinta o che sia madre di prole di età inferiore a tre anni, con lei convivente; tale speciale regime si applica anche al padre¹⁰³ del bambino, qualora la madre sia deceduta o sia assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, ovvero se la persona abbia superato gli anni settanta¹⁰⁴.

¹⁰² APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, cit., 166; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 719.

¹⁰³ Secondo Cass., IV, 29-4-2003, Spanò, CED 227292, la funzione assistenziale del padre, ove risulti impossibile quella della madre, è subordinata alla stessa condizione richiesta per l'assistenza materna e cioè alla convivenza con prole di età inferiore a tre anni.

¹⁰⁴ La disposizione è il frutto di due successive novelle, la l. 332/1995 (su cui cfr. MARZADURI, *Commento all'art. 275 c.p.p.*, in *Comm. Chiavario*, III agg., cit., 186 ss.) e la legge n. 231/1999 (su cui cfr. NAPPI, *Commento articolo per articolo alla legge 12.7.1999 n. 231, disposizioni in materia di esecuzione della pena, di misure di sicurezza e di misure cautelari nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave immunodeficienza immunitaria o da altra malattia particolarmente grave*, in *GG*, 33, 2). Su queste regole, per una ricognizione giurisprudenziale cfr.

La disposizione, nella prima parte, si fonda sulla necessità di «salvaguardare l'integrità psicofisica» di persone diverse da quella nei cui confronti deve essere applicata la carcerazione: tale integrità viene messa a rischio dalla rapida mutazione dei rapporti affettivi che il distacco dovuto alla detenzione inevitabilmente determina nei bambini¹⁰⁵.

Per quanto poi riguarda le donne incinte, invero, la peculiare situazione psicofisica nella quale si trovano concorre, nel determinare la regola, con la necessità di evitare che un momento così importante e delicato della vita del nascituro e della madre si sviluppi in condizioni di assoluta precarietà e promiscuità, quali sono quelle carcerarie.

Diversamente, per quanto concerne le persone anziane ultrasettantenni, la *ratio* risiede nella loro ritenuta minore pericolosità sociale, in considerazione dell'inevitabile scadimento e della debolezza delle condizioni fisiche e psichiche di chi ha superato l'età prevista dalla disposizione.

In sintesi: il legislatore ha voluto evitare la massima afflizione possibile a quelle persone che si trovano in condizioni particolari per età o *status* personale, scongiurando, nel contempo, che la detenzione in carcere, dai contenuti particolarmente lesivi, possa ritorcersi nei confronti di persone particolarmente deboli, perché anziane o in stato di gravidanza, o, perfino, di bimbi piccoli, peraltro assolutamente estranei alla vicenda¹⁰⁶.

In questi casi, la presunzione di minore pericolosità ovvero l'attenzione rivolta a situazioni personali particolari cede solo di fronte ad esigenze di eccezionale rilevanza, tali da attestare la

SPAGNOLO, *sub. art. 275 c.p.p.*, in LATTANZI-LUPO, *Codice di procedura penale commentato*, IV, cit., 827 ss.

¹⁰⁵ Sul punto Cass. pen., 7-12-2004, n. 47473, in *Dir. pen. e processo*, 2005, 730 ss. con nota di MANCHIA; in dottrina cfr. BRESCIANI, *Commento all'art. 5 l. 8.8.1995 n. 332*, in *Legislazione pen.*, 1995, 630.

¹⁰⁶ Sul punto cfr. AA.VV., *La procedura penale*, a cura di Riccio, Spangher, cit., 243 ss.

prevalenza delle ragioni di tutela sociale o del processo rispetto alla persona imputata. Tali situazioni particolarissime, tali da condurre a superare la presunzione di inadeguatezza della detenzione in carcere per i soggetti suindicati, richiedono la sussistenza di puntuali e specifici elementi; dai quali emerga un non comune, spiccatissimo ed allarmante rilievo dei pericoli ai quali fa riferimento l'art. 274 c.p.p.¹⁰⁷; né tali situazioni possono identificarsi con precedenti condanne, né con gli elementi presuntivi di cui al comma 3 dell'art. 275 c.p.p.¹⁰⁸.

Nella stessa ottica di tutela delle condizioni personali dell'imputato, tali da rappresentare una peculiare situazione degna di attenzione, si inserisce il successivo comma 4-*bis* dell'art. 275; a norma del quale non può essere disposta né mantenuta la custodia in carcere quando l'imputato è affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertata ovvero da altra grave malattia che determina uno stato di salute incompatibile con la detenzione e comunque siffatto da non consentire adeguate cure in regime coercitivo¹⁰⁹.

Per quanto riguarda la sindrome di immunodeficienza acquisita (AIDS) la ragion d'essere della previsione normativa è abbastanza agevole da individuare: le persone affette da tale patologia versano in condizioni difficilmente compatibili con il carcere. Per quanto concerne, invece, il riferimento alle condizioni di salute in generale, la *ratio* è sicuramente da rintracciare nella necessità di salvaguardare il prevalente diritto alla salute dell'imputato rispetto al soddisfacimento delle esigenze di tutela processuale o sociale. Peraltro, nel caso di

¹⁰⁷ Così Cass., II, 15-6-2004, p.m. in c. Lenuta, in *Guida al diritto*, 2004, n. 47, 88.

¹⁰⁸ Così Cass. pen., 7-12-2004, cit., 730 ss.

¹⁰⁹ Sui problemi connessi al rapporto tra libertà personale e diritto alla salute cfr., per un'analisi dettagliata e puntuale di tutti i profili, FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002.; sull'art. 275, comma 4, c.p.p. in particolare cfr. DEMORI, RONCALI, TAVANI, *Compatibilità carceraria hiv/aids e "malattia particolarmente grave"*, Milano, 2001; NAPPI, *Commento articolo per articolo alla legge 12.7.1999 n. 231, disposizioni in materia di esecuzione della pena, di misure di sicurezza e di misure cautelari nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave immunodeficienza immunitaria o da altra malattia particolarmente grave*, cit., 33, 2.

contrasto tra i due interessi, deve sempre essere raggiunto «un soddisfacente equilibrio»¹¹⁰; il quale non può, però, mortificare le fondamentali aspettative alla piena ed incondizionata protezione della salute.

La malattia, secondo la lettera della legge, deve essere grave. Non è, però, richiesto uno stato di oggettiva incompatibilità con la detenzione, ma può rilevare anche solo l'impossibilità di cure adeguate in regime detentivo. In questa ottica, non è sufficiente una mera riduzione delle possibilità terapeutiche – di per sé sempre limitate dal peculiare *stress* psico-fisico tipico di ogni detenzione –, essendo indispensabile una concreta inadeguatezza delle cure disponibili nel circuito carcerario¹¹¹.

In simili casi, prevale il diritto alla salute dell'imputato, bene che non può essere sacrificato oltre determinati limiti¹¹². Infatti, se le esigenze cautelari sono di eccezionale rilevanza e la custodia cautelare presso strutture sanitarie penitenziarie idonee non è possibile senza pregiudizio per la salute dell'imputato o degli altri detenuti, il giudice, ai sensi dell'art. 275 comma 4-*ter*, dispone la misura degli arresti domiciliari presso un luogo di cura, assistenza o accoglienza. Se, poi, l'imputato è affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, gli arresti domiciliari possono essere disposti presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere o universitarie o altre unità operative.

Tuttavia, per il comma 4-*quater* dello stesso articolo, il giudice può disporre la custodia in carcere, qualora il soggetto risulti imputato e

¹¹⁰ DEMORI, RONCALI, TAVANI, *Compatibilità carceraria hiv/aids e "malattia particolarmente grave"*, cit., 53 ss.

¹¹¹ FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., 201 ss.

¹¹² FIORIO, *Custodia cautelare e diritto alla salute: verso nuovi equilibri*, in *Giur. it.*, 1998, 756.

sottoposto ad altra misura cautelare per uno dei delitti indicati dall'art. 380 c.p.p. commesso dopo l'applicazione delle misure indicate nei commi 4-*bis* e 4-*ter*. In questo caso, l'imputato deve essere condotto in un istituto penitenziario dotato di reparti attrezzati per le cure e l'assistenza necessarie. Peraltro, in ossequio ad esigenze di ordine umanitario, la custodia cautelare in carcere non potrà comunque essere applicata né mantenuta se l'imputato si trovi in uno stadio della malattia così avanzata da non rispondere più ai trattamenti disponibili e alle terapie curative; il quale dato, ai sensi dell'art. 275, comma 4-*quinqüies*, deve risultare – com'è ovvio – da certificazioni mediche del servizio sanitario, penitenziario o esterno.

4.6. Le «particolari modalità di controllo» previste nell'art. 275-*bis* c.p.p.

L'avvertita esigenza di ricorrere – anche per non incrementare la delicata ed annosa problematica del sovraffollamento degli istituti carcerari – alla detenzione solo quando non sia possibile conseguire altrimenti gli scopi voluti, si traduce in una tendenza ad ampliare il ricorso alle misure alternative alla carcerazione e a misure cautelari non carcerarie, nella consapevolezza della necessità di predisporre meccanismi che consentano di verificare il rispetto delle prescrizioni imposte ai soggetti beneficiari.

In tale ottica l'art. 275-*bis* – inserito nel c.p.p. dall'art. 16 d.l. 24 novembre 2000 n. 341, convertito in l. 19 gennaio 2001 n. 4 – stabilisce che il giudice, nel disporre gli arresti domiciliari, anche in sostituzione della custodia carceraria, possa prescrivere – considerati la

natura e il grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto – l’adozione di mezzi elettronici o altri strumenti tecnici di controllo; la cui legittimità – del resto – si ricava dall’art. 8 § 2 C.e.d.u.: questa disposizione, pur garantendo il rispetto della vita privata e familiare, consente l’ingerenza dell’autorità nell’esercizio di tale diritto quando ciò sia necessario alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati.

Con il suddetto provvedimento legislativo d’urgenza ha fatto così ingresso, nel nostro ordinamento, il c.d. «braccialetto elettronico», ossia una forma di controllo basata su un monitoraggio informatico. Si tratta di un trasmettitore personale che, applicato al polso o alla caviglia del soggetto, emette impulsi elettronici diretti ad un apparecchio che segue l’allocazione spaziale consentita all’interessato.

Lo scopo perseguito con tale sistema è – come accennato – quello di accentuare le modalità di controllo dell’imputato attraverso una forma di vigilanza a distanza¹¹³ che permetta, senza l’impiego costante delle forze di polizia, di monitorare un soggetto, verificando il rispetto delle prescrizioni imposte nel provvedimento applicativo o sostitutivo della misura cautelare¹¹⁴.

Si ritiene in proposito che il provvedimento con cui si dispongono gli arresti domiciliari ai sensi dell’art. 275-*bis* abbia natura “complessa”: il giudice il quale si convinca circa l’idoneità degli arresti domiciliari, accompagnati dalle suddette particolari modalità di controllo, a scongiurare i *pericula libertatis* emette un’ordinanza che ha un “duplice contenuto”: l’applicazione della misura attenuata o in

¹¹³ APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, Giuffrè, 2003, 78

¹¹⁴ CIAPPI, *La sorveglianza con braccialetto elettronico*, in Gatti, Gualco, *Carcere e territorio*, Giuffrè, 2003, 168, secondo cui tale modalità di controllo svolgerebbe anche difesa sociale.

alternativa quella carceraria; entrambe le misure sono subordinate al consenso o al dissenso del loro destinatario¹¹⁵.

Come già accennato, l'adozione di tale particolare modalità di controllo – limitata alle ipotesi di arresti domiciliari e di detenzione domiciliare *ex art. 47-ter* ord. penit. – è possibile, sempre che il giudice la ritenga necessaria in considerazione della natura e del grado delle esigenze cautelari e che sussistano due condizioni: il consenso dell'imputato e la disponibilità, da parte della polizia, di tale strumenti di controllo.

Le modalità di installazione e le caratteristiche di questi mezzi per il monitoraggio elettronico non sono definiti a livello legislativo, ma sono indicati dal d.m. 2 febbraio 2001, recante «*Modalità di installazione ed uso e descrizione dei tipi e delle caratteristiche dei mezzi elettronici e degli strumenti tecnici destinati al controllo delle persone sottoposte alla misura cautelare degli arresti domiciliari nei casi previsti dall'art. 275-bis del codice di procedura penale e dei condannati nel caso previsto dall'art. 47-ter, comma 4-bis, della l. 26 luglio 1975 n. 354*» e dalla circolare M.G.G. Aff. penali 9 aprile 2001 n. 584, «*Mezzi elettronici di controllo ex art. 275-bis c.p.p.*»¹¹⁶.

L'insieme delle cautele apprestate dal legislatore nel configurare il controllo elettronico fanno sì che, da un lato, il monitoraggio non aggravi la situazione *de libertate* dell'imputato (o condannato), risolvendosi unicamente in un modo diverso di esercizio di potestà in realtà già riconosciute dall'ordinamento (artt. 284 c.p.p. e *47-ter* ord. pen.); e che, dall'altro, il consenso dell'imputato (o indagato) – tra l'altro neanche richiesto espressamente, né dall'art. 8 C.e.d.u. né dall'art. 14 P.i.d.c.p., i quali prevedono eccezioni alla “non ingerenza”

¹¹⁵ MANZIONE, *Le “nuove frontiere” della custodia cautelare : dagli arresti domiciliari al controllo a distanza*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Giappichelli, 2001, 401.

¹¹⁶ Entrambi leggibili in *Il codice penitenziario e della sorveglianza*, a cura di Zappa e Massetti, 2005, 513 ss.

nella vita privata basate su parametri obiettivi – escluda che un controllo “occulto” possa trasmodare in un trattamento inumano o degradante, vietato dagli artt. 27 comma 1 Cost. e 3 C.e.d.u.¹¹⁷.

Per quanto concerne l’ambito applicativo, in dottrina si è ritenuto che le forme di controllo di cui all’art. 275-*bis* possano adottarsi in qualunque ipotesi di arresto domiciliare e, segnatamente, in quelle previste dall’art. 275 comma 4. Si mira così a consentire al giudice di sottrarsi dalla rigida alternativa tra divieto e obbligo di custodia, in presenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, quando queste ultime possano essere adeguatamente fronteggiate tramite il ricorso al monitoraggio elettronico¹¹⁸. Invece, quanto alle ipotesi di arresti domiciliari imposti dalle particolari condizioni personali indicate, nell’art. 275, dai commi 4-*bis* e ss., la prevalenza del diritto alla salute sulle altre esigenze ha portato taluno a ritenere che il mancato consenso dell’interessato all’applicazione del c.d. “braccialetto elettronico” non determini né l’imposizione di tale particolare forma di arresti domiciliari né quella della custodia cautelare in carcere¹¹⁹.

Con riferimento, invece, alle modalità in cui può concretizzarsi il controllo, potrebbero essere imposte verifiche “saltuarie”, ad intervalli non predeterminati; oppure potrebbe bastare un monitoraggio “continuo” basato sull’invio di impulsi radio captabili senza soluzione di continuità¹²⁰; o, ancora, si potrebbero prevedere allontanamenti programmati per rispondere alle esigenze concrete del soggetto¹²¹.

In dottrina, continuano a manifestarsi orientamenti discordanti circa la natura delle “nuove” modalità di controllo, anche in considerazione del fatto che la relativa disciplina è stata inserita “a ridosso” dei

¹¹⁷ MANZIONE, *Le “nuove frontiere” della custodia cautelare: dagli arresti domiciliari al controllo a distanza*, cit., 397.

¹¹⁸ CESARIS, *sub art. 275-bis*, in *Commentario Conso-Grevi*, 858.

¹¹⁹ DELL’ANNO, voce *Custodia cautelare (in genere)*, in *Dig. d. pen.*, Agg. III, 2005, 275.

¹²⁰ MANZIONE, *Le “nuove frontiere” della custodia cautelare: dagli arresti domiciliari al controllo a distanza*, cit., 396.

¹²¹ CESARIS, *sub art. 275-bis*, cit., 858.

principi generali e non all'interno o comunque in prossimità della normativa riguardante gli arresti domiciliari¹²². Ad oggi, taluni ritengono si tratti di misura «immediatamente sostitutiva della custodia in carcere perché, con lo stesso provvedimento che la dispone, il giudice prevede l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere» per l'eventualità che l'imputato neghi il consenso all'adozione dei mezzi e strumenti anzidetti¹²³. Secondo altri, invece, il c.d. “braccialetto elettronico” si configura non come misura cautelare autonoma, bensì come una modalità di sorveglianza applicabile agli arresti domiciliari nei casi nei quali i controlli ordinari sarebbero non sufficienti o eccessivamente onerosi al fine di garantire l'applicazione della misura¹²⁴; ovvero come «una prescrizione che si aggiunge alle normali prescrizioni operanti in caso di arresti domiciliari» per rispondere all'esigenza di evitare il pericolo di fuga¹²⁵; oppure, infine, come un'ulteriore forma di applicazione “aggravata” degli arresti domiciliari¹²⁶.

In giurisprudenza, al riguardo, si è precisato che la disposizione *de qua* non introduce una misura coercitiva ulteriore, rispetto a quelle elencate negli artt. 281 e seguenti, ma unicamente una condizione sospensiva della custodia in carcere; condizione la cui applicazione viene disposta dal giudice contestualmente agli arresti domiciliari e subordinatamente al consenso dell'indagato all'adozione dello strumento elettronico. Di conseguenza, il suddetto braccialetto rappresenta una cautela che il giudice può adottare se la ritiene necessaria, non già ai fini della adeguatezza della misura più lieve –

¹²² MANZIONE, *Le “nuove frontiere” della custodia cautelare : dagli arresti domiciliari al controllo a distanza*, cit., 389.

¹²³ NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 692.

¹²⁴ TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 326, che ne evidenzia lo scarso utilizzo da parte dei magistrati e degli organi di polizia; nello stesso senso MANZIONE, *Le “nuove frontiere” della custodia cautelare: dagli arresti domiciliari al controllo a distanza*, cit., 394.

¹²⁵ CIAPPI, *La sorveglianza con braccialetto elettronico*, cit., 174.

¹²⁶ MONACO, voce *Arresti domiciliari*, in *Dig. d. pen.*, Agg. II, 2004, 5.

vale a dire per rafforzare il divieto di non allontanarsi dalla propria abitazione – ma ai fini del giudizio, da compiersi nel procedimento di scelta delle misure, sulla capacità effettiva dell'indagato di autolimitare la propria libertà personale di movimento, assumendo l'impegno di installare il braccialetto e di osservare le relative prescrizioni¹²⁷.

Presupposto indefettibile per applicare il c.d. “braccialetto elettronico” è il consenso dell'interessato; con la cui manifestazione quest'ultimo autorizza l'invasione nella propria sfera privata. Si è notato, infatti, che tale strumento incide sulla dignità interiore della persona, registrata continuamente in tutti i suoi movimenti: il soggetto avverte un'ingerenza nella vita privata, una gravosa e assillante interferenza nei rapporti sociali e familiari¹²⁸, considerate «le particolari modalità di controllo», le quali possono comportare anche l'acquisizione di dati personali non inerenti alle misure¹²⁹.

Va ancora sottolineato come ogni pur comprensibile preoccupazione legata al pregiudizio per la *privacy* sembra destinata a cadere, se si configura la misura di cui all'art. 275-*bis* come alternativa – più favorevole per l'imputato – da impiegare secondo il criterio del «minor sacrificio» della libertà personale¹³⁰. Peraltro, affinché l'assenso della persona possa legittimare questa intrusione nella propria sfera privata è necessario che esso sia libero, informato e consapevole; per questo aspetto, non può non destare perplessità la previsione che al mancato consenso consegua direttamente la custodia cautelare carceraria¹³¹.

¹²⁷ Così Cass., II, 10-12-2003, Bianchi, CED 227582.

¹²⁸ BONETTI, Riservatezza e processo penale, Giuffrè, 2003, 172.

¹²⁹ MANZIONE, *Le “nuove frontiere” della custodia cautelare: dagli arresti domiciliari al controllo a distanza*, cit., 396; cfr. anche DELL'ANNO, voce *Custodia cautelare (in genere)*, cit., 275, secondo cui la « seria » interferenza con la sfera privata porta a dubitare di un sistema che attribuisce alla normativa secondaria la concreta individuazione dei contenuti della compressione di tale diritto.

¹³⁰ GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, cit., 389.

¹³¹ In questo senso GARUTI, voce *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, cit., 745 ss.

Infine, il consenso deve tradursi in una dichiarazione espressa, resa all'ufficiale o all'agente di polizia giudiziaria; il quale deve eseguire l'ordinanza, da trasmettersi al giudice insieme al verbale di cui all'art. 293 c.p.p.¹³².

¹³² Secondo CORSO, *Sub art. 275-bis*, in *Commento al codice di procedura penale*, La Tribuna, 2005, 870, il consenso può essere anche tacito, mentre il non consenso deve essere espresso e idoneamente raccolto dalla polizia giudiziaria incaricata di eseguire l'ordinanza che ha disposto la misura; CURTOTTI, *Custodia cautelare (presupposti, vicende, estinzione)*, cit., 304, il quale ritiene che con la previsione del consenso dell'interessato abbia fatto ingresso nel sistema cautelare un vero e proprio negozio giuridico.

CONCLUSIONI

L'importanza del tema trattato nel presente lavoro – quello della libertà personale – non può essere negata: esso coinvolge un aspetto fondamentale del sistema processuale penale, quello inerente al (difficile) rapporto tra la libertà personale dell'imputato e il (suo) processo.

Ovviamente, lo sviluppo del tema ha comportato la disamina di altri “micro sistemi” coinvolti nel processo penale, quale, innanzitutto, quello dei diritti fondamentali (in particolar modo il diritto al contraddittorio e il diritto di difesa).

Perché questo tema allora? Se si pone mente alla voce “libertà” del dizionario della lingua italiana ci si accorge che il termine stesso porta in sé un giudizio di valore avente sicuramente una connotazione profonda e positiva che offre il senso più genuino della delicatezza dell'argomento trattato.

Tale connotazione, dunque, con il suo retroterra di valori, tradotta in termini giuridici, la dice lunga sulla necessità che la limitazione della libertà del soggetto sottoposto al procedimento penale debba essere vincolata – in un sistema democratico qual è il nostro – ad una serie di rigide regole e sicuri parametri di riferimento.

La materia, insomma, deve trovare attuazione mediante la creazione di un “filo rosso” capace di legare assieme tutte le norme (e i valori) riconducibili al sistema: con l'avvento della Costituzione, non

a caso, il tema della libertà ha trovato una precisa collocazione nel sistema dei diritti individuali, che si è accompagnata ad una centrale tutela.

Ciò nonostante, per capire le connessioni sistematiche – e la forza politica – espresse dalle varie disposizioni costituzionali c'è voluta una continua e pluriennale opera di acculturamento, via via resa sicura dalla giurisprudenza costituzionale e dalla Corte internazionale.

Nonostante la chiara impostazione costituzionale, infatti, il sistema processuale italiano antecedente all'entrata in vigore del nuovo codice ha continuato a concepire, nella sostanza, la tutela dell'autorità e del processo in modo prevalente rispetto alla libertà dell'individuo, e ciò per oltre trent'anni dall'avvento della Carta fondamentale, proprio in forza dell'equivoco articolo 13 e del lento acculturamento sul valore complessivo della Costituzione e delle Carte internazionali.

Solo dal 1982, con la legge n. 532, il legislatore ha intrapreso il lento cammino di riforma che, recependo istanze di ridefinizione delle regole sulla "libertà", ha finalmente adeguato il sistema ai principi costituzionali.

Col nuovo codice, dunque, il problema delle regole in materia *de libertate* sembrava risolto da una normativa organica rispettosa dei principi fondamentali: e però le novelle che hanno ritoccato la originaria impostazione codicistica – figlie della emergenza e di prassi giurisprudenziali strumentali al risultato confessorio – ne hanno, in qualche modo, snaturato l'essenza fondamentale.

Ciò si è verificato al punto che, negli anni, strumenti di questa lenta “trasformazione” dell’iniziale logica cautelare del codice di rito, sono divenuti gli stessi principi e le stesse regole del sistema, sacrificati, per vari fattori “emergenziali”, alle esigenze “efficientiste” del processo.

Si è trattato, infine, dell’ulteriore dimostrazione che il tema della “libertà” resta il terreno centrale sul quale si confrontano posizioni “politiche” ed esigenze di funzionalità della giustizia penale.

Così, anche quando tutti hanno continuato a credere che certi principi rappresentavano valori eterni ed assoluti, ci si è accorti di come, spezzato l’equilibrio del sistema, essi finivano per essere “scatole vuote” nelle quali ciascuno (studiosi, pratici, giurisprudenza) ha messo tutto ciò che voleva o, peggio, soltanto quello che voleva.

Nel corso di questo lavoro, allora, si è tentato di riempire di contenuti quelle scatole vuote, tenendo bene a mente alcuni “punti fermi”, rappresentati dai principi fondamentali (nazionali ed europei) del sistema della libertà personale.

In che modo? Il processo può sinteticamente definirsi un metodo legale di accertamento che si trova in stretta dipendenza con l’ordinamento giuridico cui appartiene, a sua volta frutto di un’opzione politica di fondo (nel nostro caso, ovvio, un’opzione democratica).

In questa prospettiva, allora, ci si è chiesti quali fossero i principi di riferimento: in breve, il bene “processo” – o se si vuole l’accertamento di un fatto storico costituente reato, per altri della “verità” – legittima la lesione del bene libertà personale senza la selezione accurata di tipologie che autorizzano l’uso di strumenti sostanzialmente identici alla sanzione penale?

Esce fuori così il nodo centrale del tema.

(L’alibi del)l’incapacità della risposta celere può diventare il fondamento (“morale”) della custodia cautelare (e dei suoi tempi), tanto più legittima quanto più sono lunghi i tempi del processo e le probabilità di condanna?

Ci è parso di no.

Ogni seria riflessione su questo tema non sembra possa più discostarsi dal nodo centrale della ragionevolezza dei tempi del processo che deve accentrare su di sé l’attenzione del dibattito sulla odierna legittimazione della restrizione della libertà personale nel processo.

La vera tutela della collettività, insomma, si realizza con la pronta applicazione della sanzione penale dopo un rapido e garantito accertamento dialogico della responsabilità penale.

La custodia cautelare in funzione di tutela sociale, spesso, tende a nascondere le “deficienze” del processo e dell’organizzazione giudiziaria.

All'interno di questo comodo alibi, poi, risulta ancor più sconcertante l'uso del concetto di pericolosità sociale come strumento per il provvedimento custodiale: enfatizzato nella fase cautelare, si smorza nel momento dell'applicazione della pena, quando per la concessione delle attenuanti generiche, per l'avvenuta prescrizione del reato o per l'imperante cultura del minimo della pena, il fatto non viene punito con pena da scontare effettivamente.

Perciò, non pare infondato il sospetto che la "pericolosità sociale" venga strumentalizzata per legittimare la carcerazione *ante iudicium*, in un momento in cui, mancando il giudizio, non risulta possibile ancorare la pericolosità a parametri sicuri.

Operazione tanto più sconcertante quanto più al giudizio non segue l'applicazione di misure di sicurezza.

Con ciò rilevando il passaggio della pericolosità da presupposto di un momento che accompagna il trattamento sanzionatorio a condizione legittimante un provvedimento cautelare.

Specificazione dello stessa "opzione legislativa" appare anche la disciplina via via inserita nell'ambito dell'art. 275 comma 3, seconda parte, in merito alle presunzioni legali riferibili alle ipotesi di reati di particolare gravità in esso menzionate, che secondo alcuni commentatori reinserirebbe nel codice di rito ipotesi di "cattura obbligatoria".

Il contrasto sembra profondo.

La lentezza del processo, diventa, così, da causa di “abusi”, la ragione “morale” per la previsione di un “colpevole” non ancora giudicato.

È cultura diffusa, è filosofia giudiziaria da rimuovere non per polemica tra studiosi e operatori, ma perché esprime il più profondo disagio “morale” della giustizia.

Diviene, allora, essenziale, per recuperare il vero “senso” della Giustizia, e la legale legittimazione del procedimento, il recupero della ragionevolezza dei tempi del processo penale.

È proprio lì che si annida il nemico più subdolo della libertà personale del cittadino, dell’imputato e, infine, della stessa esigenza di tutela della collettività.

L’esame della normativa sulla libertà personale, come si vede, e come si è andato sin qui sostenendo, presuppone necessariamente la messa a punto dei principi fondamentali che ne costituiscono l’ossatura portante.

Numerose sono, di conseguenza, considerata l’importanza della materia, le aree problematiche sulle quali è necessario riflettere, nel tentativo di scorgere le linee politiche di una possibile riforma di quest’importante parte del processo penale.

E così, tornando al punto di partenza, ci si accorge che il nodo da sciogliere, e da cui dipendono le scelte fondamentali, coinvolge,

ancora una volta, il rapporto tra i principi fondamentali del sistema e quelli inerenti la libertà dell'imputato.

Ovviamente, la "ricostruzione", in questa particolare ottica, deve prendere le mosse dai referenti costituzionali ed internazionali indefettibili: gli articoli 2, 3, 13, 24, 27 e 111 Cost., per il primo profilo, l'art. 6 della Convenzione Europea, e l'art. 14 P.i.d.c.p., per il secondo.

Lungo il percorso ideale così segnato, quindi, si è tentata una ricostruzione che fosse scevra soprattutto dai condizionamenti e dalle distorsioni della pratica, che pur con i severi limiti che impone è stata comunque puntualmente riprodotta; che tenesse conto, in primo luogo, della finalità che si vuole perseguire con la tutela della libertà dell'imputato, e, poi, dell'esistenza della contrapposta esigenza di tutelare la collettività.

Il tema, quindi, ha meritato una più ampia riflessione che, con un occhio sempre puntato ai principi di riferimento, prendesse atto dell'importanza del sistema cautelare, facendone risaltare la fisionomia ormai "bifronte" (libertà e cautela).

Di qui, la necessità di verificare la "tenuta" degli strumenti attualmente offerti dal codice di rito per la tutela di tale duplice, contrapposta esigenza, accompagnata dalla necessaria considerazione "critica", di quelle interpretazioni dirette a consentire che essi si trasformino in una meccanica applicazione delle restrizioni personali, senza rispettare, però, le (dovute) garanzie.

Il lavoro in argomento ha cercato di cogliere tale obiettivo. Lo sforzo è stato anche quello di riassumere un tema non in modo isolato bensì nell'insieme dei suoi aspetti.

Alla fine i risultati proposti potranno anche divergere dalle conclusioni che esso suggerisce, ma è innegabile che l'idea del nuovo sorge dall'osservazione che intanto si è potuta compiere.

BIBLIOGRAFIA

ALBIANI A.,-MARINELLI S., *Misure cautelari in materia di libertà personale e sequestro penale. Casi, questioni, orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2007.

ALONZI F., *L'adozione di misure cautelari all'esito di un provvedimento di condanna:una discutibile novella*, in *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini: (c.d. pacchetto sicurezza)*, coordinato da G. Spanghr, Milano, 2001, 235.

AMATO G., *Commento all'art. 13 Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna, 1977.

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

AMODIO E.-DOMINIONI O., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, III, Milano, 1990.

APRILE E., *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, 2003.

APRILE E.-SILVESTRI G., *La formazione della prova penale dopo le leggi sulle indagini difensive e sul giusto processo*, Milano, 2002.

BAUDI A., *Riflessioni sulla valutazione della chiamata in correità in sede di provvedimento cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 884.

BUZZELLI S., *Gravi indizi cautelari, chiamata di correità e riscontri individualizzanti dopo la l. n. 63 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2002, 3706.

CAPRARO, *Riflessioni sul significato e la funzione degli indizi nella fase delle indagini preliminari*, in *Ind. Pen.*, 2003, 1135.

CARCANO D.-MANZIONE D., *Il giusto processo. Commento alla l. 1° marzo 2001, n. 63*, Milano, 2001, 41.

CASTELLANO M.-MONTAGNA M., voce *Misure cautelari reali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 99.

CERRI A., voce *Libertà: II. Libertà personale – Dir. cost.*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1991.

CHIAVARIO M., *Art. 274*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di CHIAVARIO M., III, Torino, 1990.

CHIAVARIO M., *Sub. Art. 272*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO M., III, Torino, 1990.

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

CHIAVARIO M., voce *Libertà: III*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990.

CHIAVARIO M., *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali*, III ed., Milano, 1984.

CONSO G., GREVI V., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006.

CONSO G. (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2008.

COPPETTA M.G. (a cura di), *Profili del processo penale nella costituzione europea*, Torino, 2009.

CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2006.

CRISTIANI A., *Le modifiche al nuovo processo penale e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1993.

DALIA A.A., FERRAIOLI M., *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2004.

DE CARO A., *Libertà personale (profili costituzionali)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., vol. III, Torino, 2005.

DE CARO A., *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000.

DE CARO A., *Presupposti e criteri applicativi*, in A.A. V.V., *Trattato di procedura penale*, diretto da SPANGHER, vol. II, Tomo II, *Le misure cautelari*, a cura di SCALFATI, Milano, 2008.

DE LUCA L., *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953.

DI BITONTO M.L., *Gravi indizi di colpevolezza ex art. 273 comma 1 c.p.p. e decreto che dispone il giudizio: torna in aula la giurisprudenza meno garantista*, in *Cass. pen.*, 2001, 3489.

DOMINIONI O., *Art. 27, comma 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Roma-Bologna, 1991, 162.

DOMINIONI O., *Misure cautelari personali*, in E. AMODIO-O. DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, III, Milano, 1990, 5.

DOMINIONI O., *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985.

FALLONE A.M., *Il punto su ... la prova cautelare penale*, in *Cass. Pen.*, 2006, 03, 530.

FIANDACA G.,-DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003.

FILIPPUCCI L., *L'obbligatorietà della custodia in carcere. Esce dalla porta e rientra dalla finestra*, *Giur. merito*, 2011, 10, 2488.

FIORIO C., *La presunzione di non colpevolezza*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale* (a cura di DEAN), Torino 2007, 138.

FONTI R., *Art. 273*, in A. GAITO (a cura di), *Codice di procedura penale ipertestuale*, II ed., Torino, 2006, 1111.

FURFARO S., *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in A.A. V.V., a cura di SPANGHER G., SANTORIELLO C., *Le misure cautelari personali*, vol. 2, Torino, 2009.

GAITO A., *I criteri di valutazione della prova nelle decisioni di libertà*, in A. GAITO (a cura di), *Materiali d'esercitazione per un corso di procedura penale*, Padova, 1995, 159 ss.

GAITO A., *L'incidente di esecuzione e procedimenti incidentali*, in *Riv. dir. proc.* 1989, 827.

GAITO A., *La prova penale*, Milano, 2008.

GAROFOLI V., *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000.

GIARDA A., SPANGHER G. (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., Milano, 2010.

GIOSTRA G., *Il giudice delle indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in *Riv. it. dir. e proc.*, 1994, 128 ss.

GIOSTRA G., INSOLERA G. (a cura di), *I quarant'anni della Corte Costituzionale*, Milano, 1998.

GREVI V. (a cura di), *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, Padova, 1989.

GREVI V., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976.

GREVI V. (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995 n. 332*, Milano, 1996.

GREVI V., *Più ombre che luci nella legge 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze giuridiche ed esigenze del processo*, in V. GREVI (a cura di) *Misure cautelari e diritto di difesa nella legge 8 agosto 1995, n. 332*, Milano, 1996, 1 ss. e 39.

ILLUMINATI G., *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Padova, 1997.

LATTANZI G., LUPO E., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di CANZIO G., DE AMICIS G., LATTANZI F., SILVESTRI P., SPAGNOLO P., Milano, 2008.

MARANDOLA A., *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*, in *Giur. cost.*, 2011, 3, 2163.

MARZADURI E., *Misure cautelari personali (Principi generali e disciplina)*, in *Digesto pen.*, VIII, Torino, 1994.

MAZZIOTTI DI CELSO M., *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, 1993.

MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, supplemento ordinario n. 2 alla Gazzetta Ufficiale, n. 250 del 24 ottobre 1988 – Serie generale.*

MOSCARINI P., *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 227 ss.

NANIA R., RIDOLA P., (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. 2, II ed., Torino, 2006.

NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2004.

NEGRI D., *Fumus commissi delicti. La prova per la fattispecie cautelare*, Milano, 2004.

NOBILI M., *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 5.

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992.

PAULESU P.P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009.

PAZIENZA, *I criteri di valutazione della prova dichiarativa: le regole di valutazione della prova dichiarativa ; le regole di valutazione degli elementi indiziari di natura dichiarativa nell'incidente cautelare e nella decisione sulla richiesta di intercettazione*, Relazione tenuta in occasione dell'incontro di studio sul tema «Il nuovo statuto della prova dichiarativa», organizzato dal CSM, Roma, marzo 2002, 27.

PELLEGRINO A., *Il doppio volto dell'indizio nel processo penale*, Torino, 2010.

RICCIO G., DE CARO A., MAROTTA S., *Principi costituzionali e riforma della procedura penale, una rilettura della giurisprudenza costituzionale, 1956-1988*, Napoli, 2001.

RUOTOLO M., Art. 13, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, Torino, 2006, 322.

SIRACUSANO D., GALATI A., TRANCHINA G., ZAPPALÀ E., *Diritto processuale penale*, Milano, 2004.

SPANGHER G., *Le investigazioni difensive: considerazioni generali*, in *Studium iuris*, 2001, n. 5, 531.

SPANGHER G., *Più rigore – e legalità – nella valutazione dei gravi indizi per l'applicazione delle misure cautelari (art. 273 comma 1-bis c.p.p.)* in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di TONINI, Padova, 2001.

TONINI P. (a cura di), *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, Padova, 2001.

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, VI ed., Milano, 2005.

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, XII ed., Milano, 2011.

UBERTIS G., *Sistema di procedura penale, Principi generali*, Milano, 2004.

VIGGIANO F., *Cautele personali e merito*, Padova, 2004.

ZAPPALÀ E., *Le misure cautelari*, in A.A. V.V., *Diritto processuale penale*, Milano, I, 2004.

Digesto delle discipline penalistiche, Utet, IV ed., 2002.

