



LIBERA UNIVERSITÀ MARIA SS. ASSUNTA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA
CLASSE LMG/01**

CATTEDRA DI

DIRITTO PROCESSUALE PENALE

***“CUSTODIA CAUTELARE IN CARCERE COME EXTREMA RATIO”
PREVENTIVE DETENTION AS EXTREMA RATIO***

RELATORE

Prof. Paola Spagnolo

CANDIDATO

Stefano Cifra

CORRELATORE

Prof. Eduardo Gianfrancesco

MATRICOLA

17561/402

ANNO ACCADEMICO 2015-2016



*Dedico questo lavoro ai miei genitori,
che oltre ad essere stati per me
una guida costante in questi anni di sacrifici,
hanno permesso la costruzione della mia identità.*

INDICE

INTRODUZIONE:

Un ordinamento in crisi d' identità.....9

CAPITOLO 1 :

TRAGUARDI GARANTISTICI DELL'ITER DI GIURISDIZIONALIZZAZIONE DELLE MISURE CAUTELARI.

1.1. La preconditione valoriale: il diritto alla libertà
personale.....27

1.2. Dalla nascita, alla progressiva e necessaria affermazione
della giurisdizionalizzazione.....31

1.3. I profili identitari delle misure..... 36

1.4. I due capisaldi “diga” dell'intero impianto cautelare:
il principio di legalità e la riserva di giurisdizione.....40

1.5. La perdurante protezione dei diritti della persona: la
salvaguardia dei diritti della persona sottoposta a misura
cautelare..... 49

CAPITOLO 2 :

**PRESUPPOSTI E CONDIZIONI GENERALI DI APPLICABILITA'
"AGGRAVATE": IL *FUMUS COMMISSI DELICTI* ED I "NUOVI"
PERICULA LIBERTATIS.**

- 2.1.** Alterità tra valutazione cautelare e valutazione della
responsabilità penale.....55
- 2.2.** La portata innovativa del comma *2-bis*
dell'art. 275 c.p.p.: rimedio "fittizio" contro l'abuso della
custodia cautelare?.....64
- 2.3.** Il nuovo processo valutativo delle esigenze cautelari
alla luce della "novellata" articolazione dell'art. 274 c.p.p.....74
- 2.4.** La declinazione "al presente" dei *pericula* di fuga
e di commissione di ulteriori reati.....80

CAPITOLO 3 :

**IL PRINCIPIO DI ADEGUATEZZA TRA LA NECESSITA' DI
PERSONALIZZAZIONE E FATTISPECIE "CRISTALLIZZATE".**

- 3.1.** Dilatazioni e compressioni al *favor libertatis*:
le diverse esperienze legislative.....93
- 3.2.** L'opera demolitiva "parziale" della Corte Costituzionale....98
- 3.3.** Il *genus* delle presunzioni: il tradimento alla
"personalizzazione" della misura.....102

3.4. I “minorati” diritti difensivi e le funzioni “collaterali” dei meccanismi presuntivi.....	109
3.5. “Incrostazioni” latenti e il “debole” approccio dell’ <i>id quod plerumque accidit</i>	114

CAPITOLO 4 :

**DUE VACCINI SPERIMENTALI ALLA PATOLOGIA
“CARCERARIA” : IL *MIXTUM COMPOSITUM* E L’INIDONEITA’
DEGLI ARRESTI DOMICILIARI “AGGRAVATI”.**

4.1. Plasmabilità tra misure eterogenee: per una risposta cautelare più “individualizzante”.....	123
4.2. Il maggiore “ <i>appeal</i> ” normativo delle misure interdittive.....	132
4.2.1. La natura “ibrida” dell’art. 275- <i>bis</i> c.p.p.....	137
4.2.2. Gli effetti “incerti” dell’indisponibilità del braccialetto elettronico: orientamenti opposti.....	145
4.3. La “scappatoia” nella <i>littera legis</i>	149
4.4. Le perplessità sulla lista d’attesa e la non convincente soluzione del dato normativo.....	153

CAPITOLO 5 :

**LA GIUSTA DIREZIONE VERSO UN "BLANDO" RECUPERO
DEL "MINOR SACRIFICIO NECESSARIO": L'EROSIONE DEGLI
AUTOMATISMI *IN PEIUS*.**

5.1. L'ombra di un passato "securitario"	159
5.2. Un "ripensamento" necessario.....	164
5.3. Una razionalizzazione "riflessa": il nuovo comma 5- <i>bis</i> dell'art. 284 c.p.p.....	172

CONCLUSIONI :

**PROBLEMI LATENTI: TRA LA VALORIZZAZIONE SEMANTICA
DELLA RESIDUALITA' E L'ILLUSORIA FINE DELLE
MOTIVAZIONI "APPARENTI".**

<i>Un bilancio complessivo: l'efficacia della riforma al netto dell' "autonoma valutazione" e delle perduranti "ombre" presuntive.....</i>	179
--	-----

<u>BIBLIOGRAFIA.....</u>	185
--------------------------	-----

INTRODUZIONE

UN ORDINAMENTO IN CRISI DI IDENTITÀ

L'intero sistema penale italiano è affetto da due gravi patologie strutturali¹: l'eccessiva durata dei processi e il fenomeno endemico del sovraffollamento carcerario. Queste due problematiche sembrano differenziarsi, in realtà sono una l'antecedente logico dell'altra, in quanto accomunate da una consequenzialità causale. Nel nostro ordinamento i tempi naturali della macchina giudiziaria non sono fisiologici, poiché espressivi dell'esigenza di scongiurare processi sommari, ma sono la manifestazione di una criticità del sistema, inaccettabile per uno stato di diritto. Ovviamente tutto ciò non può che sprigionare molteplici effetti negativi che pervadono l'intera giustizia penale; quest'ultimi minano seriamente la credibilità del sistema e sfumano sempre di più la monoliticità di alcuni diritti costituzionalmente garantiti, i quali talvolta rischiano di essere sacrificati sull'altare della protezione eccessiva delle finalità che il processo penale persegue. La loro stretta connessione si può facilmente evincere dal dato empirico della popolazione detentiva, infatti, il quaranta per cento della popolazione carceraria totale, di fatto, vede applicarsi una misura cautelare in carcere, prima ancora che sia intervenuta una sentenza definitiva di condanna.

Tutto questo rischia di sbiadire sensibilmente la percezione del senso ultimo dell'esecuzione della pena, nel momento in cui quest'ultima viene applicata "tardivamente", cioè dopo che è trascorso molto tempo dalla commissione del fatto. L'effetto collaterale appena enunciato non è senza conseguenza, poiché mette in serio pericolo il principio di effettività della sanzione penale che pone le sue fondamenta nel concetto di "retribuzione". Se prestiamo attenzione al dettato normativo, in riferimento all'art. 27, comma 2, Cost., in cui risiede il principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza sino alla condanna definitiva, si comprende come questa proclamazione imperativa mira proprio a scongiurare la carcerazione preventiva che oggi viene comunque ammessa in corso di giudizio, in quanto ne è prevista

¹ In Dottrina si parla di "fisiologica patologia" così in *sovraffollamento carcerario analisi delle cause e prospettive di riforma*. M.Di Stefano e C. Di Meo, in www.archiviopenale.it. n. 2, 2013, 1s.

l'applicabilità *ex art. 13 comma 5, Cost.*, subordinatamente alla sussistenza di determinate condizioni previste dalla legge.

Dopo aver assunto l'ammissibilità della detenzione *ante iudicium* sia pure nei limiti previsti, non possiamo negare che essa vada a concorrere della stessa "natura" della sanzione penale e che drammaticamente va ad assumere le sembianze di fatto di una sua anticipazione². Il legislatore ordinario è infatti tenuto, nella tipizzazione dei casi e dei modi di privazione della libertà, ad individuare, soprattutto all'interno del procedimento e talvolta anche all'esterno, esigenze diverse da quelle di anticipazione della pena, tali da giustificare, nel bilanciamento di interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale di chi non è stato ancora giudicato colpevole in via definitiva. Nonostante le numerose proclamazioni delle Corti di carattere formale, di fatto, l'abuso dello strumento cautelare detentivo continua a caratterizzare il nostro ordinamento derogando manifestamente alle affermazioni di principio contenute nel codice di procedura penale, le quali richiederebbero che il carcere preventivo fosse applicato solo come ultima istanza, appunto come *extrema ratio*. Questo corollario è stato sancito con chiarezza anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'art. 5, paragrafo 3, Conv. eur. dir. umani in cui si ribadisce che la carcerazione preventiva "deve apparire come la soluzione estrema³ che si giustifica solamente allorché tutte le altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti"⁴.

In questo perdurante *status* di emergenza, timide riforme hanno provato a tamponare le emorragie del sistema processualpenalistico, senza aver raggiunto gloriosi traguardi⁵. La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha ripetutamente condannato l'Italia per aver violato l'art. 3 della Conv. eur. dir. umani a causa del trattamento inumano e degradante al quale sono stati sottoposti alcuni detenuti, i quali potevano beneficiare nella cella loro adibita, di soli tre metri quadrati di spazio materiale disponibile ciascuno. Numerose sono le pronunce in tal senso,

² Corte cost., 23 gennaio 1980, n.1.

³ Corte eur. dir. uomo, 2 luglio 2009, *Viafiadis c. Grecia*.

⁴ Corte eur. dir. uomo, 8 settembre 2007, *Lelievre c. Belgio*.

⁵ A. Gargani, *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 5, 2012, 637 ss.

tanto che la Corte eur. dir. uomo, a causa della sistematicità della violazione dell'art. 3 della Conv. eur. dir. umani, ha utilizzato la procedura delle sentenze pilota nei confronti dell'Italia. Così facendo la Corte Europea ha concesso allo Stato Italiano un anno di tempo per predisporre misure adeguate, allo scopo di diminuire il numero dei detenuti in carcere. Questi rimedi potevano sostanzialmente consistere nell'applicazione di pene alternative a quelle privative della libertà personale, oppure attraverso l'utilizzo di misure cautelari differenti da quelle da eseguire in carcere, così da provare ad abbattere il quantitativo della popolazione in stato di detenzione carceraria. La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha sicuramente evidenziato come dato rilevante *ictu oculi* il degrado del sistema penitenziario italiano e il patologico rapporto che esiste tra il numero dei detenuti in attesa di essere giudicati con sentenza definitiva, rispetto a quello della totalità della popolazione carceraria. Il numero è drammaticamente elevato e continua a crescere in misura esponenziale soprattutto nelle grandi città metropolitane, a dimostrazione del fatto che la poca efficienza del sistema giurisdizionale (che ha velocità differenti nelle diverse realtà in cui si materializza), ha ripercussioni incontrovertibili sull'affollamento presente nei nostri istituti penitenziari.

Il Governo Italiano ha provato a porre rimedio dopo la Sentenza Torregiani⁶ con un d.l. 1 Luglio 2013, n. 78, convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 94 denominato: Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena, volto a ridurre in modo repentino la popolazione in carcere, meglio noto come "svuota-carceri". Tra le innovazioni degne di nota, compare sicuramente l'innalzamento del limite di pena (da un massimo di quattro ad un massimo di cinque anni di reclusione) previsto per i delitti che consentono l'applicabilità della misura cautelare in carcere, assottigliando inevitabilmente i casi di ricorribilità a questa misura; tenendo ferma l'utilizzabilità di tale misura per il delitto di finanziamento illecito ai partiti, di cui all'art. 7 l. 2 maggio 1974. Parallelamente è stato modificato l'art. 274, lett. c c.p.p., con l'innalzamento anche qui da quattro a cinque anni per i reati il cui pericolo di reiterazione è fronteggiabile anche con la custodia in carcere, senza alcun riferimento al delitto di finanziamento illecito esibendo un chiaro difetto di coordinamento con l'art. 280 c.p.p. Questo contrasto è stato superato con la

⁶ Corte eur. Dir. uomo, 8 Gennaio 2013, Torregiani e altri c. Italia.

riforma più recente in materia cautelare, integrando la lett. c dell'art. 274 con il riferimento al delitto di finanziamento illecito. Un'altra importante novità, sempre introdotta con decretazione d'urgenza, consiste con l'apporto normativo del d.l. 23 dicembre 2013, n.146, convertito in legge dalla l. 21 febbraio 2014, n.10 contenente : “Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria”⁷. Questo intervento legislativo ha introdotto numerosi disposizioni che hanno modificato i presupposti per l'impiego del “braccialetto elettronico” (art. 275-bis c.p.p.) allo scopo di incentivare, con l'aiuto sistematico di questo strumento di controllo, l'applicazione degli arresti domiciliari, quale valida alternativa al carcere. Va poi anche ricordata la riforma della legge in materia di stupefacenti, dovuta al d.l. n.36 del 2014, che è stata generata da una secca bocciatura della Corte Costituzionale che ha colpito le norme concernenti la parificazione ai fini sanzionatori delle sostanze stupefacenti pesanti alle droghe leggere. Quest'ultima ha avuto delle importanti ricadute processuali, non consentendo l'applicabilità ai sensi dell'art. 280, comma 2, c.p.p. della custodia cautelare in carcere per i fatti contenuti nell'art 73, comma 5, d. P. R. n. 309, del 1990, a seguito delle modifiche apportate.

Queste esperienze legislative si sono rivelate fautrici di un cambiamento finalizzato al recupero di quella sintonia con i principi del codice di rito del 1989, costituiti dalla tassatività delle restrizioni della libertà personale e la presunzione di non colpevolezza dell'imputato, ma, soprattutto, hanno avuto un impatto inconfutabilmente positivo sul sovraffollamento. Questo *iter* normativo ha raggiunto il suo apice nella più recente riforma delle misure cautelari personali attraverso la legge 16 aprile 2015 , n. 47. Per quasi venticinque anni il legislatore è intervenuto con operazioni frammentarie e prive di razionalità, che non hanno saputo conferire organicità all'intero impianto cautelare, manifestando tutti i loro limiti innovativi. Sicuramente non possiamo considerare la sopra citata l. n. 47 del 2015 come una norma miope, in quanto non si è occupata esclusivamente di affievolire il carico della presenza negli istituti detentivi, ma si è sforzata anche di creare una razionalità alle norme codicistiche, recuperando (seppure parzialmente

⁷ G. Illuminati, *Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa*, in *diritto penale contemporaneo*, 20 novembre 2014.

come vedremo) quella necessaria sottoposizione funzionale ai principi espressi dalla Carta Costituzionale. Non possiamo negare l'importanza della spinta propulsiva dei vari "ultimatum" compiuti dalla Corte Europea nei confronti del nostro Paese, però è altrettanto vero che sono stati positivi i primi *feedback* che annualmente esprime, attraverso delle statistiche penali annuali⁸, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, avendo constatato la strutturalità e la rilevanza delle misure introdotte. I primi provvedimenti hanno manifestato la loro capacità innovativa ed hanno iniziato a ridurre la popolazione carceraria, ma tutto ciò non è ancora sufficiente. Il problema del sovraffollamento carcerario rimane latente, prescindendo dalle vicende processuali che ne aggravano la problematicità. Gli Istituti di pena, infatti, presentano di per sé gravissime lacune sia dal punto di vista organizzativo, considerata la ridotta configurazione organica del corpo di polizia penitenziaria, sia sotto il profilo fisico-materiale delle strutture, che debbono ospitare i detenuti, le quali nella maggior parte dei casi, versano in condizioni igienico-sanitarie che ne mettano a dura prova la loro "abitabilità". Un'altra importante riflessione deve essere compiuta in ordine al numero assoluto delle persone che sono presenti in tutti i penitenziari d'Italia, se lo confrontiamo con le presenze attuali degli altri Stati Europei realizziamo che il tasso di detenzione è inferiore rispetto alla media europea e sensibilmente distante da quella mondiale, ciò a riprova del fatto che il sovraffollamento carcerario è determinato dalla totale inadeguatezza delle strutture, più che della maggiore propensione *stricto sensu* delinquenziale presente in Italia. Sicuramente le ragioni economiche e di bilancio gravano negativamente su determinate scelte di politica criminale, mentre il conflitto di interessi in gioco di cui il legislatore deve tener conto non agevola la risoluzione dei problemi. Infatti se, da un lato, per mero opportunismo elettorale il legislatore abusa del ricorso alla custodia cautelare in carcere, per compiacere al desiderio securitario dell'opinione pubblica, dall'altro, deve confrontarsi con le continue sollecitazioni extra nazionali che incentivano ad investire in questo specifico settore, anche se politicamente impopolare. Così alla luce di queste considerazioni, è arduo il compito di chi vuole decifrare la *ratio* di

⁸ E.Dolcini, *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontani da accettabili standard di umanità* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 marzo 2016.

alcune scelte legislative, infatti la loro “genuinità” potrebbe essere inquinata da valutazioni esorbitanti l’analisi prettamente processualpenalistica.

A seguito dei recenti interventi modificativi, la percentuale di coloro che sono in carcere non ancora sottoposti a condanna definitiva, è scesa al trentacinque per cento con un abbassamento di 5 punti percentuali in appena tre anni (secondo i dati rilevati dall’Associazione Antigone, che ha recentemente pubblicato il Rapporto Galere d’Italia)⁹. Nonostante questo possa essere letto come un buon risultato, l’ingresso in carcere ancora oggi non avviene a seguito di sentenza definitiva, ma per applicazione di una misura cautelare, in quanto l’eventuale pena detentiva *irroganda* (per i reati più gravi) non sarà che una sua mera traduzione. Questo *iter* genetico della pena, qualora assuma carattere patologico, rischia inesorabilmente di erodere il significato della pena in quanto tale. La “necessarietà” dell’applicazione di misure cautelari in corso di giudizio ha una sua matrice giustificativa nell’esigenza collettiva di effettività della giustizia penale, la quale però non riesce a far svanire integralmente un’ineliminabile conflittualità intrinseca alla loro concretizzazione. Esse debbono rispondere ad esigenze contrapposte¹⁰: da un lato, si vuole scongiurare il rischio di creare vuoti di tutela, dall’altro, non meno prioritario, si deve assicurare il rispetto dei diritti individuali. Il finale del processo è per sua natura incerto, quindi è essenziale che il legislatore trovi un ragionevole equilibrio tra le esigenze dello Stato e quelle individuali del soggetto, non lasciandosi tentare da derive autoritarie che vorrebbero addebitare l’aleatorietà del processo integralmente su quest’ultimo. In questo contemperamento necessario di un’eterogeneità di interessi, l’atteggiamento ondivago del legislatore è stato innegabile. Le scelte a fondamento del sistema cautelare poste in essere in origine dal legislatore del 1989 hanno iniziato a scricchiolare subito dopo la loro entrata in vigore. Questo ha fatto sì che la discrezionalità del giudice in materia cautelare non fosse orientata in modo cristallino, provocando preoccupanti ed inaccettabili voragini di incertezza, soprattutto quando l’interesse protetto in questione è ai vertici d’importanza nel

⁹ M. Sarti, *Carceri Italiane un detenuto su tre è ancora in attesa di sentenza definitiva*, in www.abuondiritto.it, 22 aprile 2016.

¹⁰ A tal riguardo in dottrina si parla di processo penale come “arma a doppio taglio”, così G. Di Gennaro, *i diritti umani ieri ed oggi* in www.rassegnapenitenziaria.it, n.1, 2007, 23ss.

nostro ordinamento: la libertà personale. I problemi oggi inerenti alla custodia cautelare in carcere, però, non possono esaurirsi nell'analisi dello spazio vitale di ogni detenuto o sui numeri negativi che caratterizzano l'inciviltà degli istituti penitenziari italiani. Incontrovertibilmente quest'ultimo rimane una piaga della risposta sanzionatoria, in quanto rende ancora più gravosa l'espiazione della pena che, in quanto tale, presenta ontologicamente dei profili di afflittività. Però la riflessione deve necessariamente essere di più ampio respiro, dilatando gli orizzonti di studio alle dinamiche che precedono l'eventuale ingresso in carcere. Infatti se è vero che la custodia cautelare in carcere deve rappresentare l'*extrema ratio* – come ci ricorda anche la Corte Europea – occorre puntare a rimodellare il sistema quanto a presupposti delle misure, procedure per la loro applicazione e controlli sui provvedimenti adottati¹¹. La positivizzazione del principio per cui, la misura più incidente negativamente sulla sfera giuridica del soggetto deve trovare luogo solo ed esclusivamente con carattere di eccezionalità, sembra non essere stata ancora pienamente raggiunta. Infatti si continua ad applicare la misura cautelare in carcere in modo distorto ed improprio, prendendo sempre più le vesti di uno strumento di tacitazione degli appetiti giustizialisti della collettività, sicuramente alimentati da una pessima attività di informazione esercitata dai vari mass media. Questa “frenesia” al perseguimento del colpevole deve arrestarsi necessariamente ai tempi fisiologici del processo.

E' quindi essenziale attendere il corso naturale delle fasi processuali prima di qualificare l'imputato o indagato come colpevole, evitando di sovrapporre momenti giuridici differenti; aderendo pedissequamente in ogni fase, sino a sentenza definitiva, al principio di presunzione di non colpevolezza.¹² Questa

¹¹G.Illuminati, *Introduzione alla riforma*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, XIV ss.

¹² La Convenzione Europea stabilisce la presunzione di “innocenza” della persona accusata di un reato. La definizione normativa, riferendo che ogni persona è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata ex art. 6 ,par. 2, Conv. Eur. Dir. Umani, può sembrare più ampia di quella contenuta in Costituzione, che la definisce come presunzione di non colpevolezza, ma in realtà, esprime un concetto sovrapponibile a quello costituzionale per quanto concerne il significato della locuzione, 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. Invero il riferimento contenuto nella Convenzione europea potrebbe, cioè, anche coincidere, in un'interpretazione restrittiva, con la sentenza di primo grado, così A.De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, (a cura di) A.Scafati, diretto da G.Spangher, *Prove e Misure cautelari*, Vol. 2, parte II, Torino, 2008, p. 30s.

impostazione è inscritta nel dna del nostro ordinamento e prende vita grazie anche alla tipologia di matrice prevalentemente accusatoria del processo penale italiano. Così ogni eventuale compressione della sfera giuridica soggettiva deve essere indispensabile per lo Stato per perseguire le sue finalità, che altrimenti sarebbero vanificate o gravemente sottoposte a rischi intollerabili da parte dell'ordinamento. Il tentativo di rafforzamento del principio del minor sacrificio necessario, che ben si sposa con il dettato costituzionale previsto *ex art. 13 comma 1. Cost.*, si è concretizzato con la l. 16 aprile 2015, n. 47. Questo intervento legislativo mira a recuperare lo spirito più profondo del principio della "sacralità" della libertà personale accettandone la comprimibilità solo alla luce di presupposti, condizioni, casi e modi, tassativamente previsti dalla legge. Questa recente riforma, che esalta esponenzialmente lo spirito originario della Costituzione, può essere ripartita in differenti filoni innovatori, lungo i quali si è innestata l'azione riformatrice del legislatore¹³. Metabolizzati i frammenti legislativi possiamo analizzare succintamente i punti chiave che sono stati oggetto della suddetta riforma. Una prima importante novità, è sicuramente rappresentata dalle modifiche apportate in materia di "presunzioni" cautelari, recependo normativamente i numerosi "input" derivanti da molte pronunce della Corte Costituzionale. Questa *voluntas legis* di attenuare l'utilizzo della restrizione carceraria è individuabile nelle modifiche apportate all'art. 276, comma *1ter*, ed all'art. 284, comma 5 *bis* c.p.p. ove si prevede che il giudice, nel considerare la violazione alle prescrizioni del divieto di allontanarsi dal luogo della restrizione, oppure analizzando le implicazioni conseguenti un'accertata evasione, deve tener conto delle connotazioni di quest'ultima. Dunque, si impone di considerare se si sia di fronte ad un fatto di "lieve" entità, riferendosi con questo aggettivo alla gravità del disvalore espresso attraverso la trasgressione delle limitazioni imposte e non al reato per cui si procede. Nello stesso senso appare orientata la previsione di un onere specifico di motivazione, nella fase in cui si richiede l'applicazione della misura carceraria. Infatti, questa può essere concessa solo subordinatamente all'inidoneità di altre misure e, quindi, solo dopo aver considerato inadeguata a soddisfare l'esigenze cautelari, la misura degli arresti domiciliari "aggravati"(nel senso di essere

¹³ G.Spangher, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la N. 47 del 2015* in *Diritto Penale contemporaneo*, 6 luglio 2015.

applicati con procedure di controllo che prevedono l'utilizzo del braccialetto elettronico). L'inadeguatezza degli arresti domiciliari con le modalità previste dall'art. 275 bis c.p.p. diventa la *condicio sine qua non* per l'applicazione della custodia cautelare in carcere, dimostrando il *favor* dell'ordinamento a propendere prioritariamente per la misura ugualmente custodiale corredata dal controllo elettronico ma sicuramente meno afflittiva del carcere, accentuando in questo modo la sua residualità di applicazione. Un'altra importante novità è stata introdotta in tema di caratteristiche che devono assumere le esigenze cautelari per giustificare l'applicazione di una misura cautelare. Il legislatore è intervenuto con una chirurgia semantica sull'art. 274, comma 1 c.p.p. prevedendo anche (poiché alla lettera *a* era stato già inserito)¹⁴ alla lettera *b* e *c* del medesimo articolo oltre al requisito della concretezza quello dell'attualità, come condizione essenziale per la piena verifica di una delle tre esigenze cautelari normativamente disciplinate dal codice di rito. Sempre nell'ottica della sussidiarietà verticale della custodia in carcere, il legislatore ha disposto la possibilità di applicare congiuntamente misure cautelari personali eterogenee *ex art. 275, comma 3, c.p.p.* e non più nelle sole ipotesi patologiche come aveva concepito una certa "trama" giurisprudenziale¹⁵¹⁶¹⁷. Questa limitava il cumulo nelle sole ipotesi di trasgressione delle prescrizioni relative a misure in corso *ex art. 276, comma 1, c.p.p.* oppure in caso di scarcerazione per decorrenza dei termini dell'imputato o dell'indagato per reati di particolare allarme *ex art. 307, comma 1-bis, c.p.p.* La portata innovativa investe sia la fase genetica dell'ordinanza cautelare, che una sua eventuale sostituzione. Nella prima ipotesi, quando al giudice arriva una richiesta di applicazione della misura custodiale in carcere, egli è tenuto a verificare le potenzialità di soddisfacimento delle esigenze che possono essere sprigionate dalla possibilità di cumulo di misure coercitive ed interdittive. Solo alla luce della loro inidoneità a proteggere le esigenze richieste si applica la misura più afflittiva. Allo stesso modo in fase di sostituzione, nell'ipotesi di aggravamento delle esigenze cautelari, oltre alla già prevista possibilità di disporre una misura più

¹⁴ Ad opera della l. 8 agosto 1995, n. 332.

¹⁵ Cass., Sez. Un., 30 maggio 2006, La Stella.

¹⁶ Cass., Sez III, 4 maggio 2004, n.37987, Mosca.

¹⁷ Cass., Sez I, 21 ottobre 2009, n.42891, Cianci.

grave o continuare ad applicare quella in corso di esecuzione con modalità più gravose, è stata introdotta la possibilità di sovrapporre alla misura in atto un'altra coercitiva o interdittiva. Sicuramente oggetto di riflessione è la possibilità (normativamente non prevista come vorrebbe l'art. 272 c.p.p.) di utilizzare questo cumulo anche per evitare di applicare misure meno afflittive di quella carceraria. La propensione a dirigerci più verso una tesi possibilista di questa procedura, anche se astrattamente stridente con il principio di stretta legalità che vige a presidio di tutte le misure cautelari, possiamo rintracciarla nell'art. 299 c.p.p. in relazione ai poteri conferiti al giudice. Più specificatamente nell'art. 299, comma 4, c.p.p. il legislatore ha introdotto, quasi volesse compensare a questa possibilità, una sorta di perdurante vigilanza del giudice circa lo *status* di adeguatezza delle misure in corso. Sembra trasparire alla luce del recente intervento normativo, che egli possa cumulativamente applicare¹⁸ indipendentemente dalla misura in atto, una qualsiasi altra misura (sia essa eterogenea o omogenea), quando risulti non essere più idonea a soddisfare le esigenze che siano mutate *in peius*. Questa possibilità di osmosi¹⁹ rende "giustizia" al principio di "gradualizzazione" e del "minor sacrificio necessario" delle misure cautelari, infatti è stata pensata dal legislatore al fine²⁰ proprio di evitare che l'aggravamento delle esigenze, potessero condurre sempre verso la misura più estrema. La risposta cautelare così può essere "calibrata" acquisendo una maggiore duttilità di utilizzo ed una maggiore possibilità di graduare le diverse misure alla fattispecie concreta, ampliando quella pluralità che è di per sé funzionale all'esistenza stessa dell'adeguatezza. La valorizzazione dell'*extrema ratio* è stata realizzata anche grazie al nuovo assetto delle dinamiche presuntive. Questa recente configurazione è manifestata dalla nuova formulazione dell'art. 275, comma 3, c.p.p. dove le presunzioni assolute di idoneità della misura carceraria, ancora permanenti nell'ordinamento italiano, sono state comprese a tre fattispecie solamente: artt. 270, 270 *bis*, 416 *bis* c.p. fatta salva ovviamente, la possibilità di dimostrare l'insussistenza dell'esigenze cautelari. Solo per questi casi espressamente previsti

¹⁸ Ufficio Mass. Cass. Settore Penale, 6 maggio 2015.

¹⁹ P.Borelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 giugno 2015.

²⁰ E.Turco, *La Riforma delle misure cautelari in Processo penale e giustizia*, n. 5, 2015, 106 ss.

dal legislatore, si conferma la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia carceraria e quella relativa attinente all'esistenza delle esigenze cautelari, strozzando quindi le valutazioni discrezionali del giudice in ordine alla tipologia della misura da scegliere in presenza di queste fattispecie. Senza ombra di dubbio questo risultato raggiunto è stato il traguardo di molteplici interventi di progressiva scalfitura della Corte Costituzionale avvenuto nel quinquennio compreso tra il 2010 ed il 2015 . Sono state ben nove le declaratorie di incostituzionalità che hanno indebolito la cristallizzazione delle presunzioni. Queste hanno di fatto trasformato l'impianto presuntivo pensato dal legislatore del 1991 convertendolo in un sistema a duplice presunzione relativa per la maggior parte dei reati indicati nell'art. 275, comma 3, c.p.p. La predetta Corte infatti aveva aspramente criticato il precedente assetto, per contrasto con gli artt. 3, 13, 27 Cost.,²¹ nella parte in cui non consentiva comunque di prescindere dalla custodia carceraria quando, acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, emergeva la possibilità che le esigenze cautelari potevano essere soddisfatte con altre misure. A partire dalla famosa sentenza del 21 luglio del 2010, n.265, il principio del "minor sacrificio necessario" viene rispolverato dagli archivi polverosi del legislatore, che a seguito di questo lungo iter sollecitativo della Corte, ha compreso l'urgenza della necessità di prendere dei provvedimenti a riguardo. L'attività argomentativa della Corte pone le sue fondamenta in numerosi punti cruciali che possono essere oggetto di interessanti riflessioni. Le presunzioni assolute in particolar modo se comprimono diritti fondamentali della persona, se non sono rispondenti al criterio dell' "*id quod plerumque accidit*", violano il principio dell'uguaglianza, in quanto sarebbero applicate con arbitrarietà ed irragionevolezza. La sopravvivenza della presunzione di adeguatezza della sola misura carceraria per i delitti di mafia è ammissibile solo se esiste una ragione logica sottesa alla sua applicazione. La sua *ratio* giustificativa risiede nell'idoneità esclusiva di tale misura a recidere drasticamente l'indiziato-

²¹ Il legislatore costituzionale ha costruito un sistema di protezione della libertà dell'individuo, qualificando il diritto come inviolabile, in modo da esaltare la sua dimensione di garanzia essenziale. Concretamente concorrono a delinearlo una serie di disposizioni costituzionali tra cui gli artt. 2, 13, 27 comma 2° e 3°, e 111 Cost., esse hanno un'interdipendenza politica ed una "connessione sistematica" oramai acquisita e condivisa dalla cultura giuridica, così A.De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, (a cura di) A.Scafati, diretto da G.Spangher, *Prove e Misure cautelari*, Vol. 2, parte II, Torino, 2008, p. 10ss.

imputato con l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzando alla radice la sua pericolosità potenziale, la quale potrebbe discendere dalla facilità di mantenere relazioni con l'ambiente delinquenziale. Questo soffocamento di ogni rapporto esterno del custodito, si rende in questo caso necessario in virtù anche della natura dello stesso reato in questione, infatti l'associazione di tipo mafioso trae linfa vitale proprio nel radicamento sul territorio in cui esercita la sua influenza. Questo percorso logico argomentativo ha fatto emergere l'inutilità di applicare tale misura per quei reati che non avevano affatto tali connotazioni criminologiche, tali da giustificare la mortificazione del "minor sacrificio necessario". Tutto ciò ha quindi determinato l'esclusione di numerosi reati dall'alveo di applicabilità della sola custodia in carcere, ovviamente in presenza di una delle tre esigenze cautelari, prive del requisito del vincolo associativo.

Un'altra importante modifica che si dirige nella medesima direzione degli aggiustamenti compiuti dal legislatore con la l. 16 aprile 2015, n. 47, riguarda il restyling dell'art. 308, c.p.p. L'art. 10, della predetta legge, prevede un'estensione dei termini di durata massima, previsti per le misure interdittive. Antecedentemente alla riforma dell'art. 308, comma 2, c.p.p., quest'ultimo statuiva la perdita di efficacia per tutte quelle misure della suddetta natura la cui durata avesse ecceduto il limite temporale di due mesi dall'inizio della loro esecuzione. Quando queste misure fossero state disposte per esigenze probatorie, era possibile rinnovarle oltre i due mesi, ma non dovevano mai superare il termine indicato *ex art.* 308, comma 1, per le misure diverse da quelle dalla custodia cautelare. Secondo l'art. 308, comma 2-*bis* (introdotto dalla l. 6 novembre 2012, n. 190) era prevista una deroga al regime ordinario, che consentiva in presenza di alcuni reati contro la pubblica amministrazione, una durata ordinaria di sei mesi ed una possibilità di rinnovazione, sempre ed esclusivamente per esigenze probatorie, per un periodo temporale tre volte eccedente quello previsto dall'art. 303 c.p.p. L'eccessiva brevità dei termini (solo due mesi) non consentiva un'applicazione frequente di questa tipologia di misure, facendo degradare la scelta sistematicamente su altre misure di tipo coercitivo, spesso non adeguate al caso concreto. Il legislatore ha pensato di ampliare i limiti temporali di tali misure, che attualmente non possono avere una vita superiore a

12 mesi (termine che decorre dal momento in cui è iniziata l'esecuzione), dai quali non si può prescindere neanche nei casi di rinnovazione. La finalità ultima di questo intervento, si apprezza se abbiamo una panoramica complessiva dell'intento ispiratore del "riformatore", il quale si fonda sulla necessità di rendere le misure interdittive più appetibili, incentivandone l'utilizzo, con l'obiettivo di attenuare il ricorso alle misure più afflittive. Non meno importanti sono le novità introdotte sempre con l. 16 aprile 2015, n. 47, in tema di motivazione dell'ordinanza applicativa delle misure cautelari. Esse ridisegnano i requisiti dell'ordinanza genetica che dispone una misura cautelare ed implementano le conseguenze negative che ne derivano a causa della loro assenza, ridelineando i poteri decisorii del tribunale del riesame nelle ipotesi di carenza motivazionale.

Prima della recente riforma il legislatore sembrava totalmente smarrito, e poco consapevole del vero *humus* su cui è stato innestato il testo costituzionale. Il suo atteggiamento ambiguo ha contaminato negativamente l'identità fondativa del sistema processualpenalistico, in particolar modo il sistema cautelare. Egli dovrebbe orientare la sua attività calamiticamente nel rispetto non solo delle norme, ma anche dello "spirito" della Costituzione. Quest'ultimo non rappresenta un parametro scivoloso, ma al contrario è un aggancio necessario (come affermano numerose sentenze della Corte Costituzionale) il quale può illuminare soluzioni interpretative in sede di restyling normativi. In materia cautelare esiste un attrito permanente tra disposizioni costituzionali, che apparentemente sembrano creare una vischiosità tale da far nutrire dubbi circa la compatibilità della loro coesistenza nella stessa fonte normativa. Ovviamente il contrasto non è normativo, ma è astrattamente configurabile con l'armonia dei principi costituzionali. In ogni caso, il nucleo essenziale di questo problema storico risiede nella correlazione degli artt. 13 comma 5 (in cui parla di "carcerazione preventiva"), e art. 27 comma 2, Cost. e dell'ammissibilità alla luce del principio espresso ex art. 13 comma 1, Cost. di possibili restrizioni incidenti sulla libertà personale per perseguire le finalità del processo. E' quanto mai necessario, quindi, individuare le finalità che la misura carceraria deve inseguire affinché possa poggiarsi su solide legittimazioni normative.

Come ho avuto modo di spiegare all'inizio di questa introduzione, la ragione processuale delle misure deve essere necessariamente differente da quella dell'anticipazione dell'espiazione della pena²². Infatti potremmo dire che le misure cautelari debbano avere una bidirezionalità di fini se, da un lato, deve essere compiuta un'attenta analisi circa l'elevato grado di probabilità che il sottoposto a misura sia colui che ha commesso il reato per cui si procede (secondo una gravità indiziaria che rasenta la certezza), dall'altro, è essenziale che ci siano degli interessi endoprocessualistici ed esoprocessualistici da proteggere, a condizione però che siano esistenti in modo concreto ed attuale. Qui si annida il punto di discriminazione tra una prassi giurisdizionale distorta, ed un *iter* procedimentale fedele all'anima fondativa della Costituzione.

²² Cass., Sez. Un., 31 marzo 2011, Khalil.

CAPITOLO 1

TRAGUARDI GARANTISTICI DELL'ITER DI GIURISDIZIONALIZZAZIONE DELLE MISURE CAUTELARI

1.1. UNA PRECONDIZIONE VALORIALE: LA LIBERTÀ PERSONALE

Tra le conquiste giuridiche più importanti dell'ordinamento giuridico moderno, possiamo sicuramente annoverare l'acquisita consapevolezza del peso valoriale "incarnato" dalla persona umana in senso lato,²³ che può essere intesa tanto in senso statico, quanto in senso dinamico (la personalità). Tale connubio qualitativo, impone all'intero sistema normativo di individuare e tutelare contestualmente quel "groviglio" di diritti fondamentali che è ad essa riconducibile.²⁴ Tra questi rientra a pieno titolo, in posizione sicuramente primaria, il diritto alla libertà personale, a cui la Costituzione²⁵ e le Carte Internazionali²⁶ riservano un ruolo centrale nell'economia generale della tutela soggettiva.²⁷ La possibilità di interventi restrittivi in pendenza dell'accertamento penale, si rende necessaria per diverse e significative ragioni. Esse sono intrinsecamente connesse alla vicenda processuale e alla sua capacità di disvelare particolari situazioni di pericolo per i beni coinvolti, i quali devono essere quindi tutelati (tra i beni meritevoli di protezione, si possono menzionare la collettività, e gli interessi di "natura" processuale).²⁸ E' evidente che l'intervento cautelare, mette a nudo una latente antinomia tra due profili, che coesistono all'interno del tessuto normativo: la libertà individuale e l'autorità dello Stato. Questa "dicotomia" potenziale, seppur apparentemente insolubile, deve necessariamente trovare una corretta coniugazione,²⁹ attraverso un ponderato bilanciamento degli interessi contenuti nella complessa previsione normativa. Se da un lato, l'apparato repressivo statale vuole costruire la sua pretesa punitiva a riparo da minacce,

²³ A.De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, (a cura di) A.Scafati, diretto da G.Spangher, *Prove e Misure cautelari*, Vol. 2, parte II, Torino, 2008, p. 5s.

²⁴ A.De Caro, *op. cit.*, p. 5s.

²⁵ I principi costituzionali "forgiano" l'architettura del processo penale voluto dal legislatore costituente: il cosiddetto giusto processo, con le infinite prerogative ad esso immanenti, rappresenta il punto di riferimento per ogni ricostruzione dogmatica, così A.De Caro, *Libertà personale (profili costituzionali)*, in *Digesto pen.*, III agg., I, Torino, 2005, p. 828 ss.

²⁶ Nella gerarchia delle fonti normative, alla Carta Costituzionale fanno immediatamente seguito, in posizione comunque sovraordinata rispetto alla legge ordinaria, le Carte internazionali dei diritti contenenti principi e regole generalmente condivise, così G.Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2004, p. 28ss.

²⁷ A.De Caro, *op. cit.*, p. 5s.

²⁸ A.De Caro, *op. cit.*, p. 6s.

²⁹ A.De Caro, *op. cit.*, p. 6s.

dall'altro è pregnante l'esigenza di "massimizzare" la tutela della libertà, obiettivo inserito nel programma costituzionale tra quelli di maggior rilievo. Una "sfasatura" gerarchica, tra i due parametri in conflitto, determina i destini democratici dei vari ordinamenti, difatti in passato la prevalenza riconosciuta alla *poena percesutio*, ha comportato la nascita di sistemi processuali autoritari.³⁰ La graduale e crescente attenzione alla libertà ha invece rappresentato la direttrice ontologica per la germinazione di un processo democratico.³¹ Attraverso una lettura costituzionalmente orientata, i due estremi in antitesi possono essere normativamente compresi, mediante l'attribuzione di un'operatività servente dell'autorità nei confronti della libertà. Invero la spigolosità concettuale di ognuno porta a compiere un *distinguo* tra libertà ed autorità, che può essere smussata laddove si ritiene che anche la sicurezza, *lato sensu* intesa, non è nient'altro che un profilo indissolubilmente connesso alla globale e generale evoluzione della persona.³² Tale funzione dinamica della procedura penale emerge proprio dal confronto, tra il sistema di regolamentazione di diritti fondamentali dell'individuo, la pretesa punitiva dello stato e la giustizia della decisione, quale prodotto osservante anche la legalità cautelare.³³ Il codice di procedura penale sintetizza in previsioni normative i principi costituzionali afferenti al processo penale, in generale³⁴, ed alla libertà personale, in particolare³⁵, costituenti la struttura architettonica di fondo dell'intero sistema processuale.³⁶ La Carta costituzionale pone la persona al centro di una molteplicità di "attenzioni", tradotte consequenzialmente in una pluralità di diritti facenti parte l'impalcatura di garanzie costituzionali,³⁷ strumentali all'esplicazione della personalità, in quanto

³⁰ Un tipico esempio di processo autoritario era contenuto nel codice di rito del 1930, espressione di un momento storico nel quale una dimensione autoritaria dello Stato attraverso il fascismo permeava l'intero ambiente politico-istituzionale, la quale "inquinava" inevitabilmente anche le regole dell'accertamento penale.

³¹ A.De Caro, *op. cit.*, p. 6s.

³² A.De Caro, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, p. 168s.

³³ G.Riccio, *Introduzione allo studio del sistema sanzionatorio nel processo penale*, in Quaderni di scienze penalistiche, II, Napoli, 2006, p. 7ss.

³⁴ Per una vasta panoramica dei principi costituzionali inerenti alla disciplina del processo penale si veda M.Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, I e II, Milano, 1982-1984.

³⁵ G.Amato, *Commento all'art. 13 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, (a cura di) G.Branca, Bologna, 1977, p. 1ss.

³⁶ A.De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, (a cura di) A.Scafati, diretto da G.Spangher, *Prove e Misure cautelari*, Vol. 2, parte II, Torino, 2008, p. 8ss.

³⁷ A.De Caro, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, p. 832s.

collegati alla dinamicità del valore di riferimento.³⁸ Alla luce di queste considerazioni, la Carta dei diritti, figlia di un punto di incontro ideologico compromissorio,³⁹ in quanto raggiunto da disparate sensibilità politiche, rappresenta una tutela “minima” riconosciuta all’individuo.⁴⁰ Difatti, la Costituzione riconosce una gamma di diritti civili e politici non esaustiva delle necessità di tutela della persona umana. L’insieme delle previsioni costituzionali è da intendere, infatti, come garanzia minimale, aperto in quanto tale, a nuove libertà e diritti inviolabili emergenti, che l’evoluzione politica, sociale, culturale ed internazionale propone. La gamma dei diritti e delle libertà, prese in considerazione dalla Costituzione, non attiene meramente alla protezione dell’individuo da aggressioni illegittime, ma consente una piena realizzazione della persona umana mediante un processo *in fieri* che coinvolga il suo versante dinamico: la personalità.⁴¹ Tra i diversi valori tutelati, quello della libertà personale incarna incontrovertibilmente un diritto di primo piano, tanto per la natura del bene in sé considerato, quanto perché essa costituisce una sorta di presupposto di tutti gli altri diritti di libertà.⁴² La paziente opera di interpretazione “sistematica” della dottrina e della giurisprudenza costituzionale ha consentito, infatti, di superare l’iniziale lettura “riduttiva” del diritto alla libertà individuale, come completamente assorbita dall’art. 13 Cost., approdando diligentemente ad una visione più ampia ed organica del progetto costituzionale specifico. In tale contesto, l’art. 2 cost. riveste un ruolo particolarmente delicato, laddove riconosce e tutela, in via generale, i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge e si realizza la sua personalità.⁴³ Questa disposizione, come già evidenziato da parte delle dottrine⁴⁴, non ha valore limitatamente riassuntivo delle libertà espressamente tutelate nelle altre norme

³⁸ A.De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, (a cura di) A.Scafati, diretto da G.Spangher, *Prove e Misure cautelari*, Vol. 2, parte II, Torino, 2008, p. 9ss.

³⁹ In line di massima si può affermare che la Costituzione sintetizza due “diverse” culture: quella tradizionale liberale e cattolica e quella della sinistra socialista e comunista, così A.Barbera, *Commento all’art. 2 Cost.*, in *Commentario della costituzione*, (a cura di) G.Branca, artt. 1-12, Bologna, 1975, p. 50ss.

⁴⁰ A.De Caro, *op. cit.*, p. 10s.

⁴¹ A.De Caro, *op. cit.*, p. 10s.

⁴² V.Grevi, *Libertà personale dell’imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p. 2s.

⁴³ A.De Caro, *op. cit.*, p. 11s.

⁴⁴ C.Esposito, *La Costituzione italiana: saggi*, Padova, 1954, p. 22s.

della Costituzione, poiché una funzione meramente riepilogativa sarebbe oggettivamente priva di scopo.⁴⁵

La disposizione deve essere quindi intesa come una clausola aperta ad altri valori e a nuove libertà emergenti dalla coscienza sociale, capace di adattarsi all'evoluzione dei valori fondamentali della persona, frutto della naturale dinamica sociale.⁴⁶ Questa peculiarità “camaleontica” della disposizione, riesce a garantire i diritti non tradotti in modo specifico in altre norme costituzionali: ha la capacità di far “propri” i valori di libertà emergenti⁴⁷ a livello di costituzione materiale,⁴⁸ rappresentando di fatto un raccoglitore dei diritti non contemplati specificamente, frutto degli inevitabili sviluppi culturali, politici e sociali.⁴⁹

⁴⁵ C.Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1960, p. 1038ss.

⁴⁶ A.De Caro, *op. cit.*, p. 11s.

⁴⁷ A.De Caro, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, p. 176s.

⁴⁸ Usa tale espressione C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940.

⁴⁹ AA.VV., *La procedura penale*, (a cura di) G.Riccio, G.Spangher, Napoli, 2002, p. 208s.

1.2. DALLA NASCITA, ALLA PROGRESSIVA E NECESSARIA AFFERMAZIONE DELLA GIURISDIZIONALIZZAZIONE

La materializzazione della giurisdizione è un processo molto lento, il quale a volte richiede lo scorrere di molti anni prima che possa vedersi l’emanazione di un provvedimento definitivo. E’ di primaria importanza che la durata fisiologica del processo penale non si protragga in modo tale da divenire “patologicamente” irragionevole, per evitare che si verifichino a cascata una molteplicità di conseguenze negative. Sicuramente tra gli effetti collaterali che possono verificarsi è menzionabile l’ inutilità del provvedimento finale, che si concretizza quando il naturale decorso delle vicende processuali deve necessariamente arrestarsi, impattando con l’estinzione del reato per cui si procede. Altrettanto importante, sotto il profilo psicologico, è lo *status* di chi è attore o convenuto, quest’ultimi infatti, subiscono un’attesa “permanente”, che potremmo definire logorante, in particolar modo per coloro che sono sottoposti a misura cautelare propriamente detentiva. E’ vero, in quest’ultimo caso, in presenza di misure custodiali, c’è la possibilità di detrarre il tempo trascorso in esecuzione di una misura dalla pena definitiva⁵⁰ in caso di condanna, ma allora se è praticabile questo meccanismo, è difficile non qualificare il periodo *ante* pena se non come un suo fattuale surrogato anticipatorio.⁵¹

La dilatazione estrema dell’intervallo temporale, tra l’accadimento del fatto e l’accertamento della verità processuale, ha “emorragie” processuali difficilmente padroneggiabili. L’ordinamento infatti “reagisce” a questo potenziale pericolo, con una serie di strumenti creati *ad hoc* per difendere i

⁵⁰ Il Patto internazionale dei diritti civili e politici, riconosce la legittimità della detenzione “provvisoria” prima del giudizio, tanto che prevede il diritto a ricorrere ad un tribunale affinché decida senza indugio sulla legalità dell’arresto ex art. 9, par. 4. Sembra però differenziarla, nettamente e qualitativamente, dalla sanzione penale legittimamente applicata all’esito del processo. Infatti, l’art. 10, par. 2 lett. a Patto int. Dir. Civ. e pol. indica che gli imputati, tranne casi eccezionali, devono essere condannati e sottoposti ad un trattamento diverso, consono alla loro condizione di persone non condannate.

⁵¹ Anche se molte sentenze hanno escluso fermamente che la carcerazione preventiva abbia natura afflittiva con carattere di esecuzione anticipata della pena, così Corte cost., 4 maggio 1970, n. 64, e Corte cost., ord. 20 luglio 1995, n. 339, e Corte. cost., ord. 6 marzo 2002, n. 40, oppure rieducativa, Corte cost., 6 giugno 1975, n. 146 e Corte cost., ord. 18 dicembre 2002, n. 532.

suoi interessi,⁵² ma è indubbio che talvolta essi appaiono “eccessivi” se contestualizzati al momento della loro applicazione. Non a caso l’aleatorietà temporale, quale caratteristica intrinseca del procedimento penale, fa scaturire l’esigenza dello Stato di anticipare alcuni effetti astrattamente verificabili all’esito del giudizio finale, più precisamente in sede di emanazione di una sentenza definitiva di condanna. Il compito di proteggere questi interessi “a rischio”, è affidato appunto alle misure cautelari, che garantiscono ed assicurano attraverso la loro materializzazione, l’effettività dell’attività giurisdizionale. La necessità di far migrare alcune considerazioni di carattere sostanziale, a fasi del processo estremamente lontane dal momento di accertamento definitivo di responsabilità, poggia su un evitabile *vulnus* che permea sull’intero sistema cautelare. Per loro natura, le misure cautelari, alla luce delle finalità che sono da loro assolte, sono caratterizzate da due elementi caratterizzanti: provvisorietà e strumentalità. Quest’ultimi però fanno degradare una necessaria e solida ponderazione preventiva, alla loro ordinaria applicazione, ad una mera cognizione sommaria che rasenta quasi l’ “approssimazione”. Di fatto, si violentano quelle peculiarità di definitività, serietà (nel senso di scrupolosità) di accertamento, approfondimento, che sono da sempre corollari intangibili della giurisdizione ordinaria. Muove proprio da questa considerazione, la critica di una parte della dottrina che definisce “giurisdizionalità minore”⁵³, quella che è sottesa in materia cautelare. Le connotazioni di ⁵⁴temporaneità e di funzionalità hanno di fatto attribuito alle misure, nel corso degli anni precedenti, una natura più amministrativa che giurisdizionale, proprio a causa dell’assenza di presupposti tutt’altro che chiari e definiti.

Nel testo originario del codice Rocco, non si indicavano specifici requisiti cautelari necessari per la custodia preventiva, ma si faceva riferimento ad una vaga considerazione circa le qualità morali dell’imputato. E’ incontestabile la

⁵² Il fondamento della custodia preventiva, è stato individuato in un primo tempo nelle esigenze di carattere cautelare, o strettamente inerenti al processo, così Corte cost., 12 luglio 1972, n. 132, successivamente però, la Corte ha qualificato la carcerazione preventiva, come presidio della difesa sociale, Corte cost., 22 gennaio 1974, n. 17, orientandosi infine verso una pluralità di funzioni dell’istituto, strumentale ad esigenze cautelari e, al contempo, alla tutela preventiva della collettività da gravi reati, Corte cost., 23 gennaio 1980, n. 1.

⁵³ Così in A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Torino, 2007, 733 ss,

⁵⁴ A.Scafati e A.Bernasconi, *Manuale di diritto Processuale Penale*, Torino, 2015, 328 ss.

matrice di natura amministrativa per la custodia cautelare, infatti la detenzione in carcere, nasce come misura di prevenzione finalizzata *ad continendos nomine non ad puniendo*, a riprova del vero e proprio substrato giustificativo che gli appartiene. Nel passato queste misure venivano disposte dalle amministrazioni; infatti solo con l'avvento delle codificazioni liberali si è attivato progressivamente un percorso di giurisdizionalizzazione. Il vero "germe" embrionale, generatore di questo *iter* di cambiamento, è rintracciabile nelle spinte garantiste dei liberali dell'800, le quali manifestarono il desiderio di affidare ad un giudice, l'applicazione della misura detentiva.⁵⁵ Il processo può ritenersi pienamente compiuto con il vigente codice di procedura penale, il quale rende piena attuazione alle riserve di giurisdizione e di legge poste dall'art. 13 Cost.⁵⁶ a tutela della libertà personale. Quando parliamo del fenomeno della giurisdizionalizzazione⁵⁷, dobbiamo riferirci alle misure cautelari *lato sensu* intese, quest'ultima viene pienamente e contestualmente realizzata attraverso la differenziazione dei ruoli delle figure del P.M. e del giudice.⁵⁸ Quest'ultimi devono mantenere una certa autonomia valutativa in materia cautelare, nella fase propriamente decisoria, sulla scelta della misura da adottare, solo così rimarranno vicendevolmente immuni da eventuali reciproche influenze durante il loro operato. La ragione sottostante ed ispiratrice di questo processo, mira a rimuovere

⁵⁵ V.Grevi, 4, 1996c, p.294; E.Zappalà 1990, p. 459. Si veda anche D.Negri, 4, 2004, p. 18.

⁵⁶ L'art. 13 Cost. è norma immediatamente precettiva, così Corte cost., 14 giugno 1956, n.2, essa attribuisce in capo al singolo, un diritto soggettivo perfetto, e valevole *erga omnes*, tanto nei confronti dei pubblici poteri, che dei privati, e non può essere limitato se non alle condizioni stabilite dalla stessa Costituzione, così A.Pace, *Libertà personale*, in Enciclopedia Dir., Vol. XXIV, Milano, 1974, p. 303.

⁵⁷ Il primo profilo generale da sottolineare, coinvolge la legittimità del potere cautelare, ed in particolare l'esigenza di giurisdizionalizzazione dei provvedimenti restrittivi (direttamente emergente, dalla Costituzione) espressa in modo eloquente dall'art. 279 c.p.p., secondo il quale sulla materia concernente le vicende cautelari personali, decide il giudice che procede, così E.Aprile, *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, 2003, p. 61ss. 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* (l. n. 330 del 1988) anticipando, anche se solo di poco, l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale. La scelta e la tempistica dell'intervento legislativo, dimostrano l'importanza riconosciuta al profilo, e la sua essenziale rilevanza nel nuovo sistema processuale, che si stava all'epoca attuando, così A.De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, (a cura di) A.Scafati, diretto da G.Spangher, *Prove e Misure cautelari*, Vol. 2, parte II, Torino, 2008, p. 33ss.

⁵⁸ La giurisdizionalizzazione riguarda tutte le misure, e si ottiene innanzitutto con la netta distinzione di ruoli tra P.M e giudice, che, già in parte anticipata dalla legge n. 330 del 1988, costituisce il vero punto di riferimento dell'intera riforma, così in A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Torino, 2007, 734 ss.

valutazioni discrezionali del giudice, “esorbitanti” quelle strettamente attinenti alla verifica dei presupposti di applicabilità previsti dalla legge. Questa costruzione pensata dal legislatore, sembra voler comprimere in misura più ampia possibile il margine di apprezzamento del giudice che esuli dalla valutazione prettamente ricognitiva.⁵⁹ Più precisamente si vuole orientare l’attività del giudice che rimane discrezionale, ma solo in ordine all’apprezzamento dell’esistenza dei requisiti richiesti *ex lege*, che laddove presenti, impongono l’applicazione della misura. La paternità della scelta vera e propria, in ordine alla natura e al grado delle misure cautelari, è da attribuire al legislatore, mentre il giudice non può fare altro che muoversi entro quei confini “invalicabili” precedentemente e tassativamente ben delineati. A rafforzamento di ciò, il provvedimento adottato dal giudice, idoneo a porre nello *status subiectionis* il destinatario, non vive di vita propria, ma attinge e mantiene la sua legittimità di esistere, perché e mentre, aderisce calamiticamente ad un modello precostituito per legge, al quale deve necessariamente conformarsi. Questa è la configurazione fisiologica di quel tipo di giurisdizione, figlia, della vocazione liberale dell’assetto di giustizia legale. Un importante vento di rinnovamento dell’intera esperienza cautelare è soffiato con la legge delega 16 febbraio 1987, n.81, introducendo importanti corollari in materia cautelare, primo tra tutti il principio di “progressione afflittiva”⁶⁰, che ha permesso una stratificazione gradualizzata delle varie misure da adottare.⁶¹ Questo intervento normativo, conferisce definitivamente all’organo giurisdizionale la titolarità esclusiva dei poteri in materia di restrizioni della libertà personale ex art. 2, n. 59 della suddetta legge, riconoscendo al pubblico ministero il potere di disporre il fermo di indiziati ex art. 2, n. 32.⁶² Questa distribuzione di funzioni è fatta propria dal codice dall’ art. 384 comma 1 c.p.p., da leggersi in combinato disposto con l’art. 307 comma 4 c.p.p.; mentre per quanto riguarda il concreto esercizio dell’utilizzo di provvedimenti *de libertate*, l’art. 279 c.p.p, chiarisce la titolarità della competenza decisionale, così come specificato dall’art. 91 disp. att.,

⁵⁹ Discrezionalità “ricognitiva” e non strumentale, così in A. Nappi, *op. cit.*, 735 s.

⁶⁰ F.Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 504s.

⁶¹ Questa nuova configurazione ha imposto al legislatore di pensare nuove forme di misure coercitive, diverse da quella carceraria che sino ad allora rappresentava la protagonista indiscussa dell’impianto cautelare, perché considerata quale unica misura adeguata, a tutelare effettivamente l’esigenze che si verificavano all’interno dell’iter procedimentale.

⁶² V.Grevi, G.Conso, M.Bargis, *Compendio di procedura penale*, Padova 2014, 410s.

la quale deve essere necessariamente correlata a quella dell'art. 291 c.p.p. (nonché a quelle degli art. 299 e 308 c.p.p.) dove si fa esplicita previsione di una disciplina particolare in caso di incompetenza del giudice.⁶³ Originariamente, il codice poggiava la scelta di una misura su parametri "liquidi", i quali esponevano il cittadino in un pericoloso stato di incertezza, infatti il potere cautelare era strutturato su presunzioni legali di pericolosità sociale, la quale veniva ricavata in relazione al fatto commesso, mentre il giudice era del tutto libero di procedere con valutazioni discrezionali e generiche, legate alla gravità del fatto o alla personalità dell'imputato.⁶⁴

⁶³ V.Grevi, G.Conso, M.Bargis, *op. cit.*, 410s.

⁶⁴ G. Russillo, *Provvedimenti cautelari nel processo*, Rimini, 2008, 603s.

1.3. I PROFILI IDENTITARI DELLE MISURE

La possibilità di incidere negativamente sulla sfera giuridica soggettiva⁶⁵ di un individuo, deve ritenersi ammissibile in virtù del sistema pensato dal legislatore del 1988. Sicuramente le lungaggini di alcune tipologie di processi, oppure la difficoltà, o la complessità di svolgimento di alcune indagini, richiedono tempo e quindi richiamano la protezione necessaria di alcuni interessi a cui lo Stato non può rinunciare. L'ordinamento così, si cautele da eventuali rischi in cui può incappare, adottando provvedimenti in itinere ed interinali immediatamente esecutivi, senza dover attendere la conclusione dell'*iter* procedimentale.

Questa "protezione" si rivela necessaria, a causa dei tempi non ragionevoli che troppo spesso caratterizzano la durata dei processi, in pendenza dei quali l'attività giurisdizionale, potrebbe vedere le sue finalità vanificate. E' evidente allora che con l'eccessivo protrarsi del processo, aumentino le difficoltà di perseguire il "reo", e in modo inversamente proporzionale, si affievoliscano le condizioni atte a ricostruire fedelmente la vicenda penalmente rilevante, ponendo in serio pericolo l'accertamento processuale. Non si possono però non nutrire profondi dubbi sul fatto che questa paura "legittima" dell'ordinamento, venga addebitata a discapito del soggetto sottoposto a misura, nonostante sia imputabile invece alla cronicità dell'inefficienza dell'amministrazione giudiziaria a smaltire un carico di lavoro sempre più elevato. Seppur possa sembrare retorico, è essenziale capire come la piattaforma giustificativa di un utilizzo cautelare distorto, oggi, trova fondamento, nell'incapacità da parte dello Stato a gestire una mole ingente di contenziosi, la quale provoca come effetto deplorabile un ampliamento esponenziale del senso di necessità di quelle esigenze disciplinate *ex art. 274 c.p.p.* Per una maggiore consapevolezza dell'entità della portata riformatrice, occorre compiere una breve delucidazione "propedeutica" circa le connotazioni intrinseche delle misure cautelari. I provvedimenti applicativi di una misura cautelare manifestano delle

⁶⁵ Per la giurisprudenza comune, la nozione di libertà personale *ex art. 13 Cost.*, comprende sia la libertà fisica intesa, tra l'altro, come diritto al rispetto della propria integrità corporea, sia libertà morale concepita come libertà di autodeterminazione, così Cass. Sez. IV, 11 luglio 2001, Firenzani, anche in ordine alla salvaguardia della propria salute, così Cass. Civ. Sez. III, 30 luglio 2004.

caratteristiche peculiari ed esclusive, che le differenziano da altri provvedimenti emessi dal giudice penale. La strumentalità⁶⁶ (da cui discendono gli ulteriori principi di temporaneità e provvisorietà⁶⁷) è la caratteristica fondamentale e fondativa della legittimazione delle misure, in quanto permette il raggiungimento di tre tipologie di finalità⁶⁸: assicurare l'accertamento del reato, garantire l'esecuzione della sentenza passata in giudicato, prevenire la consumazione di altri reati o l'aggravamento delle conseguenze dei reati già perfezionati. In tal senso l'azione cautelare, sia essa di natura civilistica o penalistica, si definisce come quell'azione volta ad evitare il verificarsi di situazioni che compromettono l'effettività della tutela giurisdizionale medesima, durante il tempo occorrente per ottenerla.⁶⁹

In altri termini, si identifica una finalità principale al cui soddisfacimento il procedimento giurisdizionale è orientato, e si prevedono poi azioni "cautelari" volte ad assicurarne la fruttuosità contro i pericoli che la possono pregiudicare.⁷⁰

Questo carattere "servente" (in quanto è sempre di ausilio ad un procedimento principale), consente di non vanificare le attività procedurali che altrimenti sarebbero "dissipate" se non adeguatamente protette, provocando un'inaccettabile dispendio di energie. L'urgenza, è il presupposto propulsivo delle misure, in quanto è la condizione necessaria che ne giustifica l'adozione, proprio per scongiurare che un intervento tardivo, possa compromettere la genuinità dell'esito processuale in presenza di una delle tre esigenze cautelari. E' interesse dello Stato, neutralizzare la possibile verifica di codesti rischi scongiurandone la concretizzazione, ovviamente questo traguardo è realizzabile solo se essi vengono tempestivamente sterilizzati. Un altro elemento fondamentale, per la metabolizzazione dei recenti interventi normativi⁷¹, è la prognosi di colpevolezza allo stato degli atti.⁷² Questo momento valutativo non è di intuitiva

⁶⁶ L. Tramontano, *Introduzione al Libro IV, Codice di procedura penale Studium* a cura di L. Tramontano, Piacenza, 2016, 610 ss.

⁶⁷ A. Scalfati e A. Bernasconi, *Manuale di diritto Processuale Penale*, Torino, 2015, 328ss.

⁶⁸ C. Patanè, M. Strano, M. Masoero, *Diritto processuale penale*, Vicalvi, 2016, 304s.

⁶⁹ C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, Vol. I, Torino, 1985.

⁷⁰ T. Epidendio, *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 novembre 2013.

⁷¹ G. Spangher, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la N. 47 del 2015* in *Diritto Penale contemporaneo*, 6 luglio 2015.

⁷² P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2014, 420ss.

classificazione, perché presenta delle insidie interpretative che potrebbero mortificare l'impianto garantista del nostro ordinamento. Il giudice nel valutare la meritorietà, in dottrina si parla anche di utilità⁷³ della misura, dovrà compiere un ventaglio molto ampio di considerazioni, che non possono né esaurirsi in cognizioni sommarie, né traslare in questa fase valutativa l'attribuzione di colpevolezza. Se dovessimo identificare il senso ultimo di questa valutazione, potremmo rintracciarlo nella serietà e quindi nella gravità indiziaria che emerge dagli elementi che sono stati raccolti da parte dell'accusa sin dall'inizio delle indagini. Proprio qui risiede l'enorme contraddizione del nostro sistema cautelare, il quale consente una sostanziale deroga alla presunzione di non colpevolezza se non all'esito di una sentenza "definitiva" che la statuisca, in quanto comprovata da elementi di fatto e di diritto evidenziati negli esauriti gradi processuali che ne hanno rilevato la sussistenza. Naturalmente il giudizio prognostico, è allo "stato degli atti", il che significa che l'accertamento si poggia inevitabilmente su un equivoco, infatti il soggetto sospettato di reità ha tutto l'interesse a che vengano compiute valutazioni che comprovino oltre ogni ragionevole dubbio che il destinatario della misura con elevata probabilità, sia stato l'autore del reato per cui si procede. Dall'altro, è evidente, che la scarsità di materiale probatorio non ne consente un'approfondita ponderazione. L'insufficienza della piattaforma probatoria, è intrinseca alla fase di applicazione di una misura, in quanto questa sede non è il luogo naturale per compiere valutazioni dal tenore colpevolista. E' pacifico pensare che sono presenti degli atti che verranno indiscutibilmente integrati o modificati successivamente da nuove rilevazioni, che saranno fatte valere o dall'accusa o dalla difesa. Per rivestire di giuridicità questa prognosi, è necessario interrogarsi circa le potenzialità che in astratto questi atti potrebbero sprigionare. E' necessario quindi pensare a quali vicende conseguenti processuali si verificherebbero, se quest'ultimi così cristallizzati, non venissero scalfiti in alcun modo al dibattimento, in altri termini è essenziale andare a verificare se gli elementi in possesso, sarebbero autonomamente idonei a legittimare una sentenza di condanna, in questo caso, e solo in questo senso, sarebbe ipotizzabile l'attuazione di una misura. Un altro

⁷³ A.Dalia-M.Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Vicenza, 2016, 297ss.

profilo molto interessante attiene all'immediata esecutività, infatti la tempestività del loro venire ad esistenza, tampona eventuali emorragie in termini di pericoli verificabili che le rende immediatamente e pienamente coattive nei confronti del destinatario. La loro efficacia però, non è *ad infinitum*, al contrario esse possono cessare di esistere per eccedenza dei termini massimi consentiti oppure per l'estinzione o l'attenuazione delle esigenze sottese. Da queste considerazioni emerge il loro carattere della provvisorietà, esse infatti, prima della sentenza definitiva, possono subire mutamenti fenotipici sia nell'*an* sia nel *quomodo*, in virtù del principio di perdurante operatività⁷⁴ del principio di adeguatezza.

In ultima analisi, le diverse sfaccettature delle misure qui sopra analizzate, impongono sostanzialmente al giudice un giudizio contro-fattuale, nel senso di valutare le conseguenze in termini di causa effetto, ipotizzandone una loro possibile non applicazione. Se all'esito di questa operazione il giudice dovesse rilevare invece una loro necessarietà concreta ed attuale ed una serietà indiziaria prossima alla certezza allora sarebbe tenuto ad applicarle, anche perché in caso contrario il processo sarebbe eccessivamente esposto a rischi che potrebbero minare la genuinità del suo svolgimento. L'intera vicenda cautelare, è caratterizzata da una contrapposizione di interessi, i quali devono essere necessariamente bilanciati, se da un lato lo stato vuole imporre la sua autorità impositiva, con un'eventuale misura restrittiva finalizzata alla tutela della collettività e degli interessi protetti dall'ordinamento, dall'altro, i consociati beneficiano della presunzione di non colpevolezza, che tenta di scongiurare degradazioni giuridiche *ante iudicium* dell'individuo, nei soli casi in cui essi si rivelino strettamente necessarie.

⁷⁴ M.Chiaavario, *Diritto Processuale Penale*, Torino, 2015, 796s.

1.4. I DUE CAPISALDI “DIGA” DELL’INTERO IMPIANTO CAUTELARE : IL PRINCIPIO DI LEGALITA’ E LA RISERVA DI GIURISDIZIONE

Le libertà sancite all’interno della Carta Costituzionale, permettono ad ogni consociato di esprimere in modo esponenziale la sua personalità, attraverso l’esercizio di numerose prerogative che gli vengono normativamente riconosciute. Queste libertà, facenti parte del patrimonio giuridico del soggetto, sono positivamente tutelate attraverso limiti “negativi” che servono ad orientare le condotte degli altri consociati, scongiurandone una loro possibile finalizzazione criminale. E’ fondamentale però non cadere in errore, qualificando l’aggettivo inviolabile (che accompagna spesso beni protetti dall’ordinamento di primaria importanza) come ⁷⁵intangibile, piuttosto, l’invulnerabilità deve essere intesa come la necessità di contenere possibili sacrifici ad interessi costituzionalmente garantiti, entro limiti accettabili, poiché precisi e pre-determinati. Non a caso, dopo che il dettato costituzionale afferma il principio di diritto, enuncia diverse possibilità di restrizione di questi diritti, le quali saranno legittimate esclusivamente se adottate in virtù di un atto motivato ex art. 13, comma 2 Cost.⁷⁶ Nella stessa direzione si dirigono le enunciazioni che hanno matrice internazionale⁷⁷, volte a tutelare la libertà e la sicurezza dell’individuo ex art. 5 Conv. eur. Dir. Umani⁷⁸ e art. 9 Patt. Int. Dir. Civ. e pol.⁷⁹

⁷⁵ A. Dalia-M.Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Vicenza, 2016, 236ss.

⁷⁶ L’art. 13 Cost., prevede innanzitutto una riserva di legge assoluta, che ammette l’intervento dei soli regolamenti di stretta esecuzione, ed impegna il legislatore a rispettare il principio di tassatività, così Cass. Sez. III, 4 maggio 2004, Mosca, in ordine all’individuazione dei “casi” e “modi” di restrizione della libertà personale, così A.Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, parte speciale, Padova, 1992, p. 189ss.

⁷⁷ Per avere un quadro complessivo dei principi fondamentali in tema di libertà personale, deve essere posta grande attenzione ai principi emergenti dalle Carte Internazionali, ed in particolare, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, dal Patto internazionale dei diritti civili e politici e dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, le quali costituiscono un ordito normativo di sicuro riferimento, così A.De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, (a cura di) A.Scafati, diretto da G.Spangher, *Prove e Misure cautelari*, Vol. 2, parte II, Torino, 2008, p. 30ss.

⁷⁸ Lo scopo di cui all’art. 5, par. 1 Cedu, è quello di evitare una privazione arbitraria della libertà personale da parte dei pubblici poteri, e ponderare inoltre la congruenza alla Convenzione della stessa legge nazionale, così (Corte eur. Dir. uomo, 23 giugno 2002, Butkevicius c. Lituania), un arresto effettuato dalle autorità di uno stato, sul territorio di un altro stato, senza il consenso di quest’ultimo, è illegittimo ai sensi dell’art.5, par. 1 Cedu, in quanto, arreca violazione del diritto della persona alla propria sicurezza, (Corte eur. Dir. uomo, 12 maggio 2005, Ocalan c. Turchia)

⁷⁹ Difatti le Carte internazionali dei diritti, assicurano, ad ogni persona, libertà e sicurezza ex artt. 5 Conv. Eur. Dir. Umani e 9 Patt. Int. Dir. Civ. e pol., specificando però che il riconoscimento, va

La tutela delle libertà, risiede nella legge, la quale deve esplicitare in modo tassativo, e ben definito, le fattispecie e le modalità di una loro eventuale limitazione, possiamo asserire quindi, che l'inviolabilità incontra un solo ed unico limite: quello della legge. Questo "ancoraggio" necessario, risiede nella delicatezza degli interessi in questione, infatti l'intero panorama processualpenalistico è avvolto dal principio di stretta legalità⁸⁰ nella sua duplice veste: *nullum crimen sine lege e nulla poena sine iudicio*.

Il tema della legalità in materia cautelare, intrinsecamente connesso al tema della giurisdizionalità, acquisisce un significato fondamentale per quanto concerne tutti quegli strumenti in grado di incidere negativamente "sulle libertà" degli individui, senza esaurire la nozione di libertà in quella meramente fisica di movimento o di circolazione. Soffermandoci esclusivamente sulla prima, la Corte Costituzionale l'ha definita come valore supremo⁸¹, rappresentativa del nucleo essenziale dell'individuo non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita, nonché all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto costituzionalmente protetto.⁸² La libertà personale, viene definita come tipica libertà negativa⁸³, la quale precede naturalmente e condiziona tutte le altre libertà, rendendo in definitiva possibile la loro esplicazione. L'apparato complessivo del sistema processuale penale, è costituito da quell'*humus* di valori fissati dalla Costituzione, la quale pone al centro della sua attenzione la persona umana, quale perno fondante dell'impalcatura normativa

inteso come garanzia che vieta l'arresto, o altre forme di privazione, per motivi diversi da quelli previsti dalla legge, oppure con una procedura che non siano legislativamente definite.

⁸⁰ I sistemi chiusi, come quello italiano, escludono poteri extra-legali, difatti l'art. 272 c.p.p. collocato all'*incipit*, serve quale sommario del Titolo I, da intendere *cum iudicio*: arresto in flagranza e fermo stanno altrove. Tale sfasatura "spaziale", viene criticata da parte della dottrina che ritiene un difetto quanto a tassonomia, che arresto in flagranza e fermo siano dislocate nel libro V, concernente le indagini preliminari, costituendovi un titolo (VI, fra "attività del pubblico ministero" e "Incidente probatorio"); mentre fuori dal codice esiste una giurisdizione volontaria coercitiva, *lato sensu* cautelare, (l. 3 agosto 1988 n. 327, "*Norme in materia di misure di prevenzione personali*"), così F.Cordero, *Procedura Penale*, Milano, 2012.

⁸¹ Corte Cost., 1996, 11 giugno n. 236.

⁸² La Carta Costituzionale formula un ventaglio ampio di singole categorie di libertà, riconducibili in senso lato alla persona, ma quelle rilevanti che possono essere considerate protette dalle garanzie sancite all'interno dell'art. 13 Cost., sono solo quelle connesse alla "fenomenologia" del procedimento penale, così in L.Bresciani, *Libertà personale dell'imputato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*. Vol. VII, Torino, 1993, 443ss.

⁸³ Così in C.Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, 1960, 1040ss

ideata dal legislatore; intorno alla quale gravitano una moltitudine di principi finalizzati alla sua massima valorizzazione.

Nella Carta fondamentale, il sistema protettivo costruito per l'individuo va inteso come tutela minima⁸⁴, che non può essere meramente ricondotta alla necessità di evitare arresti illegittimi o ingiustificati, ma vuole garantire a tutti i consociati, un iter normativo accusatorio che rifletta fedelmente l'anima costituzionale. Il concetto di libertà personale *lato sensu* intesa, ha una valenza che contiene contemporaneamente la libertà fisica del soggetto e la libertà morale, le quali vengono prese contestualmente in considerazione dall'art. 13 Cost.⁸⁵ per tamponare sue eventuali sopraffazioni nel processo penale. Nel primo comma, il suddetto articolo, ribadisce il carattere di eccezionalità di eventuali misure limitative, le quali debbono essere adottate⁸⁶ esclusivamente per esigenze di carattere cautelare strettamente inerenti il processo.

Nell'art. 13, comma 2, Cost.⁸⁷, è stabilita un'inequivoca riserva di legge in materia di libertà personale, “ non è ammessa forma alcuna di restrizione della libertà personale.. se non nei soli casi e modi previsti dalla legge...”, sembrerebbe quindi superfluo che una fonte normativa di rango primario, qual è il codice di procedura penale, riaffermi di fatto il principio di legalità cautelare. E' interessante vedere come in apertura del libro IV, Titolo I, c.p.p., si ribadisce quasi come una garanzia aggiuntiva ex art. 272 c.p.p.⁸⁸, che le libertà della persona possono essere limitate

⁸⁴ A.Scafati-A.Bernasconi, *Manuale di diritto Processuale Penale*, Torino, 2015, 323ss.

⁸⁵ Per molto tempo, la norma è stata ritenuta l'unica disposizione indirizzata espressamente alla tutela della libertà personale, ed è stata valutata essenzialmente nella ristretta ottica di “libertà negativa” o “libertà dagli arresti”. La nozione di libertà personale però, non può assumere un significato solo negativo, ma, al contrario, deve conquistare spazi positivi, aprendosi a tutte le dinamiche che li coinvolgono, così AA.VV., *La procedura penale*, (a cura di) G.Riccio, G.Spangher, Napoli, 2002, p. 208s, come la libertà morale o la dignità sociale, entrambi versanti ricollegabili direttamente al diritto in esame, così P.Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 111s.

⁸⁶ Corte Cost., 1970, 4 maggio n. 64.

⁸⁷ Il comma 2°, ex art. 13 Cost. che consente perquisizioni, ispezioni, nei casi e nei modi previsti dalla legge, ha la funzione di legittimare possibili interventi limitativi della libertà personale nel corso del processo, attraverso la previsione di specifiche garanzie connesse al doppio rigore tanto della tassativa previsione legislativa, quanto della promanazione giudiziaria, così A.De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, (a cura di) A.Scafati, diretto da G.Spangher, *Prove e Misure cautelari*, Vol. 2, parte II, Torino, 2008, p. 15s.

⁸⁸ La disposizione, nella sua semplicità, racchiude una molteplicità di profili. Innanzitutto, inserisce una caratteristica essenziale del sistema cautelare rappresentata dall'eccezionalità del provvedimento restrittivo, il quale non può considerarsi in alcun modo “fisiologicamente” connesso alla vicenda processuale penale, così G.Spangher, *Sub art. 272*, in *Codice di procedura penale commentato*, A.Giarda, G.Spangher, Vol. I, 3° edizione, Milano, 2007. L'eccezionalità del

soltanto con misure cautelari a norma delle disposizioni contenute nel suddetto titolo. L'avverbio "soltanto" è sintomatico della volontà legislativa di ricondurre in termini di eccezionalità⁸⁹ l'utilizzo delle misure restrittive, quest'ultimo assolve la funzione delicata di vincolare la discrezionalità del giudice, che potrà prendere vita, nei limiti delle tipiche⁹⁰ e nominate figure delle misure cautelari personali, così come tipici e nominati sono i casi, le forme, ed i presupposti. Il principio di legalità così sancito, riveste una duplice funzionalità⁹¹, da un lato asserisce che il potere di imporre delle restrizioni alla libertà della persona risiede esclusivamente nella legge, dall'altro specifica che queste restrizioni possono avvenire solo per perseguire una finalità cautelare.⁹² E' evidente allora come questo rapporto di logica relazione, tra l'art. 13 Cost. e 272 c.p.p., conferisce solidità normativa alla concezione secondo la quale i poteri di restringere le libertà della persona, costituiscono degli strumenti eccezionali stabiliti tassativamente ed esclusivamente dalla legge.⁹³ Così, mentre esiste un'evidenza normativa sul versante della tassatività, in ordine al tipo e alle modalità delle misure che possono essere utilizzate vincolandole rigorosamente alla previsione legislativa, lo stesso non si può dire in ordine alle finalità, o meglio, alle cause giustificative che ne legittimano la loro adozione. Parte della dottrina alla luce di queste considerazioni, ha sostenuto che sarebbe stato meglio inserire, per evitare qualsiasi opacità sui fini, l'espressione "soltanto con le misure cautelari".⁹⁴ Per quanto il significato valoriale espresso dall'art. 272 c.p.p., sia unidirezionalmente espresso nei confronti della libertà personale, il medesimo articolo attribuisce pari dignità anche alle altre libertà costituzionalmente garantite, ponendo in essere un

provvedimento limitativo della libertà personale, dimostra come la "vicenda cautelare" non può mai costituire la normalità, la fisiologia del processo, ma rappresenta, in ogni caso, un momento di "crisi" dalla quale emerge la lesione di alcuni fondamentali beni degni di tutela particolare. Difatti è un fatto molto positivo, che l'avvenimento di un evento così drammatico per l'ordinamento, cioè la lesione di un diritto fondamentale, venga considerato eccezionale e strumentale solo al raggiungimento di legittime finalità, peculiari e ben definite, così A.De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, (a cura di) A.Scafati, diretto da G.Spangher, *Prove e Misure cautelari*, Vol. 2, parte II, Torino, 2008, p. 34ss.

⁸⁹ A.Baudi, *il potere cautelare nel nuovo processo penale*, Torino, 1990, 36s.

⁹⁰ L.Grilli, *La Procedura Penale*, Padova, 2009, 554s.

⁹¹ D.Siracusano-G.Tranchina-E.Zappalà-A.Galati, *Diritto Processuale Penale*, Milano, 2013, 319ss.

⁹² E.Aprile, *Le misure Cautelari nel processo penale*, Torino, 2006, 70s.

⁹³ M.Ferraioli, voce *Misure Cautelari*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, 1996, 3s.

⁹⁴ D.Siracusano, G.Tranchina, E.Zappalà, A.Galati, *op. cit.*, 320s.

principio di legalità cautelare⁹⁵ “rafforzato”, con riferimento non solo alle misure coercitive, ma anche alle misure interdittive, entrambi riconducibili al *genus* delle misure cautelari personali. La norma costituzionale allora non è una mera specificazione di dubbia utilità, ma si pone invece rispetto a tutte le altre norme, come quelle codicistiche o speciali, come *lex generalis*.⁹⁶ Parte della dottrina lo ha classificato come un articolo che “suona vuoto”⁹⁷, tuttavia bisogna riconoscere l’indubbio significato bandiera⁹⁸ teso a manifestare l’adesione dell’ordinamento a certi valori, ma allo stesso tempo la norma presenta anche un carattere innovativo⁹⁹, eccedente il principio costituzionale “base”. Innanzitutto, nel ribadire il principio di tassatività, dei casi, e dei modi, già contenuto nella norma costituzionale, la norma codicistica fa un espresso riferimento alle “disposizioni del presente titolo”. Da ciò, deriva che ogni potere cautelare potrà essere esercitato esclusivamente con le modalità legislativamente previste nel titolo I, libro IV c.p.p., in stretta aderenza del principio di tassatività.¹⁰⁰ Si è però rilevato che un’espressione in “negativo”, per esprimere quel rapporto di “regola” ad “eccezione”, che sempre dovrebbe presidiare alla definizione dei confini tra il diritto alla libertà e le sue restrizioni, avrebbe espresso in modo migliore, e con maggior vigore, il vincolo di legalità del sistema cautelare.

Il soggetto cui è dotato di poteri idonei a restringere la libertà personale dei consociati, è pacificamente individuabile nella figura dell’organo giurisdizionale (titolare esclusivo), così come previsto dall’art. 279 c.p.p. Quest’ultima rappresenta la norma generale¹⁰¹, attributiva della competenza funzionale al giudice “che procede”, il quale assume così le vesti del dominus indiscusso¹⁰², in

⁹⁵ E. Aprile, G. Canzio, *Codice di Procedura Penale*, Milano, 2013, 3s.

⁹⁶ O. Dominioni, P. Corso, G. Spangher, A. Gaito, G. Garuti, *Procedura Penale*, Torino, 2015, 359s.

⁹⁷ F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 478s.

⁹⁸ G. Illuminati e G. Conso, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2015, 1064s.

⁹⁹ M. Chiavario, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1989, 74s.

¹⁰⁰ M. Chiavario, *Diritto Processuale Penale*, Torino, 2015, 743ss.

¹⁰¹ D. Siracusano, G. Tranchina, E. Zappalà, A. Galati, *Diritto Processuale Penale*, Milano, 2013, 320 s.

¹⁰² Difatti, la legge deve prevedere tassativamente, così Corte cost. 29 aprile 1982, n.79, i casi al ricorrere dei quali un’autorità di pubblica sicurezza può limitare provvisoriamente la libertà personale, mentre non deve richiamare necessariamente, le condizioni di eccezionale necessità ed urgenza, che devono intendersi come presupposte, e vanno comunque valutate e congruamente motivate, tanto dall’autorità procedente, che dal giudice in sede di convalida, così Corte cost. 20 novembre 2002, n.512. Il presupposto dell’eccezionalità, non si collega alla rarità della fattispecie

particolare modo in ordine all'applicazione, la revoca, ed eventuali modifiche delle misure cautelari, sia nel momento in cui vengono richiesti i provvedimenti, sia quando debbono essere adottati d'ufficio. Quando la fase propriamente processuale non è ancora iniziata, la competenza spetta al giudice per indagini preliminari, quale organo istituzionalmente chiamato a garanzia dei diritti del cittadino a svolgere una funzione giurisdizionale¹⁰³, anche se un'azione penale non è stata ancora esercitata.

Erroneamente, si attribuisce il merito esclusivo della raggiunta giurisdizionalizzazione delle misure cautelari all' art. 13 Cost., che rappresenta sicuramente un baluardo portante dell'inviolabilità personale in uno stato di diritto.¹⁰⁴ La matrice fautrice del suddetto iter, trova infatti le sue fondamenta costitutive in tema di misure cautelari nell' art. 279 c.p.p.¹⁰⁵ L'art. 13 Cost., abbraccia un ampio ventaglio di configurazioni restrittive possibili, includendo sia quelle minori (di tipo processualistico: perquisizioni, ispezioni¹⁰⁶ ecc...di

considerata, bensì al suo porsi al di fuori della regola ordinaria, così in *Commentario breve alla Costituzione*, II edizione, a cura di S.Bartole e R.Bin, Padova, 2008, 104s.

Quanto alla "necessità ed urgenza", è sufficiente perché i suddetti estremi siano realizzati, che la situazione contemplata dalla legge, sia tale, da prospettare come possibile la necessità del provvedimento (tant'è vero che trova un riscontro testuale nel termine "può" adottato dall'art. 13 co. 3, Cost.) salvo poi lasciare all'autorità di pubblica sicurezza il compito di verificarne la ricorrenza in concreto, così Corte cost. 20 aprile 1977, n.64.

¹⁰³ D.Siracusano, G.Tranchina, E.Zappalà, A.Galati, *op. cit.*, 320s.

¹⁰⁴ Dalla lettura dell'art. 111, comma 7, c.p.p. emerge la necessità che i provvedimenti che incidono in modo cospicuo sulla libertà personale, i quali vengono definiti come restrizioni significative, debbono promanare necessariamente dal giudice. Viene sancito invece dall'art. 13 Cost. che la legittimità di forme di restrizione, incidenti sulla libertà personale, debbono aver luogo solo nei casi e modi previsti dalla legge, con atto motivato dell'autorità giudiziaria, includendo quindi anche il pubblico ministero. Si ricava però dal combinato disposto dei due articoli appena citati, che solamente compressioni "gravi ed irreparabili" della libertà fisica come le misure cautelari debbono essere sempre previste dal giudice essendo solo queste passibili di ricorso diretto per cassazione. Le misure minori, come le perquisizioni, le ispezioni, l'accompagnamento, che invece determinano una restrizione transitoria della libertà, possono essere disposte anche dal pubblico ministero e non sono soggette a ricorribilità diretta dinanzi la Corte di Cassazione. A.Scafati e A.Bernasconi, *Manuale di diritto Processuale Penale*, Torino, 2015, 325ss., per tali restrizioni definite "minori", pur se coinvolgono la nozione di libertà personale recepita in modo "ampio" dall'art. 13 Cost., è sufficiente la concreta operatività della doppia riserva, di legge e di promanazione giudiziaria, così A.De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, (a cura di) A.Scafati, diretto da G.Spangher, *Prove e Misure cautelari*, Vol. 2, parte II, Torino, 2008, p. 17s.

¹⁰⁵ Secondo il quale sulla materia concernente le vicende cautelari personali (applicazione, revoca, modifiche concernenti le modalità esecutive) decide il giudice che procede.

¹⁰⁶ Queste restrizioni, transitorie e più lievi, possono essere disposte anche dal pubblico ministero e non sono soggette al controllo di legittimità, se, infatti, per un verso, non tutte le "piccole restrizioni" meritano di essere portate immediatamente al vaglio della Corte di Cassazione, per altro verso, quelle restrizioni transitorie, proprio per essere tali, non possono essere rimosse con

differente natura: misure di prevenzione) sia, quelle più stigmatizzanti, come le misure cautelari vere e proprie, ovvero, l'arresto ed il fermo (misure precautelari). La possibilità di inficiare la sfera giuridica soggettiva dell'individuo nella sua più intima e sacra prerogativa, si basa però sul presupposto irrinunciabile, secondo il quale, l'esercizio di un diritto non può mai sacrificare altri diritti o valori costituzionalmente garantiti, incontrando così, numerose resistenze normative all'interno del sistema giuridico stesso. Per scongiurare lacerazioni di legittimazione delle misure, è essenziale l'apporto ausiliario di altre norme costituzionali, poiché conferiscono razionalità e coerenza all'intera piattaforma cautelare.

E' fondamentale quindi un'analisi congiunta¹⁰⁷, alla luce delle predette considerazioni, dell' art. 27, comma 2, Cost.¹⁰⁸, e l'art. 111 Cost. Nel primo caso, attraverso una lettura non "miope", è identificabile un principio non espresso ma indirettamente ricavabile dal contenuto della norma. Una volta ribadita la presunzione di non colpevolezza sino a condanna definitiva, il legislatore vuole lanciare un messaggio "nascosto", ancor più pregnante di significato applicativo, rispetto a quello appena enunciato. Questa attività ermeneutica di più ampio respiro, permette di identificare la natura dei provvedimenti restrittivi, quest'ultimi infatti non possono che atteggiarsi quali strumenti eccezionali.¹⁰⁹

Non meno importante è l'art. 111, comma 7, Cost. che fornisce un'importante guida di indirizzo, confermando l'esigenza di giurisdizionalizzazione delle misure, in particolar modo per quelle incidenti in modo consistente sulla libertà personale. Questo assunto, è palesemente evidente laddove rimarca che il

ricorso di legittimità, ma potranno essere sottoposte al vaglio della Cassazione unitamente alla sentenza, così A.De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, (a cura di) A.Scafati, diretto da G.Spangher, *Prove e Misure cautelari*, Vol. 2, parte II, Torino, 2008, p. 17s.

¹⁰⁷ La combinazione, in un'ottica sistematica, di queste disposizioni fonda la "filosofia cautelare", cioè la matrice ontologica della vicenda cautelare, che, in sostanza, rappresenta la fondamentale conquista democratica in materia, così A.De Caro, *op. cit.*, p. 17s.

¹⁰⁸ Interessante è anche lo spunto secondo cui si potrebbe riconoscere a questo frammento normativo una valenza extra-processuale, ed in particolare, l'onere a carico degli organi di informazione di evitare la criminalizzazione dell'imputato prima che si giunga a sentenza; così in *Commentario breve alla Costituzione*, II edizione a cura di S.Bartole e R.Bin, Padova, 2008, 246 s.

¹⁰⁹ Che qualifica il provvedimento restrittivo come *extrema ratio*, così A.De Caro, *op. cit.*, p. 16s.

provvedimento restrittivo, per essere impugnato dinanzi la Corte di Cassazione¹¹⁰, deve essere pronunciato da organi giurisdizionali, cioè non può essere disposto dall'ufficio del pubblico ministero, evidenziando "in grassetto" come le riduzioni significative di libertà personale, non possono promanare da organi diversi¹¹¹ dal giudice.¹¹² La proceduralizzazione legislativa delle dinamiche anticipative e costitutive delle misure in questione, rappresenta una fondamentale protezione dei cittadini nei confronti degli spazi di manovra e dell'attività dispositiva dei giudici. Il margine di "apprezzamento" che quest'ultimi detengono in ottica cautelare, risulta considerevolmente ristretto, ed intessuto, da una fitta rete normativa, essa infatti garantisce che la possibile discrezionalità cautelare,

¹¹⁰ Concepito dal legislatore al fine di creare un meccanismo di tutela differenziata, ed immediata, delle restrizioni significative della libertà personale, così M.Ferrajoli, *Il riesame dei provvedimenti sulla libertà personale*, Milano, 1989, p.194s.

¹¹¹ La locuzione "autorità" di pubblica sicurezza, può riferirsi ad ogni soggetto a cui la legge attribuisca specificatamente l'autorità di compiere atti di polizia, così Corte cost. 8 aprile 1970, n.89, che riconosce legittima la norma di legge che autorizza, a determinate condizioni, l'arresto del reo da parte del privato cittadino; *contra* I.Faso, *La libertà di domicilio*, Milano, 1968, p. 166ss., che invece circoscrive la legittimazione agli ufficiali e ai funzionari, ma non agli agenti di polizia. Il giudice costituzionale, con riferimento all'art. 13 co. 3, Cost., parla genericamente di "autorità amministrativa" titolare dei relativi poteri, così Corte cost. 23 aprile 1998, n.136. I poteri che vengono esercitati *ex art. 13, co. 3, cost.* dall'autorità di pubblica sicurezza sono meramente sostitutivi di quelli conferiti all'autorità giudiziaria: ne consegue che essi non sono legittimamente esercitati quando vi sarebbe stato il tempo di munirsi dell'autorizzazione del giudice, così A.Pace, *Libertà personale*, in *Enciclopedia Dir.*, Vol. XXIV, Milano, 1974, p. 198s.

¹¹² Con carattere di estrema eccezionalità l'art. 13, comma 3, Cost., prevede la possibilità di interventi limitativi "provvisori" della libertà, posti in essere dall'autorità di pubblica sicurezza in casi eccezionali di necessità ed urgenza. La precisione con cui il legislatore individua i limiti di tale facoltà, assicura che essi siano provvisori e subordinati, a pena di nullità, ad una convalida dell'autorità giudiziaria, che dovrà avallare o meno l'operato della p.g., laddove l'esigenza di un'operatività immediata dell'autorità di pubblica sicurezza non permette l'interpello preventivo del giudice, così A.Scafati e A.Bernasconi, *op cit.*, p. 326 ss. In questa ipotesi, posta la delicatezza del versante, l'individuazione dei limiti al potere restrittivo delle forze di polizia è davvero minuziosa. Il carattere della provvisorietà, condizionato all'indispensabile convalida dell'autorità giudiziaria, entro limiti temporali ristretti e tassativamente previsti, implica l'eccezionalità della situazione concreta nella quale il potere invasivo si manifesta. Il richiamo ai concetti di necessità ed urgenza, indica senza possibilità di equivoci, come la selezione emargini tutti i casi nei quali è possibile l'intervento preventivo del giudice, o comunque, ove previsto dall'autorità giudiziaria. Non basta però che la situazione concreta richieda come necessario ed urgente l'intervento limitativo dell'autorità di pubblica sicurezza, perché esso è pure subordinato all'eccezionalità delle tipologie di intervento. Difatti, se fosse legittima una restrizione della libertà personale in tutti i casi di necessità ed urgenza, sarebbe priva di significato l'ulteriore specificazione dell' "eccezionalità" della norma costituzionale. Il richiamo, invece, qualifica la vicenda, riconoscendo la sua peculiarità nel fatto di consentire un intervento preventivo della forza pubblica solo in situazioni contingenti ed estremamente residuali, ove non sono in alcun modo ipotizzabili altre modalità garantite di intervento, così A.De Caro, *op. cit.*, p. 18s.

In dottrina al fine di limitare l'autorità di pubblica sicurezza si è sostenuto che i poteri ad essa spettanti dovrebbero escludere ispezioni e perquisizioni: ovvero atti ad efficacia istantanea insuscettibili, di per sé, di convalida, G.Abbamonte, *Libertà e convivenza*, Napoli 1954, p. 70ss.

Opposto l'orientamento seguito dal giudice costituzionale

rimanga adeguatamente imbrigliata dalle “catene” legali prestabilite normativamente dal legislatore.

1.5. LA PERDURANTE PROTEZIONE DEI DIRITTI DELLA PERSONA : LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELLA PERSONA SOTTOPOSTA A MISURA CAUTELARE

La fase dell'esecuzione delle misure cautelari, è accompagnata da una permanente garanzia, attenta, ai diritti della persona nel momento in cui viene sottoposta all'applicazione di una misura. La norma a baluardo della posizione soggettiva dell'imputato, è contenuta nell'art. 277 c.p.p.¹¹³, essa rivela una bilateralità necessaria in termini di bilanciamento di diritti, tra l'esecuzione delle misure e l'eventuale compressione dei diritti. La norma si riferisce in particolare al *quomodo* delle modalità esecutive delle misure, che non possono andare ad "intaccare" il patrimonio minimo garantito di diritti soggettivi appartenenti all'individuo, facendo salva però una possibilità. Il legislatore infatti, ammette una "deroga" a questo elementare canone di civiltà giuridica¹¹⁴, riconoscendo la possibilità di eventuali compressioni alla sfera giuridica del soggetto, quando un'inerzia cautelare risulti incompatibile con la protezione di una delle esigenze cautelari. Seppur apparentemente essa possa apparire come una deroga praticabile senza alcuna remora, possibili contrasti potrebbero sorgere con il principio cardine della salvaguardia dei diritti della persona in termini di stretta eccezionalità¹¹⁵, eccependo l'impossibilità comunque, che le limitazioni ai diritti garantiti non possono sostanziarsi in una loro totale eliminazione, per effetto dell'applicazione di una misura.¹¹⁶ Il significato più profondo della proclamazione di principio contenuta nel codice, si annida nella volontà del legislatore di assicurare alla personalità dell'imputato-indagato una protezione normativa che metta a riparo i consociati, da ingerenze inumane e degradanti del potere cautelare. Il riconoscimento codicistico dei diritti della persona ha però una duplice finalità, che non si esaurisce nella mera stigmatizzazione della possibilità che la misura assuma carattere vessatorio¹¹⁷, ma essa pone un limite al potere discrezionale del giudice in fase di determinazione di possibili prescrizioni

¹¹³ L'art. 277 c.p.p. garantisce alla persona l'esercizio dei suoi diritti fin dove sia compatibile con la congiuntura cautelare, così F.Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012.

¹¹⁴ V.Grevi, G.Conso, M.Bargis, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014, 334s.

¹¹⁵ V.Grevi, G.Conso, M.Bargis, *op.cit.*, 334s.

¹¹⁶ Cass., sez. I, 27 luglio 1995, n. 4298.

¹¹⁷ A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Torino, 2007, 335 ss.

aggiuntive, alla misura concretamente disposta(in virtù anche del principio collaterale di stretta legalità cautelare). Il principio di adeguatezza che caratterizza l'intero assetto cautelare, non rappresenta semplicisticamente un parametro da rispettare, per scegliere meramente una misura che non risulti "sovrabbondante" alle finalità cautelari che si vogliono perseguire. Esso è un principio di carattere "precettivo", difatti ha la funzionalità di stimolare la promozione di modalità esecutive delle varie misure, che siano il più possibile rispettose ed aderenti, al principio dell' intangibilità dei diritti della persona. Questa norma trova spazi applicativi in modo ancor più ricchi di significato in tema di "detenuti", essa infatti richiama di fatto il principio più generale contenuto nell' art. 35-ter¹¹⁸, ord. penit. L. 26 Luglio 1975, n.354 rappresentando anche l'antecedente logico del principio espresso nell'art. 285, comma 2, c.p.p. Questa norma tenta di evitare abusi in *itinere*, per cui la persona sottoposta a misura carceraria, non può subire limitazioni della libertà prima del trasferimento in istituto, se non per il tempo, e con le modalità strettamente necessarie alla sua traduzione. La disposizione ovviamente, non vuole ridurre la sfera dei diritti processuali, ma sottolineare più che altro che la concretizzazione delle misure, sia funzionalmente orientata ad assicurare a tutti il godimento dell'universalità dei diritti di cui la persona dispone in quanto tale. Le situazioni giuridiche soggettive inviolabili che attengono alla protezione dell'individuo dall'abuso del potere pubblico, *lato sensu* inteso, sono antecedenti ed indipendenti¹¹⁹ alle vicende processuali, e aprioristicamente più importanti delle esigenze funzionali che si materializzano all'interno di esse, infatti sono valedoli *erga omnes*. La situazione di incompatibilità, che può verificarsi con la violabilità potenziale di tali diritti, è "accettabile" solo in casi di stretta eccezionalità, manifestando il fatto che possibili interferenze tra misure cautelari e diritti soggettivi possono verificarsi sempre alla luce della preminente importanza delle libertà della persona.¹²⁰ La *ratio legis* sottesa alla norma codicistica, è quella del minor sacrificio necessario¹²¹ per i diritti della persona, ma per poter realizzarlo concretamente evitando che rimanga una mera

¹¹⁸ Introdotto dal d.l. n. 92 del 26 giugno 2014, entrato in vigore il 28 giugno, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 117.

¹¹⁹ M. Chiavario, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Vol. III, 1989, 86s.

¹²⁰ V.Grevi, G.Conso, M.Bargis, *Compendio di procedura penale*, Padova 2014, 414ss.

¹²¹ E. Marzaduri, voce *Misure cautelari personali*, in *Dig. Pen.*, vol. VIII, 1994, 74s.

enunciazione di principio, è fondamentale che il ricorrere alla custodia cautelare in carcere quale misura più afflittiva delle possibili irrogabili, sia realmente necessitato dall'impossibilità delle altre misure, nell'assicurare di fatto le medesime garanzie per l'ordinamento.

CAPITOLO 2

**PRESUPPOSTI E CONDIZIONI GENERALI DI
APPLICABILITA' "AGGRAVATE" : *IL FUMUS COMMISSI
DELICTI* ED I "NUOVI" *PERICULA LIBERTATIS***

2.1. ALTERITÀ TRA VALUTAZIONE CAUTELARE E VALUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PENALE

Il principio di legalità, quale indefettibile corollario del potere restrittivo a disposizione del giudice, rappresenta sicuramente la *condicio sine qua non* per la venuta ad esistenza di qualsivoglia misura cautelare. Il principio di tipicità, immanente a quello di tassatività, prevede che eventuali possibilità applicative di strumenti cautelari devono avere come antecedente logico-giuridico una norma che li preveda esplicitamente. Questo inscindibile connubio di principi non sono di mero ornamento normativo ma sprigionano una loro utilità pratica in ogni singola decisione cautelare condizionando non di poco la discrezionalità del giudice che è incontrovertibilmente limitata e che proprio per queste ragioni viene definita in dottrina come “vincolata”.¹²² Il codice di rito prevede le regole generali di applicabilità delle misure cautelari nell’art. 272 c.p.p. e presuppone come limite “base” alla loro potenziale adozione quello derivante dall’analisi di tipo positivo circa la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza.¹²³

Per poter porre in essere una misura cautelare personale non è necessaria la sussistenza di una prova ancorché diretta o indiretta. La gravità indiziaria implica che gli elementi raccolti devono essere forniti dei requisiti della certezza effettuale e della gravità. Con la prima accezione il legislatore vuole indicare la finalità della verifica cautelare che non può e non deve esaurirsi nel mero sospetto o nella mera congettura ipotetica. Con la gravità invece si vuole identificare la capacità dimostrativa e quindi la pertinenza del dato rispetto al *thema probandum*.¹²⁴ Non sono invece necessarie a questi fini le caratteristiche previste dal codice civile di concordanza e precisione, indispensabili esclusivamente se il giudice vorrà fondare la decisione definitiva su presunzioni e non su prove certe e dirette. Questa assenza trova la sua ratio giustificativa nel voler alleggerire rendendo più agevole e più snella la ricerca e l’accertamento

¹²² E. Aprile, G. Canzio, *Codice di procedura penale*, Volume IV, Milano, 2013, 14s.

¹²³ Con la clausola gravi indizi di colpevolezza il legislatore vuole indicare una sintesi anticipata di tutti i requisiti necessari a condannare: l’accertamento positivo del fatto materiale tipico e dell’antigiuridicità, nonché la possibilità di attribuire psicologicamente il fatto all’imputato rimproverandogli il comportamento tenuto a titolo di dolo, colpa, o preterintenzione, così D. Negri, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 116s.

¹²⁴ A. Scafati e A. Bernasconi, *Manuale di diritto Processuale Penale*, Torino, 2015, 331ss.

degli elementi posti a fondamento di una decisione meramente interinale. L'introduzione del comma 1-*bis* dell'art 273, c.p.p (la cui inserzione è stata prevista dalla legge 1 marzo 2001 n. 63) ha inciso in modo rilevante sul tema di valutazione della prova ai fini cautelari¹²⁵, il richiamo esclusivamente ai soli c. 3 e 4 art.192, c.p.p. hanno forgiato un orientamento giurisprudenziale per il quale i requisiti di precisione e concordanza non rileva ai fini della decisione cautelare.¹²⁶ Seppur queste conclusioni appaiono legittime sotto il profilo formale destano qualche perplessità sotto il profilo sostanziale¹²⁷, poiché la differenza tra indizi utilizzabili in sede di giudizio conclusivo di merito ed indizi utilizzabili in sede cautelare può avere risvolti pratici in totale distonia con il principio di non colpevolezza che deve trovare applicazione anche nel procedimento cautelare.¹²⁸ Alcune pronunce infatti (seppur utilizzando in questa sede criteri di valutazione probatoria basati sul canone della probabilità in deroga al principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)¹²⁹ si dirigono verso la necessità che gli elementi indizianti siano plurimi, precisi e concordanti per poter definire una qualificata probabilità di colpevolezza¹³⁰ onde evitare che un' interpretazione meno garantista produca una distorsione al mondo cautelare.¹³¹

Il secondo accertamento di tipo "negativo" è strumentale a scongiurare la possibilità di comprimere la libertà in presenza di fatti idonei ad inibire la punibilità o a giustificarne comunque la condotta (nella duplice possibilità di scriminarla o consentirla) ovvero quando esistano delle cause che comportano l'estinzione del reato (amnistia e prescrizione) o della pena che si ritiene possa essere irrogata (indulto)¹³², i quali si pongono in potenziale contrasto con la

¹²⁵ C.Papagno, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Milano, 2009, p. 497.

¹²⁶ Cass. sez. I, 24 gennaio 2002, Gottsche.

¹²⁷ Trovando riscontro anche alcune pronunce giurisprudenziali, Cass. 21 giugno 2012, n. 36267

¹²⁸ E. Marzaduri, *Note di sintesi del forum sulla disciplina delle misure cautelari personali*, in *La legislazione penale*, 2006, Volume 26, fascicolo 2, p. 393.

¹²⁹ M. Chiavario, *Diritto processuale Penale*, Torino, 2015, p. 758s.

¹³⁰ Cass., sez. IV, 21 giugno 2012, n. 40061, nello stesso senso Cass. sez. I, 4 maggio 2005 , n. 19867.

¹³¹ C.Papagno, *op. cit.*, Milano, 2009, p. 497.

¹³² In particolare si è precisato che la mera prospettiva dell'applicabilità dell'indulto in relazione ai reati per cui si procede non comporta di per sé il divieto di applicare misure coercitive e non legittima la revoca di quelle che sono state imposte, ove la causa estintiva della pena ai sensi dell'art. 273, comma 2, c.p.p. non risulti applicabili alla persona che vi è sottoposta in base ad

previsione di una possibile applicazione di una sanzione. Anche se non espressamente previsto dalla norma, per identità di *ratio* si ritiene ragionevole supporre che anche eventuali formule di improcedibilità sono idonee ad impedire l'adozione di una misura.¹³³

La terminologia usata dal legislatore per delineare la piattaforma indiziaria non è meramente indicativa ma richiede e richiama una esplicita qualifica che gli elementi indiziari debbono necessariamente possedere: la gravità. Gli elementi così debbono essere connotati dalla suddetta caratteristica che li fa divenire rilevanti per una potenziale decisione di tenore cautelare. La norma in precedenza prevedeva la sufficienza come caratteristica necessaria annessa agli indizi, infatti per poter usufruire di una misura era bastante un'intensità "probatoria" minore rispetto alla configurazione attuale prevista dal codice. E' evidente che l'iter di irrobustimento previsto dal legislatore pone le sue ragioni nell'estrema importanza e delicatezza della materia, prestando particolare attenzione alle potenzialità negative che si potrebbero sprigionare dalla misura preventiva di maggiore invasività che il nostro ordinamento possa concepire, cioè la privazione del diritto alla libertà di movimento.¹³⁴ Accanto al nucleo essenziale della norma il comma 1 *bis*, fa esplicito richiamo ad alcuni parametri di valutazione della prova (art. 192, commi 3 e 4, c.p.p.) e di utilizzabilità *ex art.* 195, comma 7, 203 e 271, comma 1, c.p.p. La configurazione della norma così evidenzia la necessità di una più minuziosa adeguatezza degli elementi a sostegno di un eventuale provvedimento restrittivo. Per avere una maggiore comprensione della portata differenziale tra due termini, seppur semanticamente distanti e di non facile intuizione interpretativa, è bene compiere un *distinguo* tra il concetto di prova e quello di indizio che viene preso in considerazione come elemento portante dell'intero assetto cautelare. Quest'ultimo in ambito cautelare riveste un'accezione differente¹³⁵ da quella prevista all'art. 192, comma 2, c.p.p. in tema di valutazione

elementi certi, obiettivi e desunti dalla posizione personale dell'indagato, così Cass., sez. VI, 6 Febbraio 2007, n. 28632.

¹³³ A.Scalfati e A.Bernasconi, *op. cit.*, 330ss.

¹³⁴ C.Zaina, *Custodia cautelare: dichiarazioni del coimputato e gravi indizi di colpevolezza*, in www.altalex.com, 7 novembre 2006.

¹³⁵ Cass., sez. IV, 15 maggio 2014, n.22345.

della prova, anche se non mancano orientamenti divergenti¹³⁶, inteso come elemento di minore intensità probatoria idoneo a fondare con carattere di probabilità l'attribuzione della commissione del reato per cui si procede ad una persona specifica. Sostanzialmente il giudice, alla luce di tutti gli elementi acquisiti, compie una prognosi in termini probabilistici della sussistenza della responsabilità penale. La giurisprudenza¹³⁷ è orientata a qualificare il termine indizio¹³⁸ in materia cautelare come elemento probatorio tale da far apparire probabile la responsabilità penale dell'indagato in ordine al fatto per cui si procede possedendo, rispetto alla prova certa e diretta, una minore capacità dimostrativa.¹³⁹ L'orientamento della Corte Costituzionale sembra voler rimarcare il fatto per cui la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza implica la realizzazione di un giudizio prognostico sull'elevata probabilità della colpevolezza dell'imputato-indiziato, giudizio peraltro di tipo "statico", in quanto basato sui soli elementi acquisiti dal pubblico ministero i quali hanno una vocazione strumentale ad assicurare il raggiungimento degli scopi delle misure ed al contempo il soddisfacimento delle esigenze cautelari allo stato degli atti e durante il procedimento.¹⁴⁰

Questa lontananza terminologica dall'accezione di prova vera e propria fonda le sue radici nella dicotomia che esiste tra valutazione propriamente cautelare e quella funzionale all'accertamento definitivo della responsabilità penale, i quali per loro natura vengono ad esistere in due momenti processuali del tutto differenti. Mentre la prima compare nella stragrande maggioranza dei casi nella fase delle indagini utilizzando quindi tutti gli elementi investigativi raccolti sino a quel momento, la seconda valutazione si incentra invece sulla colpevolezza che viene rilevata, con l'eccezione di alcuni casi particolari come nel giudizio abbreviato o in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti, grazie all'utilizzo di prove formate o introdotte all'interno della sede naturale di

¹³⁶ Cass., sez. 18 luglio 2013, n. 31448., secondo la quale è necessario il ricorso anche al canone posto dall'art. 192, comma 2, c.p.p., laddove prevede che gli indizi devono essere plurimi, precisi e concordanti, da ciò giungendo alla conclusione per cui in assenza della pluralità e concordanza degli indizi, la discrezionalità valutativa del giudice non può esercitarsi in quanto carente della certezza del fatto da cui trarre il proprio convincimento.

¹³⁷ Cass., sez. II, 28 novembre 2007, n. 770.

¹³⁸ Cass., sez. III, 29 gennaio 2015, n. 11283.

¹³⁹ A.Scafati e A.Bernasconi, *Manuale di diritto Processuale Penale*, Torino, 2015, 331ss.

¹⁴⁰ Corte cost., 24 aprile 2009, sent. n. 121.

formazione delle prove, il dibattimento. La gravità indiziaria esprime una prognosi di colpevolezza in termini qualitativi e quantitativi degli elementi raccolti, i quali debbono manifestare una solidità tale da supporre ragionevolmente che il soggetto contro cui si sta procedendo sia il responsabile del fatto oggetto della vicenda. Nonostante questa fase, il livello di certezza non deve raggiungere quello sbarramento rappresentato dall'oltre "ogni ragionevole dubbio" necessario invece in sede di condanna definitiva¹⁴¹, è fondamentale però, per un giudizio cautelare rispettoso dei corollari in tema di principi e dei parametri di legalità che gravitano attorno il mondo cautelare, l'accertamento che esista un'elevata probabilità di colpevolezza.¹⁴² Quest'ultima deve ricavarsi pertanto da quella parvenza probatoria in virtù della quale è pacifico ritenere sussistente sia il reato per cui si procede sia un legame visibile causale con il soggetto¹⁴³, secondo un'attribuibilità ragionevole e non azzardata all'imputato-indagato. Per tali ragioni non si richiede la certezza della colpevolezza che risulti *ictu oculi* dall'evidenze probatorie ma è necessario che l'insieme delle risultanze indiziarie sia rappresentativo di una più che mera probabilità di colpevolezza non congetturata, ma scaturente da elementi connotati dal carattere della gravità.

I gravi indizi di colpevolezza richiesti dall'art. 273, comma 1, c.p.p., per l'applicazione o per il mantenimento di misure cautelari personali possono essere desunti da qualsiasi elemento di indagine, con esclusione solamente di quelli che sin dall'inizio non hanno quella "vocazione" a divenire prove in dibattimento cioè non hanno l' idoneità in astratto ad assurgere a rango di prova per la decisione di colpevolezza definitiva.¹⁴⁴ Gli elementi indiziarie possono essere desunti anche dal mero dispositivo di una sentenza di condanna presupponendo l'affermazione della responsabilità stabilita all'interno di quest'ultima, un quadro indiziarie sicuramente più solido¹⁴⁵ e più ampio¹⁴⁶ di quello richiesto dall'art. 273 c.p.p. Essi devono riferirsi obbligatoriamente ed univocamente alla persona nei confronti della quale

¹⁴¹ Cass., sez.I, 26 gennaio 1994, Damiani.

¹⁴² La giurisprudenza ha parlato di alto grado probabilità logica, Cass. sez. IV, 27 febbraio 2014, n. 9695, la dottrina invece ha parlato della qualità del requisito sintomatico di colpevolezza la quale deve consistere nell'elevato grado di credibilità razionale, così G. De Santis, *Gli effetti del tempo nel reato. Uno studio tra casistica e dogmatica*, Milano, 2006, 101s.

¹⁴³ Cass., sez.II, 19 giugno 2013, n.26764.

¹⁴⁴ Cass., sez. I, 12 febbraio 2003, n. 319.

¹⁴⁵ Cass., sez. VI, 8 novembre 1999, n. 2961.

¹⁴⁶ Cass., sez. VI, 30 ottobre 1998, n.2852.

si deve applicare la misura cautelare, l'individualizzazione degli indizi infatti rappresenta un principio fondamentale dal quale è impossibile derogare senza violare in maniera evidente le garanzie apprestate dalla legge in favore della libertà dell'individuo e contemporaneamente i principi costituzionali.¹⁴⁷

E' indubbio che il giudizio cautelare sia caratterizzato dalla sommarietà della valutazione che si arresta a quella certezza minima richiesta dalla norma che diverge ontologicamente da quella generalmente effettuata in sede di emanazione di una sentenza, tranne nei casi ovviamente in cui la misura prenda vita contestualmente o successivamente ad una sentenza di primo o secondo grado. La sommarietà presenta due caratteristiche intrinseche che sono individuabili nella parzialità e nella superficialità.¹⁴⁸ La prima deve essere letta come incompletezza del materiale cognitivo sul quale si fonda la scelta della misura che nella maggior parte delle ipotesi è *in fieri*, poiché soprattutto durante l'esplicazione delle indagini preliminari la piattaforma "probatoria" è sicuramente labile in quanto ancora nella sua fase genetica, e costruita *ad hoc* dal pubblico ministero che possiede la prerogativa di selezionare unilateralmente il materiale da sottoporre all'attenzione del giudice ai fini di qualsiasi richiesta cautelare.¹⁴⁹

Proprio per questa ragione gli atti che hanno avuto origine nella fase investigativa sono atti inidonei a fondare una decisione dibattimentale, il potere di delimitazione del p.m., ossia di far emergere discrezionalmente ed esclusivamente quegli atti che ritiene possano essere di supporto ad una richiesta cautelare, hanno preoccupato parte della dottrina, qualificando tale potere come inquietante.¹⁵⁰ Tuttavia le perplessità in questo senso emerse sono state tacitate dalla modificazione dell'art. 291, comma 1, c.p.p., prevedendo che il pubblico ministero debba presentare al giudice, non solo gli atti a fondamento della richiesta ma anche tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate.¹⁵¹ Alcuni in dottrina ritengono che il problema è stato

¹⁴⁷ Cass., sez. I, 11 ottobre 1996, n. 4671

¹⁴⁸ A. Scalfati e A. Bernasconi, *Manuale di diritto Processuale Penale*, Torino, 2015, 332ss.

¹⁴⁹ L'onere di fornire gli elementi probatori per valutare la personalità del soggetto e la sua pericolosità, in base ai parametri elencati dall'art. 133, c.p.p. grava sul pubblico ministero al momento della presentazione della domanda di applicazione della misura cautelare così E. Marzaduri, *Commento all'art. 4 l. n. 332 del 1995*, in www.legislazioepenale.eu 1995, p 619s.

¹⁵⁰ M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 277s.

¹⁵¹ A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Torino, 2007, 749ss.

parzialmente risolto¹⁵² in quanto permane comunque una discrezionalità¹⁵³ per quanto concerne la valutazione sul fatto che un atto o qualsiasi elemento di prova sia oggettivamente e favorevolmente *pro reo*.¹⁵⁴ Nonostante qualche ragionevole preoccupazione latente la norma però rende in modo esplicito e puntuale un obbligo di ostensione di tutti gli atti inclusi quelli che siano il frutto dell'attività difensiva ed eventualmente investigativa dell'imputato. La valutazione cautelare nell'accezione di superficialità evidenzia invece la dicotomia permanente rispetto alla qualità della valutazione e quantità degli elementi probatori caratterizzanti la decisione sulla responsabilità penale, essa infatti sarebbe manifestamente illegittima se si fondasse su una piattaforma indiziaria labile.

La legge non esplicita in modo chiaro ed univoco cosa debba intendersi precisamente per indizi e quale sia il loro metro per ponderarne l'intensità affinché possano essere rilevanti per l'applicazione di una misura. Quest'ultima considerazione infatti viene rimessa al prudente apprezzamento del giudice, interessandosi il legislatore solo a vincolarlo in sede di valutazione sulla necessità della misura a parametri che se insuscettibili di una rigorosa pre-determinazione normativa sono enucleabili alla luce delle "ragioni" dell'esperienza.¹⁵⁵ Il termine "indizio" deve essere inteso come una scia unidirezionalmente orientata verso il *thema probandi*, la quale seppur non riesca a provarlo direttamente è raggiungibile attraverso ragionamenti di stampo inferenziale.¹⁵⁶ In questo senso allora si può cogliere il vero *humus* identitario su cui si innesta la gravità indiziaria, infatti essa deve necessariamente far fondare il giudizio cautelare su una serietà probabilistica tale da lasciar veramente pochissimi dubbi circa la colpevolezza del soggetto. Gli elementi indiziari così debbono possedere quella sintomaticità della colpevolezza tale da far apparire più che meramente probabile la responsabilità dell'imputato per cui si procede.

La differenza tra valutazione cautelare e valutazione della responsabilità penale però non deve essere estesa in modo esponenziale; infatti l'elemento

¹⁵² G. Giostra, *Modifiche al codice di procedura penale: nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, 127s.

¹⁵³ Cass., sez. II, 12 luglio 1996, Cannizzaro.

¹⁵⁴ Cass., sez. I, 11 luglio 2000, Nicchio.

¹⁵⁵ A. Dalia e M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Vicenza, 2016, 294s.

¹⁵⁶ A. Dalia e M. Ferraioli, *op. cit.*, 294s.

discriminante che le rende ontologicamente differenti non è rappresentato dall'*an* ma dal *quantum* dell'intensità della certezza indiziaria la quale rappresenta un punto di partenza per poter instaurare eventuali decisioni di tenore più afflittivo. Sicuramente il giudizio cautelare mantiene un'indipendenza ma non autonomia rispetto al giudizio di cognizione che mira all'emanazione di una sentenza di merito. Questa concatenazione causale è resa necessaria dal principio cardine dell'intero ordinamento espresso dalla presunzione di non colpevolezza che richiede comunque anche preventivamente la pronuncia finale accertativa della responsabilità, una valutazione assolutamente minuziosa poiché sole se compiuta con queste modalità potrà rivestire di legittimità eventuali richieste cautelari. Il legislatore ha costruito così una fitta trama di parametri decisionali¹⁵⁷ che orientano la discrezionalità del giudice nei limiti delle loro possibilità, infatti un margine di manovra circa la scelta finale sulla misura da adottare permane comunque nelle "corde" dell'organo giudicante. Seppur in dottrina non è pacifica una netta distinzione tra "indizi" e "prove", il legislatore è intervenuto con la l. 1 marzo 2001, n.63, innovando la portata normativa dell'art. 273 c.p.p.¹⁵⁸ introducendo il comma 1 *bis* il quale sancisce l'operatività non solo di alcune specifiche regole dettate in tema di inutilizzabilità probatoria, ma anche di una norma tipicamente utilizzata per la valutazione della prova ai fini della decisione giudiziale, qual è quella contenuta nell'art. 192, comma 3 e 4, c.p.p.¹⁵⁹ Nel panorama complessivo delle valutazioni da compiere in sede cautelare devono essere tenute in considerazione le dichiarazioni rese dal coimputato e dagli imputati di reati connessi e collegati. Tali dichiarazioni possono giustificare la misura solo se supportate, ai sensi del citato art. 192 c.p.p., dalla presenza di

¹⁵⁷ O. Dominioni, P.Corso, G. Spangher, A.Gaito, G. Caruti, *Procedura Penale*, Torino, 2015, 360s.

¹⁵⁸ L'introduzione di questo comma è stata ritenuta per molti autori la conferma indiretta dell'inapplicabilità generale alle misure cautelari delle norme sulle prove, così F.Viggiano, *Cautele personali e merito*, Padova 2004, 44 s., non mancano però orientamenti giurisprudenziali diametralmente opposti, Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 39915 secondo cui l'obbligo della motivazione e la pregnanza della valutazione circa la forte valenza indiziante degli elementi a carico dell'imputato impongono un approfondito ed incisivo apprezzamento probabilistico di segno positivo in ordine alla colpevolezza, ancorché condotto allo stato degli atti e basato non su prove ma su indizi, tale da superare la tradizionale divaricazione tra le sommarie deliberazioni di tipo indiziario rilevanti in sede cautelare e il giudizio di merito dell'accusa riservato alla sede dibattimentale.

¹⁵⁹ G. Conso, V.Grevi, M.Bargis, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014, 410s.

ulteriori elementi che confermino l'attendibilità delle asserzioni provenienti da quei specifici soggetti.¹⁶⁰ Anche a tal proposito la giurisprudenza non si è pronunciata uniformemente circa la necessità o meno che questi "riscontri" debbano essere estrinseci ed individualizzanti¹⁶¹ cioè sintomatici di una connessione causale tra l'indagato ed il fatto per cui si procede. Sicuramente l'orientamento da prediligere è quello concernente la necessità della sussistenza di questa qualità accessoria così com'è stato palesemente evidenziato dalla giurisprudenza più recente che di fatto ha superato quella linea di indirizzo tracciata originariamente.¹⁶² L'accertamento del giudice infatti non può arrestarsi meramente all'esistenza di un quadro indiziario circoscritto agli elementi di conferma del fatto, ma dovrà tendere ad una verifica che sia in grado di collocare la condotta dell'imputato in quello specifico caso che costituisce oggetto dell'imputazione temporaneamente sollevata.¹⁶³ Il mutamento lessicale rispetto al codice previgente si traduce così in un rafforzamento della consistenza della piattaforma indiziaria¹⁶⁴, nonostante si possa nutrire qualche perplessità in ordine alla reale portata innovativa della "metamorfosi semantica", l'intento del legislatore è quello di tamponare eventuali applicazioni di misure che sono il frutto di eccessive disinvolture¹⁶⁵ e non promanano, come dovrebbero, da un giudizio seriamente ponderato.

¹⁶⁰ Cass. sez. I, 24 aprile 2003, Esposito; in direzione opposta si pronuncia la Cass. sez. II, 21 settembre 2000, n. 2563, secondo cui le dichiarazioni accusatorie *de relato* sono idonee ad integrare il quadro gravemente indiziario richiesto dall'art. 273 c.p.p. per l'applicazione delle misure cautelari personali ancorchè non siano suffragate da riscontri individualizzanti, ritenendo sufficiente a tal fine, la sussistenza di riscontri oggettivi anche non riferibili alla persona dell'indagato, dai quali risulti confermata la credibilità intrinseca del dichiarante in riferimento all'episodio o agli episodi delittuosi in cui l'indagato è coinvolto.

¹⁶¹ L.Grilli, *La Procedura Penale*, Padova, 2009, 561s.

¹⁶² Sez. Un., 21 aprile 1995, n.11, Costantino

¹⁶³ Cass. sez. VI, 17 febbraio 2005, Scoma.

¹⁶⁴ G. Conso, V.Grevi, M.Bargis, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014, 411s.

¹⁶⁵ G. Conso, V.Grevi, M.Bargis, *op. cit.*, 411.

2.2. LA PORTATA INNOVATIVA DEL COMMA 2-BIS DELL'ART. 275 C.P.P. : RIMEDIO "FITTIZIO" CONTRO L'ABUSO DELLA CUSTODIA CAUTELARE ?

La vita delle misure cautelari personali è strettamente dipendente alle specifiche vicende processuali a cui si riferiscono; non a caso esse possono essere applicate solo quando il reato per cui si procede è qualificato come delitto. Per le contravvenzioni infatti esiste un divieto di utilizzo di misure che vadano ad incidere sulla persona facendo salva la possibilità, per queste fattispecie penali di minore intensità, dell' applicazione di misure che insistono meramente su beni materiali dell'imputato attraverso l'adozione di misure cautelari reali.

Per le misure coercitive ed interdittive la legge prevede un necessario sbarramento edittale. Infatti esse possono applicarsi solo quando la fattispecie incriminatrice oggetto del processo preveda la pena dell'ergastolo oppure della reclusione che sia superiore nel massimo a tre anni.¹⁶⁶ Per la custodia cautelare in carcere il tetto massimo, grazie all'innalzamento del limite operato da un recente intervento normativo¹⁶⁷, di 5 anni¹⁶⁸ salvo che si proceda per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n.195, e successive modificazioni.¹⁶⁹ A tal riguardo esistono due deroghe: la prima prevista dall'art. 280, comma 3, c.p.p. che prevede

¹⁶⁶ Quale presupposto "oggettivo" invalicabile, così Così M. Coppetta, *Le modifiche al comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p. e il d.l. 26 giugno 2014, n. 92*, in L. Giuliani, *La Riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, 46s.

¹⁶⁷ Il limite temporale di quattro anni è stata sostituito da quello di cinque anni di reclusione dall'art.1, comma 1, lett. 0a), n.1), del D.L 1 Luglio 2013, n.78, convertito, con modificazioni, nella L. 9 agosto 2013, n.94, a decorrere dal 3 luglio 2013.

¹⁶⁸ Quest'articolo nel prevedere che la custodia cautelare in carcere possa essere disposta solo per delitti per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni (poiché era tale il limite al tempo della pronuncia della sentenza), non può certamente essere interpretato nel senso in cui rimanga esclusa l'ipotesi di delitti punibili con la pena dell'ergastolo, dovendosi in questo senso considerare l'ergastolo, in quanto detenzione a vita, come assimilabile, nelle intenzioni del legislatore alla reclusione, così Cass. sez., I, 28 marzo 1996, n. 1244.

¹⁶⁹ L'intervento novellistico non esaurisce la sua portata innovativa esclusivamente ridelineando a "rialzo" il perimetro edittale, infatti esso esplicitamente esclude dall'applicabilità dello sbarramento edittale il delitto di finanziamento illecito dei partiti (l.2 maggio 1974, n.195); questo richiamo espresso costituisce un elemento di novità rispetto all'ordinario canone "quantitativo", infatti in questo caso il legislatore utilizza un criterio qualitativo ossia di individuazione di categorie criminali per cui opera l'eccezione di cui all'art. 280. Comma 2, c.p.p. espressione di precise scelte di politica criminale, così M. Cortesi, in A.Diddi, R.Geraci, *Misure cautelari "ad personam" in un triennio di riforme*, Torino, 2015, 14s.

l'inapplicabilità del limite di pena previsto dal comma 2 nei casi di trasgressione alle prescrizioni inerenti ad una misura cautelare; la seconda concerne l'ipotesi dell'applicazione di una misura in sede di udienza di convalida dell'arresto o del fermo *ex art.* 391, comma 5, c.p.p.

Per quanto concerne la custodia cautelare in carcere il processo di rafforzamento della funzione di *extrema ratio* ad essa attribuita è passato attraverso una prima relevantissima modifica compiuta dal legislatore con il d.l. 26 giugno 2014, n. 92¹⁷⁰, convertito in legge dalla l. n.117 del 2014, che ha dato concreta attuazione alle sollecitazioni provenienti dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo.¹⁷¹ Per effetto dell'entrata in vigore di questa norma si è stabilita un'estensione del divieto di disporre la custodia cautelare in carcere non solo quando si ritiene concedibile in sentenza la sospensione condizionale della pena¹⁷² ma anche quando l'organo giudicante prognostichi all'esito del giudizio l'inflizione di una pena detentiva non superiore a tre anni.^{173 174}

E' evidente che le modifiche apportate dal legislatore all'art. 275, comma 2 bis, nascono dall'esigenza di dare pratica attuazione a provvedimenti deflattivi che possano ridurre il ricorso "facile" alla custodia cautelare in carcere. Senza ombra di dubbio l'intervento normativo ha l'ambizione di compiere uno sfoltimento della tensione detentiva¹⁷⁵, quale problematica prioritaria da affrontare¹⁷⁶, cercando assieme ad altre misure precedentemente adottate¹⁷⁷ di ridurre la drammatica distanza dei nostri istituti di pena a quei livelli minimi di dignità espressivi di uno

¹⁷⁰ L'interpolazione è stata motivata nello stesso decreto facendo la norma riferimento alla straordinaria necessità ed urgenza di modificare il comma 2 bis dell'articolo 275 del codice di procedura penale, al fine di rendere tale norma coerente con quella contenuta nell'articolo 656 c.p.p., in materia di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva.

¹⁷¹ Corte. Eur., 8 gennaio 2013, Torregiani c. Italia.

¹⁷² Uff. Mass. Cass. Settore Penale, 6 maggio 2015.

¹⁷³ La prognosi sulla *pena irroganda* non sarà necessaria per le ipotesi previste dagli artt. 275, comma 3, c.p.p., 276, comma 1-ter e 280, comma 3, c.p.p.

¹⁷⁴ Il giudizio prognostico si impernia sul prevedibile risultato finale del processo, il giudice cioè è chiamato a compiere una valutazione, provvisoria e circoscritta negli effetti in ordine alla sanzione che potrà essere inflitta, così Cass. sez. VI, 15 maggio 1995, n. 1227.; il giudice è tenuto a valutare il fatto di reato in concreto addebitato e non la fattispecie astrattamente intesa, poichè il giudizio sulla gravità di questa è stato formulato dal legislatore nello stabilire (in punto di diritto sostanziale) l'entità della pena ed (in punto di diritto processuale) i minimi di pena che rendono applicabili le misure cautelari, così Cass. sez. VI, 25 giugno 1993, n. 862.

¹⁷⁵ Così M. Coppetta, *op. cit.*, 36s.

¹⁷⁶ A. Scalfati in A.Diddi, R.Geraci, *Misure cautelari "ad personam" in un triennio di riforme*, Torino, 2015, 10s.

¹⁷⁷ L. 26 novembre 2010, n.199; L. 9 agosto 2013, n. 94; L. 28 aprile 2014, n. 67.

stato di diritto. La necessità di rispondere repentinamente alle istanze di miglioramento ha rappresentato il movente per cui la norma in questione è stata strappata dalla sua sede “naturale” in cui è stata ideata¹⁷⁸ per tentare di limitare il ricorso alla restrizione carceraria affievolendo il penoso *status* in cui versano gli istituti penitenziari italiani.¹⁷⁹ La fretteolosità dell’intervento si evince palesemente dalla configurazione ideata primordialmente dal legislatore, la quale prevedeva un divieto assoluto *tout court* della custodia cautelare in carcere laddove l’interprete avesse ritenuto ragionevole prevedere l’irrogabilità di una pena all’esito del processo sottostante i 3 anni di reclusione.¹⁸⁰ Questa posizione venne vista come eccessivamente estremista tale da svuotare radicalmente di significato il potere cautelare di coercizione, questa deriva radicale di fatti venne repentinamente neutralizzata grazie alla legge di conversione 11 agosto 2014 n.114, che ha previsto una serie consistente di limitazioni depotenziando il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere.¹⁸¹ Con questo recupero, seppur necessario, *in extremis* di alcune ipotesi derogatorie il legislatore sembra aver smarrito l’intento innovativo ispiratore della modifica all’art. 275, comma 2 – bis, poiché più saranno le ipotesi che legittimeranno comunque il ricorso alla misura più afflittiva, minori saranno le capacità di cambiamento effettivo volto a limitare l’abuso¹⁸² nell’utilizzo di tale misura.¹⁸³ La *ratio legis* si annida nella necessaria

¹⁷⁸ La norma in questione trova infatti il suo momento genetico nei lavori preparatori alla legge 16 aprile 2015, n.47.

¹⁷⁹ M. Cortesi, in A.Diddi, R.Geraci, *Misure cautelari “ad personam” in un triennio di riforme*, Torino, 2015, 14s.

¹⁸⁰ Infatti, l’art. 8 del d.l. n.92 del 2014 prevedeva un divieto assoluto della misura carceraria se all’esito del giudizio il giudice riteneva ragionevole applicare una pena inferiore ai tre anni di reclusione.

¹⁸¹ E’ innegabile che la legge di conversione abbia ridotto drasticamente la portata dirompente del decreto legislativo inserendo una pletera di reati e clausole di salvezza che permettono in alcuni casi che le esigenze cautelari possano continuare ad essere soddisfatte con la custodia in carcere anche nella previsione di pene che saranno irrogate inferiori ai tre anni. Così M. Coppetta, *op. cit.*, 37 s.

¹⁸² Il nuovo divieto è stato vivacemente discusso in quanto per alcuni in determinati casi impedisce l’attuazione dell’unica misura capace di fronteggiare i *pericula libertatis*, così F. Viganò, Una norma da eliminare: l’art. 8 del d.l. 92/2014, in www.dirittopenalecontemporaneo.com, 7 luglio 2014, per altri esso sarebbe espressione di un sano garantismo volto a contrastare la fallace concezione del carcere preventivo come “cura standard” per neutralizzare le persone pericolose e tranquillizzare così l’opinione pubblica, in questo senso M. Ceresa-Gastaldo, *Tempi duri per i legislatori liberali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 10 luglio 2014.

¹⁸³ La Corte eur. Dir. Uomo con il suo *ultimatum* rivendica la necessità per l’Italia entro un anno dalla sua sollecitazione di pensare ed attuare provvedimenti strutturali che realmente facciano cambiare rotta ad una prassi giurisdizionale distorta, codesto risultato sicuramente non è realizzabile se il legislatore italiano si ostina a ricorrere a riforme “timide” o ad ipotesi derogatorie

sinallagmaticità, in termini di proporzionalità bilanciata, tra la custodia cautelare in carcere e la pena detentiva che si ritiene possa essere irrogata ex art. 275, comma 2, c.p.p.¹⁸⁴ In dottrina si parla di correlazione logica¹⁸⁵ tra le esigenze cautelari che si vogliono proteggere ed i parametri di personalizzazione costituiti dai criteri di proporzionalità ed adeguatezza i quali devono essere necessariamente ponderati prima di poter giungere alla decisione cautelare. Il principio di proporzionalità¹⁸⁶ impone al legislatore l'elaborazione di fattispecie cautelari che limitino il più possibile il rischio di una restrizione *in vinculis* di chi all'esito del processo non subirà pena¹⁸⁷ quale condizione imprescindibile¹⁸⁸ di legalità cautelare.¹⁸⁹

E' lo stesso decreto che nel preambolo giustifica l'iterpolazione normativa¹⁹⁰ facendo ricondurre la sua *ratio* alla necessità di rendere tale norma coerente con quella contenuta nell'art. 656 c.p.p. in materia di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, infatti il limite edittale introdotto coincide con quello di regola richiesto dall'art. 656, comma 5 c.p.p. per la sospensione dell'esecuzione

alla normativa riformatrice "a maglia larga". Infatti il nuovo divieto introdotto con al netto delle compressioni previste dalla legge di conversione è "criticabile" essenzialmente perché non rappresenta ciò di cui il sistema penale avrebbe bisogno: cioè una terapia d'urto contro l'abuso della custodia cautelare in carcere.

¹⁸⁴ Così M. Coppetta, *op. cit.*, 38s.

¹⁸⁵ M.Rinaldi, *Misure cautelari e criterio di proporzionalità*, in www.altalex.com, 8 aprile 2010.

¹⁸⁶ In materia di misure cautelari personali il principio di proporzionalità non interferisce sulla disciplina delle condizioni generali di applicabilità di dette misure contenuta nell'art. 273 c.p.p., quest'ultime non vengono meno sol perché possa prevedersi che in caso di condanna, la pena inflitta sia condizionalmente sospesa, giacché, pur essendo compresa la sospensione condizionale fra le cause di estinzione del reato, alla cui categoria fa riferimento il comma 2 del citato art. 273 c.p.p., essa dipendendo solo da valutazioni discrezionali da effettuare solo in sede di giudizio e soprattutto, essendo sottoposta a condizione risolutiva, non si concilia con l'esigenza chiaramente espressa dalla disposizione anzidetta, che la causa estintiva sia già maturata e definitivamente operante, così Cass. sez. VI, 17 maggio 1993, n 848.

¹⁸⁷ D. Negri, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 8 s. nello stesso senso M. Caianiello, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale* in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 giugno 2014.

¹⁸⁸ M. Ceresa-Gastaldo, *Tempi duri per i legislatori liberali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 10 luglio 2014.

¹⁸⁹ In dottrina si parla di congruità che deve sussistere tra la misura in concreto applicabile e la *deminutio libertatis* che ne deriva dall'applicazione della stessa, la decisione cautelare infatti è teleologicamente orientata al minor sacrificio necessario il quale impone che la decisione cautelare si diriga sempre verso l'adozione della misura meno afflittiva, così in V.Grevi, *Misure Cautelari*, in G.Conso-V.Grevi-m.Bargis, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014, 417s.

¹⁹⁰ F.Viganò, *Una norma da eliminare: l'art. 8 del d.l. 92/2014*, in www.dirittopenalecontemporaneo.com, 7 luglio 2014.

dell'ordine di carcerazione.¹⁹¹ In questi termini si è finalmente restituita la dignità che spetta al principio di proporzionalità evitando che un soggetto il quale all'esito del giudizio possa godere di una misura alternativa al carcere (come l'affidamento in prova, la semilibertà ecc..) possa comunque assaggiare¹⁹² il carcere preventivamente. La concretizzazione normativa del principio di proporzionalità volta ad evitare prassi abusive della custodia in carcere ha trovato come barriera alla piena esplicazione del principio suddetto una folta schiera di ipotesi preclusive previste dalla nuova configurazione del novellato art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p. Innanzitutto la regola non opera nei casi in cui la custodia carceraria è ritenuta adeguata in caso di sussistenza di esigenze cautelari o quando le esigenze non possono essere pienamente soddisfatte da altre misure ex art. 275, comma 3, c.p.p. oppure in caso di violazione degli arresti domiciliari riguardanti il divieto di non allontanarsi dalla propria abitazione ex art. 276 comma 1-*ter* facendo salva l'ipotesi del fatto di lieve entità.¹⁹³ Un'altra ipotesi di non operatività del divieto può concretizzarsi quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni misura, la misura degli arresti domiciliari non può essere adottata per mancanza di un idoneo luogo di esecuzione ex art. 284, comma 1, c.p.p. A queste deroghe si aggiungono un'eterogeneità di reati che precludendo la possibilità di concessione di benefici penitenziari non consentono la sospensione dell'ordine di esecuzione della condanna quale: l'incendio boschivo ex art. 423-*bis* c.p.p, lo stalking ex art. 612-*bis* nonché all'intero gruppo di reati previsto dall'art. 4-*bis* ord. penit. indipendentemente dalla rigidità delle preclusioni poste alla fruizione delle misure premiali.¹⁹⁴ In fase di conversione del decreto il legislatore ha introdotto queste eccezioni al divieto dell'uso della custodia carceraria per evitare il pericolo di limitare eccessivamente il soddisfacimento delle preminenti esigenze securitarie che potrebbe materializzarsi laddove venga prevista la “fuga” dal carcere di coloro

¹⁹¹ Ovviamente questa previsione depotenzia l'opposta prescrizione contenuta nel comma 9 lettera *b* dell'art. 656 c.p.p. il quale proibisce la sospensione della carcerazione quando il condannato si trovi in stato di custodia cautelare nel momento in cui la sentenza diventa definitiva, così M. Daniele, *Il Palliativo del nuovo art. 275 comma 2 bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, in www.dirittopenalecontemporaneo.com, 22 settembre 2014.

¹⁹² Così M. Coppetta, *op.cit.*, 39s.

¹⁹³ Questa previsione circa la lieve entità riferibile alla trasgressione è stata introdotta dalla legge n. 47 del 2015.

¹⁹⁴ Così M. Coppetta, *op. cit.*, 41s.

che qualora condannati non avranno i requisiti per l'esecuzione in *extra moenia* della pena.¹⁹⁵

L'elencazione (come spesso accade nel diritto penale) delle fattispecie impeditive all'applicazione dell'istituto appare illusoriamente esaustiva lasciando inevitabilmente fuori delitti di eguale gravità criminale producendo di fatto una disparità di trattamento e creando non pochi dubbi sulla costituzionalità della norma. La disposizione oggetto di modifica infatti non richiama l'art. 284, comma 5-*bis*, secondo cui non è possibile concedere gli arresti domiciliari a chi sia stato condannato con sentenza irrevocabile per il reato di evasione nei cinque anni precedenti al fatto per i quali si procede, salvo che il giudice ritenga sulla base di specifici elementi che il fatto sia di entità lieve e che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con tale misura.¹⁹⁶ Un altro rinvio irragionevolmente omesso è all'art. 391, comma 5, c.p.p., secondo cui nell'udienza di convalida dell'arresto eseguito per uno dei reati previsti dall'art. 381, comma 2, c.p.p o per uno dei delitti per i quali l'arresto è consentito anche fuori i casi di flagranza, è applicabile la custodia in carcere anche al di fuori dei limiti previsti dagli artt. 274, comma 1, lett. *c* e 280 c.p.p.¹⁹⁷ L'operazione che il giudice deve compiere per verificare la "sostenibilità" dell'applicazione della misura carceraria consiste nel prevedere l'irrogabilità potenziale di una pena da eseguire¹⁹⁸ che sia superiore almeno ai tre anni di reclusione.¹⁹⁹ Questa valutazione prognostica²⁰⁰ si rivela molto ardua da

¹⁹⁵ D. Chinnici-I. Pardo, *La modifica dell'art. 275, comma 2-bis c.p.p tra punti fermi e zone d'ombra*, in *Archivio penale*, 2014, p. 4s.

¹⁹⁶ M. Daniele, *Il Palliativo del nuovo art. 275 comma 2 bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, in www.dirittopenalecontemporaneo.com, 22 settembre 2014., questa previsione ha fatto perdere il carattere assoluto all'impossibilità di ricorrere agli arresti domiciliari in caso di evasione accertata da una sentenza nel quinquennio precedente grazie all'art. 6 della legge 16 aprile 2015 n.47.

¹⁹⁷ A.Laronga, *La riforma dell'art. 275, co. 2 bis, cp.p.: una nuova preclusione all'impiego della custodia cautelare in carcere*, in *Misure cautelari e libertà personale*, in *Questione Giustizia*, 6 ottobre 2014, p. 49

¹⁹⁸ Alcuni in dottrina hanno ipotizzato che la nuova disciplina preveda che il divieto di custodia in carcere si applichi anche laddove il residuo di pena eseguibile sia inferiore a tre anni di reclusione con il conseguente obbligo per i giudici che procedono, di disporre la sostituzione della misura con altra meno afflittiva o la revoca della stessa, questa tesi è assolutamente da rigettare in quanto l'espressione "all'esito del giudizio" non lascia ampi spazi interpretativi riferendosi univocabilmente alla pena inflitta o da infliggere con la sentenza da parte del giudice, così D. Chinnici-I. Pardo, *La modifica dell'art. 275, comma 2-bis c.p.p tra punti fermi e zone d'ombra*, in *Archivio penale*, 2014.

¹⁹⁹ Se interpretato in modo rigorosamente letterale il divieto di custodia cautelare apparirebbe cogente esclusivamente al momento dell'applicazione della misura tuttavia la norma sembra doversi ritenere applicabile anche alla successiva fase del mantenimento del provvedimento

realizzare soprattutto nella fase embrionale del processo ossia in fase di indagini preliminari mentre sarà sicuramente più agevole da effettuare all'esito della deliberazione della sentenza di primo o di secondo grado poiché dovrà porre le sue fondamenta logico argomentative nell'accertamento provvisorio di tali pronunce. Nel primo caso il materiale conoscitivo su cui il giudice può fare affidamento per poter prendere la sua decisione circa il *quantum* di pena²⁰¹ irrogabile è estremamente più scarso rispetto a quello di cui potrebbe beneficiare in sede dibattimentale, poiché in quest'ultima fase seppur l'assetto probatorio non è ancora completo, in quanto in costruzione, esso presenta però un maggior grado di "attendibilità". Il giudice prima di accertare l'esistenza del presupposto probatorio²⁰² in termini di attribuibilità della condotta criminosa all'imputato ex Art. 273. C.p.p. deve appurare preliminarmente la sussistenza del requisito legale di cui all'art. 280 c.p.p, il quale oltre a stabilire le soglie minime edittali propedeutiche al ricorso delle misure cautelari²⁰³ aiuta il giudice dopo aver individuato la qualificazione giuridica del reato in questione a verificare che la pena astrattamente irrogabile rientri nei parametri previsti dal codice.²⁰⁴ La configurazione della pena *irroganda* assolve anche ulteriori finalità come quella di stabilire sia l'eventuale sussistenza di cause estintive della pena sia per accertare, nel caso in cui l'esigenza cautelare si sostanzia nel pericolo di fuga, che la sanzione che potrebbe essere applicata superi i due anni di reclusione. L'equiparazione trattamentale²⁰⁵ tra la custodia in carcere e gli arresti domiciliari

restrittivo. La possibilità che il divieto di custodia carceraria operi pure in relazione al mantenimento della custodia sembra rintracciabile nella volontà del legislatore con la modifica dell'art. 275, comma 2-bis c.p.p. di armonizzare tale norma alla disciplina della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva. La *voluntas legis* è quella di evitare disparità di trattamento tra coloro ormai condannati e le persone ancora sottoposte a procedimento penale, ristrette con misura cautelare, cosicché il condannato ad una pena inferiore quel minimo edittale non verrà "tradotto in carcere" allo stesso modo non vi potrà giacere nella fase anteriore della pronuncia definitiva, così in D.Chinnici-I.Pardo, *op. cit.*, 3s.

²⁰⁰ Cass., III, 14 settembre 2015, n. 36918.

²⁰¹ M. Coppetta, *Le modifiche al comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p. e il d.l. 26 giugno 2014, n. 92*, in L. Giuliani, *La Riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, 46s.

²⁰² A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Torino, 2007, 742s.

²⁰³ Cinque anni di reclusione per la custodia in carcere e tre anni per le altre misure cautelari.

²⁰⁴ La valutazione della gravità indiziaria è un giudizio prognostico integrale, completo, ancorché allo stato degli atti, che non si esaurisce nell'accertamento del solo fatto materiale e tipico della colpevolezza, dell'antigiuridicità e punibilità, ma è finalizzato anche alla materializzazione del *quantum* di pena che in concreto potrebbe essere applicata.

²⁰⁵ Inizialmente l'orientamento della giurisprudenza era negazionista circa la possibilità, in caso di previsione della sospensione dell'esecuzione della pena, di estendere il divieto della custodia in

nel caso di valutazione positiva circa la concessione della sospensione condizionale della pena è stata pacificamente riconosciuta dalla legge n.117 del 2014, spolverando via ogni perplessità circa l'estensione di tale divieto ad altre misure coercitive. Se sono numerose le insidie che si celano sotto il giudizio prognostico circa la prevedibilità "in astratto" della pena irrogabile altrettanto difficoltoso è lo sforzo che deve compiere il giudice per ritenere ragionevolmente ex art. 164 c.p. che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati.²⁰⁶ Questo ritocco normativo, precludendo la sottoposizione in carcere per quei soggetti che presumibilmente non saranno condannati a pena eccedente i tre anni di reclusione, ben si allinea al progetto di scongiurare "l'irrogazione facile" di misure maggiormente incidenti sulla libertà dei consociati. Ciò si evidenzia anche nel maggiore sforzo argomentativo²⁰⁷ che deve emergere dall'ordinanza applicativa della custodia più afflittiva. E' innegabile che i binari su cui il giudice incanala il suo giudizio prognostico provvisorio sembrano sovrapporsi a quelli che percorrerebbe se dovesse compiere un accertamento definitivo, creando qualche "imbarazzo" nei confronti di quella monolitica presunzione d'innocenza sino alla condanna definitiva.²⁰⁸ Così il giudice è chiamato a compiere la stessa prognosi²⁰⁹ che deve svolgere ai sensi dell'art. 274, lett. b, c.p.p., attingendo ai medesimi parametri che utilizza il giudice in sede di quantificazione della pena al momento della pronuncia della sentenza di condanna, come quelli della gravità del reato o della capacità a delinquere dell'imputato previsti dall'art. 133 c.p.

Un altro profilo interessante attiene al rapporto che esiste tra questo limite edittale dei tre anni e la possibilità di scegliere riti alternativi che

carcere a quello degli arresti domiciliari, Cass., sez. V, 18 febbraio 2003, 2003 *Cauteruccio*, successivamente però ha dilatato tale possibilità anche alla misura domiciliare Cass. sez. IV 20 gennaio 2004 *Saimbene.*, favorevole a questa interpretazione estensiva anche parte della dottrina S.Dragone, E.Fortuna, R.Giustozzi, E.Fassone, *Manuale pratico del processo penale*, Padova, 2007, 490.

²⁰⁶ Per evitare sovrapposizioni argomentative poiché sottese a *rationes* equivalenti la Corte di Cassazione ha ritenuto superfluo l'obbligo di motivazione sulla prognosi relativa all'astensione della commissione di reati quando il giudice ha appurato ex. Art. 274, comma 1 lett. c c.p.p. la sussistenza del pericolo di reiterazione del reato, così Cass. Sez. un., 28 ottobre 2010, Giordano.

²⁰⁷ M. Coppetta, *op.cit.*, 49s.

²⁰⁸ La Corte Costituzionale ripudia ogni tipo di fraintendimento a riguardo infatti affinché la restrizione *ante iudicium* siano rispettose della presunzione di non colpevolezza è necessario che esse assumano connotazioni differenziate da quelle della pena, irrogabili solo all'esito dell'accertamento definitivo della responsabilità, così Cort. Cost., 21 luglio 2010, n. 265.

²⁰⁹ M. Coppetta, *op. cit.*, 48s.

rientra tra le facoltà esercitabili dall'imputato. Per coerenza logica, poiché la giurisprudenza ha ritenuto non incidenti le scelte eventuali ed incerte²¹⁰ di procedimenti deflattivi, come il giudizio abbreviato o patteggiamento, ai fini della determinazione della pena in tema di sospensione della pena, anche in questa sede sembra ragionevole giungere alle stesse considerazioni. Al contrario è necessario tenere in considerazione la riduzione ad un terzo della pena nella valutazione prognostica da effettuare successivamente all'ordinanza che dispone il giudizio abbreviato e fino alla pronuncia della sentenza di primo grado.²¹¹ Dalle considerazioni appena compiute emerge chiaramente l'esigenza di rimodellare la disciplina dell'art. 275, comma 2-bis, c.p.p. L'articolo in questione, sin dalla prima previsione, ha presentato delle criticità in quanto il legislatore se, da un lato, aveva pensato un divieto di custodia carceraria tout court²¹² (producendo come effetto collaterale il rischio che esigenze cautelari rilevanti non avrebbero trovato adeguata protezione), dall'altro, la previsione di consistenti deroghe nella legge di conversione appaiono essere dei "residui ideologici" di una concezione securitaria che il nostro ordinamento sta progressivamente superando. Molti in dottrina hanno sostenuto come correttivo all'attuale assetto di ipotesi derogatorie la sostituzione di queste ultime con la possibilità del giudice *de libertate* di avvicinare al computo della pena da irrogare una valutazione di meritorietà della misura da applicare al caso di specie.²¹³ Un possibile recupero della discrezionalità del giudice accantonando elencazioni poco esaustive o pregiudizievole sintomatiche di una non meritevolezza *a priori* di misure alternative al carcere, dovrebbe essere salutato positivamente dagli operatori del diritto in quanto il giudizio prognostico, seppur allo stato degli atti²¹⁴, è una

²¹⁰ G.Illuminati, *Presupposti delle misure cautelari*, in V.Grevi, *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, Milano, 1996, p.91.

²¹¹ Al Laronga, *La riforma dell'art. 275, co. 2 bis, cp.p.: una nuova preclusione all'impiego della custodia cautelare in carcere*, in *Misure cautelari e libertà personale*, in *Questione Giustizia*, 6 ottobre 2014, p. 50.

²¹² M. Coppetta, *op. cit.*, 54s.

²¹³ Altri ritengono che le già limitate capacità predittive del giudice in ordine alla quantificazione della pena irroganda non consentono di aggiungere previsioni ulteriori quale quella di scegliere discrezionalmente misure alternative a quella carceraria, definendo questa possibilità una "pretesa eccessiva" così S.Fiore, *Maneggiare con cautela. Per un uso consapevole dei limiti normativi all'uso della custodia in carcere (ancora a proposito dell'art. 275 comma 2-bis c.p.p.)* in www.penalecontemporaneo.it, 10 novembre 2014, p.8.

²¹⁴ V.Grevi, *Misure Cautelari*, in G.Conso-V.Grevi-m.Bargis, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014, 419s.

valutazione completa ed in quanto tale è idonea a scongiurare vuoti di tutela. Alla luce dell'attuale assetto normativo nonostante l'intento lodevole di iniziare quel processo di decarcerizzazione, l'esperienza modificativa dell'art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p. si è rilevata estremamente timida ed incapace di interpretare quell'esigenza di ricondurre ad *extrema ratio* la misura più afflittiva. Essa ha infatti prodotto un timidissimo impatto sullo sfoltimento della popolazione detenuta che ha rappresentato innegabilmente la preminente logica ispiratrice di tutte le vicende modificative al codice di rito in materia di misure cautelari *ad personam* nell'ultimo triennio.²¹⁵

²¹⁵ A.Scafati, *Scaglie legislative sull'apparato cautelare*, in A.Diddi, R.Geraci, *Misure cautelari "ad personam" in un triennio di riforme*, Torino, 2015, 3s.

2.3. IL NUOVO PROCESSO VALUTATIVO DELLE ESIGENZE CAUTELARI ALLA LUCE DELLA “NOVELLATA” ARTICOLAZIONE DELL’ART. 274 C.P.P.

Con l’avvento della riforma in materia cautelare realizzata dalla l. 16 aprile 2015 n. 47, il legislatore ha tentato di depurare²¹⁶ le decisioni cautelari da eventuali invadenze discrezionali dell’organo giudicante²¹⁷, garantendo al contempo l’emarginazione di valutazioni estranee a quelle prettamente attinenti alle finalità cautelari.²¹⁸ Gli artt. 1 e 2 della suddetta legge incidono sulla configurazione dell’esigenze cautelari le quali hanno ricevuto l’ultimo restyling significativo²¹⁹ nel 1995, periodo in cui la contingenza di sfamare gli appetiti giustizialisti dell’opinione pubblica²²⁰ portarono a prassi giudiziarie che distorcevano gravemente la *ratio* della coercizione penale. L’intento modificativo vuole rispondere positivamente agli *input* derivanti dalla Corte Europea dei diritti Dell’Uomo²²¹ che esorta l’Italia alla creazione di rimedi strutturali che rappresentino delle dighe robuste per arginare derive giustizialiste *ante iudicium*²²² le quali hanno contribuito senza alcun dubbio al sovraffollamento carcerario, in deroga alle affermazioni di principio che imporrebbero il carcere come *extrema ratio*.²²³ Ovviamente tra i fattori su cui si può far leva per attenuare il ricorso alla

²¹⁶ P.Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 giugno 2015.

²¹⁷ Il dossier del servizio di studi del Senato sull’A.S n. 1232- “*Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali*” n. 95 del gennaio 2014, esplicita come scopo della novella dell’art. 274 c.p.p. quello di limitare la discrezionalità del giudice nella valutazione delle esigenze cautelari.

²¹⁸ Nel tempo si è diffusa una prassi deviante per cui si è contaminata la finalità cautelare di “germi generalpreventivi”, se infatti è pacificamente ammessa la finalità di prevenzione speciale della misura cautelare derivante dalla pericolosità personale dell’imputato, non si può di certo accettare una funzione di prevenzione generale che appartiene naturalmente alla pena.

²¹⁹ In effetti l’art. 274 è stato toccato anche da un’altra modifica attraverso il D.L. 1 luglio 2013 n. 78 convertito in legge dalla l- 9 agosto 2013 n. 94, la quale ebbe però una portata sensibilmente minore a quella del 2015.

²²⁰ A quell’epoca i fenomeni di corruzione crebbero esponenzialmente richiamando consequenzialmente una forte attenzione da parte della collettività, contestualmente vi era anche un’elevata pressione mediatica che alimentava ancor di più il desiderio di attuare processi esemplari verso i soggetti imputati.

²²¹ Corte eur. Dir. Uomo, 8 gennaio 2013, Torregiani c. Italia.

²²² Difatti solo il 63 % dei detenuti italiani sconta una pena definitiva, così emerge dall’XI rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione per il 2015 redatto dall’associazione “Antigone”, in www.osservatorioantigone.it

²²³ G.Illuminati, *Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all’Europa*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26 marzo 2015, p.1

custodia in carcere vi sono le esigenze cautelari in quanto rappresentando i presupposti applicativi contestualmente ai gravi indizi di colpevolezza giocano un ruolo fondamentale in questa sfida che ha i suoi primi destinatari nei giudici. Essa è tesa ad affermare il principio generale per cui nel corso del processo la libertà dell'imputato deve essere la regola e la sua coercizione l'eccezione²²⁴ senza nascondersi dietro la truffa dell'etichette.²²⁵ L'analisi concettuale che interessa l'idea stessa di "cautela" rimanda all'accezione generica di *periculum* da scongiurare attraverso lo strumento cautelare; un *periculum* che si deve concretizzare in una delle tre fattispecie tipicizzate dal legislatore, non rilevando altri pericoli potenzialmente dannosi per il procedimento.

La celerità²²⁶ è un corollario in tema di provvedimenti cautelari di estrema importanza: essi mirano "a far presto", lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrinseca del provvedimento sia risolto successivamente con la necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo penale.²²⁷ L'autenticità del pericolo cautelare è stata oggetto di studio in particolar modo per la delimitazione scriminante di quei casi che legittimerebbero o meno l'adozione della misura interrogandosi quindi su quali connotazioni dovessero possedere i *pericula* affinché potessero essere "cautelamente" rilevanti. Il requisito dell'attualità²²⁸ fu originariamente accostato dal legislatore del 1995 a quello della concretezza esclusivamente per il pericolo di inquinamento probatorio, destando numerose perplessità. Per molti studiosi, infatti, un pericolo dotato di concretezza sarebbe stato "intrinsecamente" attuale ed avrebbe provocato incertezze

²²⁴ E.Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in Cass. pen., n. 1, 2014, p.24

²²⁵ Sul terreno trattamentale non c'è molta differenza tra chi è ristretto in custodia cautelare e chi sta spiando la sua pena in carcere, così L.Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Bari, 2000, p. 566 s. anzi lo *status* del primo è deteriore rispetto a quello del secondo sul piano del godimento di iniziative organizzate dall'amministrazione penitenziaria, in quanto la sua condizione di precarietà può implicare maggiori difficoltà di accesso soprattutto alle opportunità lavorative, così M. Marchetti, *Commento all'art. 20*, in F.Della Casa-G.Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, V edizione, Milano, 2015, p. 271s.

²²⁶ Il pericolo cautelare rappresenta insomma un danno irreparabile che si potrebbe verificare nel corso del processo che se tardivo renderebbe praticamente inutile la decisione finale, così V.Aiuti, *Esigenze cautelari e discrezionalità giudiziale*, in www.la legislazione penale.eu, 1 dicembre 2015.

²²⁷ A.Nappi, *I presupposti per l'applicazione delle misure cautelari reali e personali*, in *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G.Canzio-D.ferranti-A.pascolini, Milano, 1989, 183ss.

²²⁸ L'attualità venne qualificata in termini di "urgenza" da P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p.17.

applicative del suddetto aggettivo anche alle altre ipotesi di *pericula libertatis*, insomma l'addizione del predicato attuale fu considerata fuorviante, pleonastica ed ambigua.²²⁹ Questa argomentazione equiparava di fatto il significato dei due aggettivi che erroneamente vennero classificati come sinonimi; è *ictu oculi* evidente come questa parificazione terminologica si fondasse su una contraddizione di base, infatti esistono pericoli che sono “esclusivamente” attuali non esistendo una correlazione logica che dimostri che siano contestualmente concreti. Soffermandoci un istante sul pericolo di inquinamento è agevolmente comprensibile il perché questo orientamento oramai obsoleto risulti fallace, infatti se esiste un pericolo concreto coniugabile solamente al passato o al futuro nel senso che il materiale probatorio ha corso o correrà rischi di manomissione in presenza di condizioni che allo stato attuale difettano, vuol dire che manca il pericolo concreto idoneo a legittimare l'adozione di una misura.²³⁰ Ovviamente sino a che l'esplicitazione normativa circa il requisito della concretezza giaceva esclusivamente nella lett. *b* dell'art. 274 c.p.p. esso si applicava quasi come fosse un' aggravante della concretezza²³¹ ma solo in caso di pericolo probatorio, il quale stava a significare la presenza di occasioni prossime favorevoli di verifica di un rischio.²³² L'inserimento di questo nuovo presupposto manifestò il fatto che esistessero pericoli meramente concreti e non attuali ma che in quanto tali erano sufficienti per legittimare l'adozione di una misura, infatti si riteneva che bastasse

²²⁹ G.Illuminati, Commento all'art. 3, in AA. VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p.73s. nello stesso senso E.Marzaduri, sub art. 274, in *Commento Chiavario*, agg. III, Torino, 1998, p. 155.

²³⁰ G.Giostra, *Per una migliore disciplina della custodia cautelare*, in DPP, 1995, 304ss.

²³¹ In realtà La Cass. Sez. IV, 18 giugno 2015, n.28153, ma nello stesso senso Cass. Sez., VI, 1 ottobre 2015, n. 44605, ha ritenuto che il requisito dell'attualità era già stato recepito quale presupposto implicito della misura cautelare dalla giurisprudenza di legittimità nel vigore della precedente disciplina con un esplicito richiamo a Cass. Sez., VI, 26 Novembre 2014, n. 52404, che in materia di associazione *ex*. Art 74 T.U. Stup., aveva sancito la necessità di desumere la sussistenza delle esigenze cautelari da specifici elementi di fatto idonei a dimostrarne l'attualità, a tal proposito è ragionevole richiamare anche Cass. Sez., IV, 28 maggio 2015, n. 24865, infatti anche in questo caso la Corte ha nuovamente ribadito che alla luce della precedente formulazione dell'art. 274, il giudice era tenuto comunque a motivare rigorosamente sull'attualità delle esigenze cautelari nelle ipotesi in cui il provvedimento veniva emesso dopo un' apprezzabile distanza temporale dai fatti, l'addizione normativa dovrebbe invece avere l'ambizione di sollecitare il superamento di un diffuso indirizzo interpretativo secondo cui il pericolo di reiterazione può essere desunto anche dalla molteplicità dei fatti contestati, in quanto la stessa considerata alla luce delle modalità della condotta concretamente tenuta può essere sintomatico di una personalità proclive al delitto, indipendentemente dall'attualità di detta condotta e quindi anche nel caso in cui essa sia risalente nel tempo, Cass. Sez., III, 17 dicembre 2013, n. 3661.

²³² Cass. Sez. Un., 11 luglio 2011, n 43537.

un pericolo concreto per l'applicazione della misura poiché l'attualità veniva concepita come un mero "accessorio" della concretezza e non veniva valutata autonomamente in quanto dotata di "vita propria" ed è proprio quest'impostazione che la riforma del 2015 tenta di censurare.²³³ Una delle decisioni degne di menzione che ha pulito ogni tipo di "incrostazione" interpretativa circa la necessità dell'attualità negli altri due pericoli cautelari (*ante* riforma) è stata quella che ha riguardato il naufragio della Costa Concordia; la difesa eccepiva in sede di richiesta di misure cautelari che una condotta colposa non potesse essere valutata meramente ed esclusivamente alla stregua della gravità del fatto ed alla personalità dell'autore. Le ragioni a sostegno di tale argomentazione risiedevano nella necessità di ponderare come elemento valutativo aggiuntivo la possibilità che si sarebbero potute verificare ulteriori occasioni nelle quali l'imputato poteva agire nelle medesime modalità del fatto contestato. Naturalmente nel caso in questione era ragionevole supporre che il comandante non avrebbe potuto trovare altro impiego analogo in breve tempo tale da giustificare l'applicazione di una misura. L'interpretazione difensiva venne completamente contrastata dalla Cassazione sostenendo che il pericolo di reiterazione per sussistere non necessita della probabile verifica di occasioni prossime favorevoli, essendo sufficiente l'esistenza del pericolo concreto che il soggetto qualora ve ne fosse l'occasione sarebbe in grado di delinquere nuovamente.²³⁴ La novella n. 47 del 2015, con un duplice e simmetrico intervento²³⁵, ha allineato²³⁶ le connotazioni dell'esigenze cautelari omologandone la disciplina. E' evidente di come i due parametri di concretezza e attualità²³⁷ non siano per nulla sinonimi, in quanto il primo sembra

²³³ Numerose sono le sentenze che sono state emesse senza aver toccato i necessari percorsi giustificativi in termini di attualità e concretezza soprattutto in sede di riesame, tant'è vero che la conferma delle misure facevano leva principalmente sull'altissimo tasso di concretezza, così Cass. Sez. VI, 5 aprile 2013 n. 28618.

²³⁴ In questo caso l'attualità viene valutata in "astratto" come ipotesi di prossima verifica di un rischio concreto, così V.Aiuti, *Esigenze cautelari e discrezionalità giudiziale*, in www.legislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015.

²³⁵ A.Ciavola, *La Valutazione delle esigenze cautelari*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 64s.

²³⁶ P.Borelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 giugno 2015, p. 4.

²³⁷ L'attualità può essere desunta tanto dalla vicinanza temporale ai fatti in cui si è manifestata la potenzialità criminale del soggetto, tanto nei casi di episodi criminosi risalenti nel tempo, quanto dall'esistenza di indici recenti che facciano ritenere comunque effettivo il pericolo della concretizzazione dei rischi che la misura cautelare è chiamata a neutralizzare, così P.Borelli, *Una*

riferirsi maggiormente ad una dimensione probatoria del pericolo²³⁸, in altri termini rilevano quei rischi cautelari di cui se ne è provata l'esistenza e quindi attiene sull'*an*, l'attualità, invece, concerne l'aspetto temporale di una delle tre esigenze che si ritiene possano essere di prossima realizzazione.²³⁹ In dottrina²⁴⁰ si sostiene che il *periculum* che progressivamente tende a “concretizzarsi” ineluttabilmente intensifica la sua attualità, anche perché si potranno fornire prove “credibili” tanto più il pericolo sia prossimo a verificarsi.

Un'ampia diatriba è sorta circa la possibilità di ritenere rilevanti i pericoli futuri che possono essere presagiti con una buona dose di probabilità idonea a farli ritenere concreti nella loro possibilità di imminente realizzazione. Con la modifica apportata all'art. 274 c.p.p. all'aggettivazione dei *pericula libertatis* il legislatore ha ritenuto meritevoli di rilevanza cautelare esclusivamente quelli dotati di concretezza ed attualità rappresentando quest'ultimi un connubio inscindibile e caratterizzante del presupposto cautelare affinché possa essere annoverato come meritevole di tutela. Per ottenere tale risultato il legislatore ha ridimensionato la vaghezza²⁴¹ del *genus* pericolo cautelare per sostanziarlo con un ulteriore aggettivo nell'intento di ridurre la discrezionalità del giudice²⁴² nella

prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 giugno 2015, p. 5.

²³⁸ V.Aiuti, *Esigenze cautelari e discrezionalità giudiziale*, in www.legislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015.

²³⁹ Così V. Paziienza che parla di attualità come di imminente realizzazione del pericolo in *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, rel. n.III/3/2015, 6 maggio 2015 in www.cortedicassazione.it

²⁴⁰ E.Campoli parla di “appendice consequenziale” in *L'ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali: prime osservazioni e primi approcci pratici*, in *archivio della nuova procedura penale*, Fascicolo IV, 2015, p. 306.

²⁴¹ Uno degli espedienti semantici che da sempre ha accompagnato la riduzione della vaghezza concettuale dei termini “liquidi” è stata la ridefinizione classificatoria, infatti la presenza o meno in un oggetto di una data caratteristica qualificante determina in modo chiaro l'appartenenza o meno di quest'ultimo ad una certa categoria, così C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 89, l'autore si pronuncia nello stesso senso in un'altra sua opera, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino 2012, p. 4s.

²⁴² In dottrina certo si parla di discrezionalità ricognitiva in quanto l'organo giudicante può verificare l'esistenza delle esigenze cautelari ma non può crearle *ex novo*, così G.Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, Volume IV, Padova, 1990, p. 31; in realtà però non si può statuire di aver eliminato integralmente “penombre discrezionali” poiché il legislatore, seppur ha ridotto l'estesa classe di circostanze riconducibili alle situazioni pericolose, ha lasciato al giudice comunque un margine discrezionale nell'apprezzabilità che un pericolo abbia realmente i caratteri di concretezza ed attualità oppure essi siano meramente il frutto di una congettura, così V.Aiuti, *Esigenze cautelari e discrezionalità giudiziale*, in www.legislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015., ovviamente il giudice non ha mai potuto decidere liberamente di ravvisare l'esistenza o meno di un rischio cautelare ma può certamente decidere

ponderazione della sussistenza delle esigenze cautelari.²⁴³ Infatti, accanto alla specificazione compiuta dal predicato concreto, il legislatore ha architettato una valutazione che si estendesse oltre la mera concretezza rendendo ancor meno generica la disposizione. I casi di pericoli cautelari, allora, poiché dotati di quella aggettivazione, sono destinati a diminuire consistentemente nonostante un'ineliminabile incertezza immanente ai concetti adoperati. In effetti il legislatore non ha inciso propriamente sulla ridefinizione dei confini della discrezionalità giudiziale, ma ha limitato maggiormente con l'intervento normativo l'entità delle stesse esigenze cautelari che il giudice deve valutare, non a caso parte della dottrina si è spinta sino a qualificare la decisione cautelare come una valutazione obbligata.²⁴⁴ In realtà il giudice mantiene pacificamente la sua libertà di apprezzamento circa i fatti che gli permettono di ritenere comprovati gli elementi dai quali emerge l'effettiva esistenza di un pericolo cautelare. Egli però deve maturare una consapevolezza che gli elementi da tenere in considerazione sono aumentati, realizzando proprio in questa fase come il suo *quantum* di discrezionalità rimane invariato, aumentando invece i parametri che il giudice deve indirettamente individuare.

attingendo dalla coscienza giuridica o dalle massime d'esperienza generale ma siamo sempre all'interno di un apprezzamento giuridico "guidato" e non tout court degli estremi della fattispecie, così, P.Calamandrei, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, Napoli, 1965, p. 83 ss., tant'è vero che si è arrivati ad affermare che la decisione sull'esistenza di un pericolo è stata sempre in astratto univocamente predeterminata e può essere una ed una solamente in quanto l'unica ad essere fedelmente più conforme alla valutazione legislativa degli interessi in gioco, così E.Betti, *Interpretazione della legge degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, p. 64s.

²⁴³ Con questi termini si pronuncia la *Presentazione della proposta di legge n.631*, in www.camera.it

²⁴⁴ F.Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 20.

2.4. LA DECLINAZIONE “AL PRESENTE” DEI *PERICULA* DI FUGA E DI COMMISSIONE DI ULTERIORI REATI

Oltre l’aggettivazione più specifica delle esigenze cautelari, la nuova riforma si occupa di attenuare il libero apprezzamento del giudice precludendo la possibilità che esso possa formarsi esclusivamente su una correlatività necessaria tra i *pericula* e la gravità del titolo di reato contestato nel procedimento²⁴⁵, in altri termini è come se il legislatore avesse voluto dire che esso, quandanche sia molto grave²⁴⁶, non è sufficiente per ritenere verosimile che l’imputato stia per fuggire o che delinquerà ancora.²⁴⁷ Questa valutazione, saldata²⁴⁸ alla gravità e non al fatto²⁴⁹, fa apparire poco probabile se non addirittura impossibile che il pubblico ministero possa chiedere ed il giudice disporre una misura cautelare alla luce della sola consistenza della risposta sanzionatoria prevista per la fattispecie penale per cui si procede, a maggior ragione stabilita la necessità *ex art. 274 c.p.p.* di ancorare la valutazione prognostica ad elementi concreti.²⁵⁰ Di simile tenore, seppur riguardante esclusivamente la lett. *a* dell’ art. 274 c.p.p., fu la previsione che stabilì che il pericolo di inquinamento probatorio non poteva essere desunto meramente dal rifiuto del soggetto imputato-indagato di rendere dichiarazioni, né dalla mancata ammissione degli addebiti contestati: essa ebbe il merito di scongiurare possibili

²⁴⁵ Intesa come fattispecie incriminatrice astratta contestata nel procedimento, così F. Cordero, *Procedura Penale*, Milano, 1987, p. 431s., infatti il legislatore pensava evidentemente ad un problema di “generalizzazione indebita”, così G. Ubertis, *Sistema di procedura penale I. Principi generali*, Torino, 2013, p. 192s., volendo disincentivare il *bias* indotto da certe gravi fattispecie legali, il cui allarme sociale spesso allontana la genuinità sulla valutazione dell’*an* della misura dalle esigenze del caso concreto, così P. Borelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 giugno 2015, p. 7.

²⁴⁶ Parte della dottrina parla di titolo di reato come una prova che da sola vale zero, così M. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione nel processo penale italiano*, Torino, 2009, p. 22ss.

²⁴⁷ V. Aiuti, *Esigenze cautelari e discrezionalità giudiziale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015.

²⁴⁸ E. Turco, *La riforma delle misure cautelari*, fascic. V, 2015, in www.processopenaleegiustizia.it

²⁴⁹ Spesso quando il legislatore introduce delle valutazioni in negativo, vuole rafforzare la funzione garantistica di una certa disciplina, così M. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione nel processo penale italiano*, Torino, 2009, p. 22, nel corso degli anni i fattori di convincimento che il giudice è stato costretto a non prendere in considerazione per diagnosticare un’esigenza cautelare sono aumentati, così V. Aiuti, *Esigenze cautelari e discrezionalità giudiziale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015.

²⁵⁰ V. Pazienza-G. Fidelbo, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, Rel. n. III/03/2015, in www.cortedicassazione.it p. 7.

antinomie tra il diritto al silenzio ed il diritto alla difesa.²⁵¹ Per quanto concerne il pericolo di fuga, il giudice negli odierni giudizi cautelari, dopo essersi accertato preventivamente circa l'elevata probabilità di commissione del fatto da parte del soggetto contro cui si procede, dovrà constatare che il pericolo di fuga affiori non da presunzioni o illazioni prive di validi riscontri fattuali²⁵², ma da circostanze effettive che dimostrino una connotazione prodromica ad un allontanamento che sta imminente per realizzarsi.²⁵³ Affinchè delle condotte possano essere ritenute rilevanti ai fini dell'adozione di una misura, debbono essere percepite come gravemente sintomatiche di una fuga che sta per realizzarsi,²⁵⁴ esse infatti devono sostanziarsi ad esempio nell'acquisto di un biglietto aereo, nel noleggio di un'auto o nella preparazione di bagagli.²⁵⁵ L'efficacia della riforma gioca la sua partita principale proprio in questa fase dove la prova di un comportamento *in itinere*²⁵⁶ finalizzato alla sparizione dell'indagato-imputato rappresenta la *condicio sine qua non* per il *novum iudicium* prognostico. I nuovi requisiti potranno nell'irrelevanza ai fini cautelari una decisione che poggi solamente sulla sola severità della pena inflitta²⁵⁷ o sulla disponibilità di alloggi o di conti all'estero oppure sull'irreperibilità dell'indagato²⁵⁸, essendo quest'ultime ipotesi dotate di un' "astrazione" tale da collidere con quella concretezza richiesta dal codice di rito. Per quanto concerne la relazione che sussiste invece con la detenzione per altro titolo, la riforma impone il ripensamento di un orientamento poco garantista per cui, nonostante un individuo patisca lo stato di detenzione, il suddetto *status* sarebbe irrilevante ai fini della valutazione delle esigenze cautelari a causa della

²⁵¹ M.Chiavario, *Indagini preliminari e libertà personale dell'imputato nel nuovo processo penale*, Rimini, 1989, p. 32ss.

²⁵² Il rischio che l'imputato possa fuggire alla luce della recente riforma deve essere reale ed attuale, poiché difficilmente fronteggiabile con interventi tardivi, così A.Ciavola, *La Valutazione delle esigenze cautelari*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 64s.

²⁵³ Così è scritto nella relazione alla proposta di legge n.AC 631, p.2, contenente modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali, presentata alla Camera dei Deputati, dagli On.li Ferranti e altri, il 3 aprile 2013, p.4, in www.camera.it

²⁵⁴ Nel senso che il rischio che la persona possa fuggire debba essere imminente per essere rilevante ai fini cautelari, così Cass. Sez. II, 13 ottobre 2015, Castillo.

²⁵⁵ Cass. Sez., II, 5 dicembre 2013, Morosanu.

²⁵⁶ A.Ciavola, *La Valutazione delle esigenze cautelari*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 65s.

²⁵⁷ Cass. Sez. Un. 11 luglio 2011, Litteri.

²⁵⁸ M. Ceresa- Gastaldo, *Il concetto di fuga ex art. 274 comma 1 lett. b c.p.p. tra irreperibilità ed irraggiungibilità dell'imputato*, in Cass. pen. 1996, p. 2278ss.

provvisorietà delle misure stesse, addirittura anche se fosse detenuto in virtù di una condanna definitiva. Questa posizione veniva supportata dalla giustificazione per cui lo *status subiectionis* non avrebbe garantito comunque la certezza circa la non verificabilità assoluta di ipotesi consistenti in pericolo di fuga, in quanto l'ordinamento prevede dei meccanismi deflattivi della presenza detentiva nelle carceri, come ad esempio un riacquisto anticipato della libertà.²⁵⁹²⁶⁰ Ovviamente tale argomentazione non può trovare accoglimento non solo per l'eventualità e l'incertezza di una "fine anticipata", ma anche a causa della totale distonia con le caratteristiche odiernamente richieste per l'applicazione di una misura dall'art. 274 c.p.p., anche se non mancavano forti resistenze della dottrina anche antecedentemente la riforma.²⁶¹ Cosicché si può ipotizzare residualmente un piccolo iterstizio applicativo in questo senso solo quando la fine della detenzione, per specifiche ragioni giuridiche, risulti certa ed imminente; solo in questi casi si potrà continuare ad ipotizzare la possibile sussistenza del pericolo di fuga.²⁶²

Il pericolo di commissione di gravi reati anche della stessa specie connotano la maggior parte delle invocazioni cautelari promosse dall'accusa molto spesso difficilmente confutabili dalla difesa, rappresentando di fatto un pericoloso *passpartout*²⁶³ troppo spesso abusato per scongiurare pericoli alla collettività. Le finalità cautelari dovrebbero proiettare la loro utilità all'interno del processo e dovrebbero essere ben distanti da quelle "general-preventive", anche se è molto difficile che la politica criminale rinunci a tale tentazione²⁶⁴, non essendo peraltro mai ritenuta in contrasto con la Costituzione.²⁶⁵ Nonostante ciò, numerose perplessità, anche in termini di compatibilità con la Costituzione, sono emerse in dottrina²⁶⁶, in quanto questo è l'unico *periculum* le cui finalità hanno

²⁵⁹ Cass. Sez., VI, 15 marzo 2013, Pizzata.

²⁶⁰ Cass., Sez., IV, 15 novembre 2005, Bossio.

²⁶¹ A. De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. II, *Prove e misure cautelari*, T.2., A.Scafati (a cura di) *Le misure cautelari*, Torino, 2008, p. 68s.

²⁶² F.D'Arcangelo, *Le misure cautelari personali*, Milano, 2015, p. 17.

²⁶³ G.Illuminati, *Esigenze cautelari, proporzionalità, adeguatezza: quali traguardi?*, in AA.VV, in *Le fragili garanzie della libertà personale*, Milano, 2014, p. 339.

²⁶⁴ A.Ciavola, *La Valutazione delle esigenze cautelari*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 65s.

²⁶⁵ Corte Cost. 23 aprile 1970, n.64.

²⁶⁶ V.Aiuti, *Esigenze cautelari e discrezionalità giudiziale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015, p. 14.

una matrice extraprocessuale di prevenzione speciale; si tratta di un pericolo da precisare nel modo più minuzioso²⁶⁷ possibile per far sì che non implichi presunzioni di colpevolezza deplorabili nel soggetto sottoposto a misura.²⁶⁸ La carcerazione preventiva²⁶⁹ rappresenta però una *contradictio in adiecti*²⁷⁰, in quanto dal punto di vista formale qualificare l'imputato come pericoloso è un ossimoro e contrasta le norme sul giusto processo a cominciare dalla presunzione d'innocenza.²⁷¹ Una lettura fedele all'anima costituzionale impone all'interprete il ripudio dell'applicazione della custodia *ante iudicium* come misura di generalprevenzione alla luce della colpevolezza dell'indagato, sia essa postulata dalla presenza di indizi, prove o necessitata a seguito di un accertamento contenuto in una sentenza non definitiva.²⁷²

La norma contenuta nel codice implica la necessità che il giudice non si limiti solo ad analizzare la fattispecie, ma gli impone di compiere un vero e proprio giudizio di pericolosità sociale sull'autore del reato che può essere ricavato da comportamenti, atti concreti o anche dai precedenti penali. Le specifiche modalità, le circostanze del fatto e la personalità dell'indagato-imputato non possono essere di per sé sintomatiche dell'esistenza del pericolo di recidiva, ma sono sicuramente dei parametri importanti da cui il giudice può attingere per instaurare embrionalmente il giudizio prognostico. L'esigenza in discorso mira ad evitare che l'imputato-indagato commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di

²⁶⁷ Non si può negare come la volontà di definire in modo netto e preciso la tipologia di pericolo cautelatamente rilevante manifesta un' indubbia diffidenza del legislatore nei confronti dell'interprete, infatti con la previsione di un ulteriore requisito si tende ad erodere progressivamente spazi operativi all'interprete, così G.Illuminati, *Esigenze cautelari, proporzionalità, adeguatezza: quali traguardi?*, F.Ruggieri, in *Le fragili garanzie della libertà personale*, Associazione tra gli studiosi del processo penale, Milano, 2014, p. 328, quest'impostazione cade nell'illusione che una rigida e solida predeterminazione legislativa è in grado di assicurare una garanzia maggiore alla sfera giuridica del soggetto, essa infatti presenta un vizio di "metodo" in quanto la certezza del diritto non incarna il garantismo ma al più passa attraverso il garantismo in quanto è un suo strumento, così C.Luzzati, *L'interprete ed il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999. P. 592.

²⁶⁸ Storicamente la riteneva poco compatibile con il combinato disposto dell'art. 13 e 27, co. 2, Cost. V.Grevi, *Libertà personale dell'imputato*, in ED, XXIV, 1974, 333 ss, *contra* M.Chiavario, "Controllo giudiziario" e libertà individuali, in RDPR 1973, 275ss.

²⁶⁹ Pacificamente ammessa anche dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo ex art. 5 lett. c.

²⁷⁰ V.Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p.46.

²⁷¹ O.Mazza, *Le persone pericolose, (in difesa della presunzione d'innocenza)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 20 aprile 2012, p.1.

²⁷² E.Amodio, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1967, p. 864.

violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede.

Il connubio così costituito dall'attualità del pericolo e la "tendenziale"²⁷³ irrilevanza della gravità del titolo di reato richiedono requisiti che caratterizzino l'esigenza in modo più fattuale e meno aleatorio; per queste ragioni l'attualità deve precisare il *thema probandum* e fare in modo che le spie di pericolosità²⁷⁴ siano idonee a dimostrare l'esistenza dell'alta probabilità di prossima realizzazione di un illecito da parte del destinatario della misura. L'attenuata e marginale importanza della fattispecie legale astrattamente considerata²⁷⁵ allontana invece apprezzamenti troppo congetturali o valutazioni comunque anticipatorie di colpevolezza²⁷⁶ per orientare l'attenzione del giudice alla vicenda concreta da cui origina la richiesta del p.m.²⁷⁷ La concretezza non può più essere meramente ridotta ad una possibilità ipotetica che l'imputato torni nuovamente a delinquere o che sia in procinto di fuggire: alla luce della riforma essa è una condizione "qualificata" dalla prossimità temporale della condotta temuta al fine di stigmatizzare *rationes apodittiche*.²⁷⁸ Alla luce delle seguenti considerazioni non rilevano ai fini della meritorietà cautelare la molteplicità dei fatti contestati²⁷⁹

²⁷³ V.Aiuti, *Esigenze cautelari e discrezionalità giudiziale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015, p. 15.

²⁷⁴ M.Chiavario, *Diritto processuale penale*, Torino, 2015, p. 768ss.

²⁷⁵ Si vuole invertire la tendenza caratterizzata dal dedurre la pericolosità sociale dalla gravità dei fatti addebitati che hanno in passato giustificato frasi dal seguente tenore: "un reato pericoloso non può che essere compiuto da un soggetto pericoloso...", così M.Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 655s.

²⁷⁶ E' il percorso di "costituzionalizzazione" dell'art. 274, 1 co. Lett. c c.p.p. così definito da sempre da M.Chiavario, *op. cit.*, 769.

²⁷⁷ V.Aiuti, *Esigenze cautelari e discrezionalità giudiziale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015, p. 15.

²⁷⁸ Il vero punto di discrimine con il passato è proprio questo, infatti la Corte di Cassazione ha ritenuto che il pericolo di reiterazione affinché sia considerato concreto ed attuale non è più sufficiente a supportare che laddove se ne presentasse l'occasione favorevole il presunto reo tornerebbe a delinquere ancora. E' necessario invece "presagire" in termini di certezza o di elevata probabilità che l'occasione per compiere ulteriori delitti sia presente effettivamente, occasioni quindi non meramente ipotetiche o astratte ma probabili nel loro verificarsi, così Cass. Sez. III, 15 settembre 2015, Kamis.

²⁷⁹ Precedenti orientamenti giurisprudenziali avevano considerato le modalità della condotta concretamente tenuta sintomatiche di una personalità inevitabilmente proclive al delitto, essendo da sole sufficienti a legittimare una misura quand'anche il comportamento illecito fosse stato risalente nel tempo e quindi sprovvisto del requisito dell'attualità, Cass. Sez. III 17 dicembre 2013, Tripicchio.

o l'oggettiva gravità del fatto.²⁸⁰ Senza alcun dubbio il grado di colpevolezza e la gravità del fatto²⁸¹ concorrono solidalmente alla determinazione dell'intensità della risposta sanzionatoria, ma solo in sede di condanna, nella fase cautelare, invece rilevano, se in base ad essi sia ragionevole supporre che la collettività correrebbe un rischio effettivo, reale, se il soggetto fosse in *status libertatis*.

I precedenti penali costituiscono anch'essi degli importanti parametri valutativi in virtù della loro alta significazione al fine della ponderazione della possibilità di recidiva, ma non possono riempire esaustivamente (soprattutto quando siano risalenti nel tempo) il *quantum* motivazionale che il giudice deve fornire.²⁸² Un interessante rapporto esiste invece tra la possibilità di reiterazione e la detenzione per altro titolo. La giurisprudenza in diverse occasioni non ha escluso la possibilità della sussistenza del *periculum* di recidiva neanche nell'ipotesi in cui la detenzione fosse in esecuzione per altra causa in virtù di una sentenza definitiva di condanna all'ergastolo.²⁸³ Ovviamente, non può assurgere ad ipotesi legittimante una misura la mera possibilità prevista dall'ordinamento penitenziario di accedere potenzialmente ai benefici da esso previsti, infatti l'esigenza diventa attuale solo laddove è ragionevole presumere che esiste la seria possibilità che il soggetto ritenuto pericoloso sia in procinto di essere rimesso in libertà.²⁸⁴ L'apprensione di questo rischio è il frutto di una collaborazione che si rende evidentemente necessitata tra amministrazione penitenziaria ed autorità giudiziaria, la quale deve essere resa edotta di eventuali notizie inerenti all'imputato-indagato dalle quali possa emergere il verificarsi del pericolo di "messa in libertà". A titolo esemplificativo possono ritenersi prodromici ad un'imminente liberazione: l'avvicinarsi del termine di durata massima di una misura che è stata disposta per altro titolo, l'espiazione di una pena o la presentazione di una richiesta di accesso ad una misura alternativa. L'attualità calata nei reati "propri" impone di compiere

²⁸⁰ Per esempio in caso di commissioni di condotte consistenti in "disastri di proporzioni mondiali", così Tribunale di Grosseto, 17 gennaio 2012, Schettino.

²⁸¹ Non possono fondare in via esclusiva una prognosi di un pericolo concreto ed attuale, Cass, 6 giugno 2012, Duzioni. Da qui la necessità di dedurre il suddetto rischio da altri elementi concorrenti che inducono a ritenere che l'evento paventato possa realmente verificarsi, C. Fanuele, *Pericolo concreto di fuga e ripristino della custodia cautelare per i delitti ex. Art. 275 c.p.p.*, in Cassazione Penale, Vol. 42, Fascic. IV, 2002, 1450s.

²⁸² Inserendo necessariamente nel perimetro valutativo le specifiche modalità e circostanze del fatto, Cass. Sez. V, 17 aprile 2009, Fiori.

²⁸³ Cass. Sez. IV 27 febbraio 2004, Sangiorgi.

²⁸⁴ F.D'Arcangelo, *Le misure cautelari personali*, Milano, 2015, p. 19.

un approccio diverso da quello usato in precedenza nei confronti dei soggetti che abbiano abusato della propria posizione o dei poteri loro spettanti compiendo la condotta criminosa.²⁸⁵ Infatti, affinché possa ritenersi sussistente il pericolo di reiterazione, devono essere specificamente individuate le circostanze dalle quali può emergere l'elevata probabilità che il soggetto tornerà a delinquere nonostante vada a ricoprire una posizione soggettivamente differente dalla precedente, per far sì che il soggetto non venga colpito aprioristicamente da una "colpa d'autore".²⁸⁶ Questo orientamento mira ad eliminare prognosi pregiudizievoli circa la verifica di occasioni prossime e favorevoli per la commissione di altri reati, tanto quando il soggetto venga traslato dal settore pubblico a quello privato, quanto nelle ipotesi in cui gli vengono attribuite funzioni del tutto difformi da quelle in precedenza ricoperte.²⁸⁷ Dello stesso "tenore interpretativo" dovrebbe essere caratterizzato il giudizio sulla probabilità di recidiva riguardante i reati inerenti alla criminalità organizzata di stampo mafioso, facendo particolare attenzione al ruolo che gli attori hanno assunto all'interno del sodalizio criminoso. Per l'*intraneus*, poiché partecipa con un'intensità maggiore all'associazione, la presunzione del *periculum* in questione risulta evanescente laddove il soggetto si trovi in uno *status* di "consistente" allontanamento tale da scongiurare residui relazionali che porrebbero il soggetto in condizioni potenzialmente fertili per l'esplicazione di ulteriori attività delinquenti. Per quanto concerne il concorrente esterno è sufficiente invece che si dimostri la scarsa possibilità e quindi l'irripetibilità di situazioni della medesima natura a quelle che hanno di fatto rappresentato l'occasione di adesione da parte dell'*extraneus* alla vita della consorterìa.²⁸⁸ Il filone giuridico di entrambe le fattispecie esaminate poggia sulla necessità di verificare che l'effettività del rischio cautelare si fonda sostanzialmente sulla condotta di vita "attuale" del presunto reo e sull'eventuale esistenza perdurante d'interessi comuni con il sodalizio criminale.²⁸⁹ L'innesto in seno all'art. 274 c.p.p. lett. c del riferimento al delitto di finanziamento illecito dei

²⁸⁵ A.Ciavola, *La valutazione delle esigenze cautelari*, in L. Giuliani, *La Riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, 72s.

²⁸⁶ Cass. Sez. VI, 16 aprile 2014, De Lucchi.

²⁸⁷ Cass. Sez. VI, 27 marzo 2013, Pastore.

²⁸⁸ Cass. Sez. II, 17 gennaio 2014, Cosentino.

²⁸⁹ Cass. Sez. VI, 8 luglio 2011, Mancini.

partiti ex art. 7 l. 2 maggio 1974, n.195 e successive modificazioni seppur appesantisca sgradevolmente²⁹⁰ la sintassi del contenuto normativo ha posto rimedio al difetto di coordinamento *ictu oculi* esistente con l'art. 280, comma 2, c.p.p. così come modificato dal d.l. n.78 del 2013 convertito nella l. n.94 del 2013. Questo intervento normativo aveva innalzato il limite edittale per l'applicazione della custodia in carcere a 5 anni di reclusione estendendo la possibilità applicativa alle fattispecie delittuose inerenti al finanziamento illecito dei partiti ed ai casi in cui la misura carceraria scaturisse a seguito della convalida dell'arresto in flagranza. Questa asimmetria normativa, frutto della "svista" del legislatore, aveva comportato un importante effetto collaterale all'impianto sistematico delle misure cautelari, infatti era possibile applicare la misura più afflittiva per tutte le esigenze cautelari, tranne che per quella consistente nel pericolo di recidiva. Tuttavia l'inserimento di deroghe al trattamento sanzionatorio per individuare gli spazi applicativi della misura "da evitare" ha fatto sorgere qualche perplessità in ordine alla conformità dello stesso all'art. 3 della Carta costituzionale che non si atteggia esclusivamente a parametro di uguaglianza, ma può rappresentare anche un importante riferimento in termini di ragionevolezza di eventuali manifestazioni normative incoerenti. In realtà non si riescono ad individuare nitidamente le ragioni giustificative di tale eccezione, apparendo incerto il fondamento giuridico che ha escluso fattispecie penali dal medesimo trattamento sanzionatorio come nel caso della malversazione ai danni dello Stato o dell'abuso d'ufficio.

Nonostante l'evidente superamento dell'osmosi concettuale tra attualità e concretezza non mancano manifestazioni giurisprudenziali che criticano aspramente l'analogia semantica tra attualità ed imminenza, sostenendo che il codice di rito continua a compiere un *distinguo* tra esigenze cautelari ed eccezionali esigenze cautelari.²⁹¹ Segnali poco incoraggianti circa la timida metabolizzazione dei giudici dello spirito della riforma²⁹² provengono dal contenuto "allarmante" di alcuni provvedimenti, in particolar modo da

²⁹⁰E. Turco, *La Riforma delle misure cautelari*, in *Processo penale e giustizia*, n. 5, 2015, 108.

²⁹¹Cass. Sez. VI, 29 ottobre 2015, Aurisicchio.

²⁹²A.Gaito, *Disorientamenti in tema di attualità del pericolo di reiterazione*, in www.archiviopenale.it, 2015, n. 2, 3 s.

un'ordinanza emessa dal Tribunale di Bologna²⁹³ in cui si enuncia che il pericolo di reiterazione può essere desunto anche dalla modalità della condotta concretamente tenuta nell'attività criminosa in quanto indice indiretto di una personalità proclive al delitto anche se risalente nel tempo. Profondi dubbi²⁹⁴ sono nutriti in dottrina sulla reale portata innovativa²⁹⁵ dell'irrelevanza della fattispecie incriminatrice astratta contestata nel procedimento, il riferimento stesso alla mera concretezza *ante* riforma aveva già rappresentato un limite a tale interpretazione difatti la valutazione negativa della personalità dell'indagato poteva desumersi tenendo presente i criteri oggetti e dettagliati dell'art. 133 c.p. fra i quali le modalità e la gravità del fatto reato, sicché non doveva essere considerato il tipo di reato o una sua ipotetica gravità. Seppur le cause del timido cambiamento non sono imputabili integralmente al legislatore, quanto piuttosto all'incapacità degli operati del diritto di far propri i principi garantistici a tutela dell'inviolabilità della libertà personale, sicuramente è individuabile nella recente interpolazione normativa un margine di incertezza applicativa circa la sussistenza dei novellati requisiti codicistici. Se è vero che il legislatore ha "tipizzato" le qualità che i rischi cautelari debbono avere, il *punctum dolens*²⁹⁶ della riforma risiede nella mancata indicazione del livello di intensità degli stessi. Sicuramente è vero che in materia cautelare non si può prescindere dalla valutazione del caso concreto²⁹⁷, e quindi gli spazi discrezionali seppur ridotti al *minimum* sono insopprimibili²⁹⁸, è innegabile però che l'ammontare dei parametri guida che vengono forniti all'autorità giurisdizionale per le valutazioni è inversamente proporzionale all'"arbitrarietà" dalla stessa esercitabile, sorgendo così l'esigenza di forgiare strumenti normativi in grado di limitarla.²⁹⁹ Dall'altro lato, non si può negare che dal nuovo assetto normativo emergono incontrovertibilmente dei punti chiave

²⁹³ Tribunale di Bologna, sez. II, 15 maggio 2015.

²⁹⁴ V. Paziienza, Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari, in Ufficio del massimario settore penale, in www.cortedicassazione.it, Rel. n. III/03/201, 6 maggio 2015.

²⁹⁵ A.Ciavola, *La valutazione delle esigenze cautelari*, in L. Giuliani, *La Riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, 79 s.

²⁹⁶ A.Ciavola, *La valutazione delle esigenze cautelari*, in L. Giuliani, *La Riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, 80s.

²⁹⁷ F. M. Iacoviello, *La cassazione penale*, 2015, Milano, 659s.

²⁹⁸ A.Ciavola in L. Giuliani, *La Riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, 75s.

²⁹⁹ M.L. Di Bitonto, *Le Sezioni unite individuano il pericolo di fuga legittimante il ripristino della custodia in carcere ai sensi dell'art. 307 comma 2 lett. b c.p.p.*, in Cassazione penale, 2002, 43s.

fertili per una maturazione giurisprudenziale più attenta nel non compiere in futuro eccessive disinvolture interpretative.³⁰⁰

Non è più sufficiente illustrare meramente le ragioni in virtù delle quali in base al materiale probatorio in possesso si ricava la probabilità che l'imputato sia colpevole; il legislatore infatti ha innalzato il livello dello standard probatorio minimo per poter procedere. In questo senso sembra dirigersi il nuovo requisito dell'attualità che non consente più l'applicazione di misure in presenza di astratti indici rivelatori o illazioni ipotetiche circa la verifica del *periculum libertatis*, al contrario è fondamentale che la valutazione sia fortemente agganciata ad elementi di prova che facciano supporre in termini di alta probabilità l'accadimento del rischio paventato. Così affinché il rischio temuto sia considerabile come concreto ed attuale è essenziale che gli elementi da cui possano estrapolarsi queste connotazioni debbono essere coerenti ed unidirezionali non illudendosi che le derive abusive così facendo scompaiano del tutto, in quanto esse possono sempre riaffiorare³⁰¹, se non altro perché le formule legislative per potersi applicare necessitano sempre dell'interpretazione "di parte" fornita dal giudice. Una vera e propria innovazione sarebbe consistita sia nell'estendere l'orizzonte conoscitivo del giudice, non essendo ammissibile che il p.m. possa optare per una sorta di *sineddoche*³⁰² probatoria³⁰³ prospettando al

³⁰⁰ Elga Turco, *La Riforma delle misure cautelari*, in *Processo penale e giustizia*, n. 5, 2015, 107s.

³⁰¹ A. Scalfati, *Scaglie legislative sull'apparato cautelare*, in AA.VV. (a cura di) Diddi, R.M. Geraci, *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, 12s.

³⁰² A. Ciavola, *La valutazione delle esigenze cautelari*, in L. Giuliani, *La Riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, 81s.

³⁰³ A riprova di ciò ex art. 291, comma 1, c.p.p. il pubblico ministero deve necessariamente presentare tutti gli atti da cui si evince la legittimità della richiesta cautelare inclusi gli elementi a favore dell'imputato. La normativa però consente al p.m. di allegare alla richiesta anche solo una parte degli atti investigativi sino a li raccolti, per evitare una "discovery" integrale. In sostanza il richiedente non può occultare elementi utili alla difesa quali deduzioni e memorie difensive depositate che debbono necessariamente essere trasmesse al giudice in virtù del principio di "lealtà" processuale. Molti reputano però che il concetto della "favorevolezza" contiene un'ineliminabile margine di discrezionalità, ritenendo così che la richiesta debba includere secondo un'interpretazione, la più estensiva possibile, tutto ciò che possa essere anche collateralmente utile. Alla luce di queste considerazioni il potere maggiormente contestato è quello che gli consente di selezionare chirurgicamente gli elementi di accusa che lui ritiene maggiormente pregnanti circa colpevolezza del soggetto oggetto della richiesta cautelare, così A. Scalfati e A. Bernasconi, *Manuale di diritto Processuale Penale*, Torino, 2015, 350ss.

giudice la parte per il tutto³⁰⁴, sia nel riconoscere alla decisione cautelare gli stessi caratteri della giurisdizione.³⁰⁵

In ogni caso il tasso di successo³⁰⁶ della riforma³⁰⁷, auspicando che la prudenza dei giudici aumenti³⁰⁸, si misurerà sulla tendenziale prevalenza della libertà sulla restrizione³⁰⁹ che potrà aver luogo solamente se il nuovo assetto normativo riuscirà a modellare orientamenti giurisprudenziali poco garantisti che in passato, per snellimento argomentativo, hanno abusato della sovrapposizione giustificativa tra *pericula libertatis* e *fumus commissi delicti*.

³⁰⁴ G. Di Chiara, *Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare*, in *Rivista di Diritto Processuale* 2003, 246s.

³⁰⁵ Per giurisdizione formale s' intende la presenza di un giudice che è tale ma che non dispone degli strumenti necessari per svolgere la sua funzione di terzo, M. Ferraioli, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, Vol III, Padova, 2006, 138s.

³⁰⁶ Che dovrà consistere in un radicale mutamento di rotta, E.Lupo, *Resoconti stenografici delle indagini conoscitive*, 27 settembre 2012, 5s.

³⁰⁷ A.Ciavola, in L. Giuliani, *op. cit.*, Torino, 2015, 75s.

³⁰⁸ E. La Rocca, *le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali*, in www.archiviopenale.it, 2015, vol II. 2s.

³⁰⁹ R.Bricchetti-L.Pistorelli, *Al pericolo concreto si aggiunge il canone dell'attualità*, in *Guida al diritto* n. 20, 9 maggio 2015, 40 s.

CAPITOLO 3

**IL PRINCIPIO DI ADEGUATEZZA TRA LA NECESSITA' DI
PERSONALIZZAZIONE E FATTISPECIE "CRISTALLIZZATE"**

3.1. DILATAZIONI E COMPRESSIONI AL FAVOR LIBERTATIS: LE DIVERSE ESPERIENZE LEGISLATIVE

L'attuale configurazione "fenotipica" dell'art. 275 c.p.p. è il prodotto di numerosi interventi modificativi che ne hanno stravolto nel corso degli anni la sua portata applicativa. La ripetitività con cui quest'ultimi hanno avuto luogo sicuramente non ha beneficiato alla sua elegante architettura delle origini³¹⁰ che deve far i conti con una conflittualità immanente.³¹¹ Inoltre sgangherati interventi di addizione e trasformazione si sono sovrapposti al suo nucleo originario, tentando di ricercare un ragionevole punto di equilibrio che non sembra essere stato raggiunto neanche con l'attuale riforma, seppur è apprezzabile il tentativo di mettere ordine alla farraginoso e complessa disciplina contenuta nell'art. 275 c.p.p.³¹²

La ragione centrale della volontà innovatrice risiede in due istanze "ideologiche", la prima intende materialmente recuperare quel principio fondamentale del nostro ordinamento processuale, ideato dal legislatore del 1988, che vuole il ricorso alla custodia in carcere come fisiologicamente postergato rispetto alle altre misure cautelari.³¹³ La seconda, avendo come nobili matrici³¹⁴ l'art. 13 Cost. e l'art. 5 C.e.d.u., tenta di far tornare l'intero impianto cautelare al sistema voluto primordialmente dai padri costituenti che individuavano la custodia in carcere come misura eccezionale.³¹⁵ Ovviamente le *rationes* ideali sono accompagnate da esigenze più "contingenti" quali quelle dell'attenuazione del carico detentivo, il quale non può che passare anche attraverso un ripristino fattuale dei principi "impolverati" dell'*extrema ratio* e del *favor libertatis* che per troppo tempo sono stati lasciati a se stessi nelle asettiche previsioni delle

³¹⁰ E.Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in Cassazione Penale, 2014, p.20.

³¹¹ Parte della dottrina parla di "magma" di contrapposizioni come quelle tra la libertà individuale e sicurezza collettiva, innocenza presunta e bisogni sociali di assicurazione... così E.Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in AA. VV. in Cass. pen., n. 1, 2014, p.20

³¹² E.Turco, *La riforma delle misure cautelari*, fascic. V, 2015, in www.processopenaleegiustizia.it

³¹³ P.Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in diritto penale contemporaneo, 3 giugno 2015, p. 9.

³¹⁴ S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 102s.

³¹⁵ E.Amodio, *op. cit.*, in Cassazione Penale, 2014, p.20.

statuizioni costituzionali. Dalle relazioni di accompagnamento³¹⁶ all'originaria previsione del disegno di legge³¹⁷, emerge chiaramente un intento di limitare le forme di contenimento detentive anticipate³¹⁸ proprio all'insegna dei principi appena menzionati, invero, gli originari disegni riformatori relegavano le ipotesi assolute di adeguatezza della custodia in carcere a sole tre fattispecie dagli artt. 270, 270-bis, 416-bis c.p., eliminando per tutte le altre fattispecie i meccanismi presuntivi. Questo approccio maggiormente garantista venne subito disatteso nel momento del passaggio dalla camera al senato del disegno di legge del 2013³¹⁹, in cui vennero generosamente ampliate le ipotesi derogatorie al minor sacrificio necessario³²⁰ non riuscendo a resistere alle tentazioni securitarie.

L'art. 275 c.p.p. nella sua fase embrionale era stato ideato dal legislatore come una norma del tutto scevra da "cristallizzazioni *a priori*", attribuendo all'apprezzamento del giudice la necessità di verificare nell'interessezza tutti gli elementi legittimanti eventuali sacrifici della libertà personale.

Questa verifica concreta, che il giudice doveva attuare caso per caso sull'esistenza dei requisiti richiesti per la carcerazione preventiva, denotava un'impostazione sicuramente figlia delle deplorevoli esperienze degli anni '30 in cui meramente i sufficienti indizi della commissione di alcuni gravi reati erano idonei a legittimare una cattura obbligatoria finalizzata alla carcerazione preventiva.³²¹ Il nuovo approccio così delineato risultava fortemente aderente al principio della prevalenza della libertà sulla restrizione, ma ebbe vita breve a causa di un inarrestabile ribollire di potenzialità criminali che iniziarono a manifestarsi nei primi anni novanta. L'esperienze sanguinarie delle organizzazioni di stampo mafioso provocarono risposte dure da parte dell'ordinamento, che inevitabilmente incominciò a mettere in discussione il *favor* sino ad allora

³¹⁶ Atti Camera, XVI leg., *Disegni di legge e relazioni*, C-5399, presentata il 2 agosto 2012.

³¹⁷ Che prendeva luogo in un periodo "caldo" dell'ordinamento italiano dopo essere stato fortemente ammonito con sentenza pilota, Corte. Eur., 8 gennaio 2013, Torregiani c. Italia.

³¹⁸ Per scongiurare che le misure cautelari assumano finalità "cripto-sanzionatorie", in questi termini Cort. Cost., 4 maggio 1970, n.64.

³¹⁹ Atti Camera, XVI leg., *Disegni di legge e relazioni*, C-631, presentata il 3 aprile 2013.

³²⁰ E.Turco, *La riforma delle misure cautelari*, fascic. V, 2015, p. 108 s., in www.processopenaleegiustizia.it

³²¹ M. Chiavario, *Variazioni comparatistiche sul tema delle alternative alla detenzione obbligatoria in corso di processo*, in *Foro italiano*, Vol. 98, n.5, Maggio 1975.

riconosciuto³²² al giudice sul riscontro concreto dei requisiti applicativi della misura carceraria³²³ per tutte le fattispecie delittuose. Questo ripensamento risultò quindi necessitato dalle esperienze criminali, che incominciarono a creare non pochi allarmismi sia nella società civile ma anche nelle realtà istituzionali in quanto finalizzate a colpire in modo sistematico lo Stato, facendo così sorgere il bisogno di creare delle ipotesi derogatorie alla disciplina ordinaria. Difatti, la sussistenza del *fumus commissi delicti* previsto dall'art. 273 c.p.p. implicava aprioristicamente, per alcune fattispecie criminose, la duplice presunzione circa l'esistenza dell'esigenze cautelari e l'assunto per cui esclusivamente la custodia in carcere sarebbe stata in grado di fronteggiarle. Già nel 1991 non era più concessa la possibilità di vincere l'assoluta idoneità della misura carceraria quando l'imputato non fosse riuscito a dimostrare l'inesistenza dei *pericula libertatis* in un rapporto di vera e propria "correlazione obbligata". Il cosiddetto regime del doppio binario³²⁴ aveva originariamente un'area applicativa consistente e denotava l'evidente clima di tensione sociale che aleggiava nel famoso periodo delle stragi, dove gli omicidi mafiosi iniziarono a manifestarsi con una frequenza allarmante. Nonostante però il delicatissimo periodo con cui la stessa società civile dovette imparare a convivere, il legislatore nel 1995³²⁵ con coraggio operò un ampio snellimento delle ipotesi delittuose sottratte alla disciplina ordinaria, anche se il risultato si tradusse in un catalogo residuale molto scarso che non fu esente da critiche³²⁶ da parte della dottrina maggiormente garantista. Il quadro così delineato resse sino al 2009, anno in cui il legislatore imprudentemente mise nuovamente mano ai fragili equilibri dell'art. 275, comma 3, c.p.p. introducendo al suo interno un'ingente mole di nuove ipotesi.³²⁷

³²² Questa prerogativa "assoluta" riconosciuta al giudice iniziò a scricchiolare attraverso numerosi interventi normativi tra cui possono ricordarsi: i d.l. 13 novembre 1990, n. 324, 12 gennaio 1991, n.5, 13 marzo 1991, n. 76 anche se non sfociarono in leggi, mentre l'unico che trovò conversione fu il d.l. 13 maggio 1991, n.152. trasformato nella l. 12 luglio 1991, n. 203.

³²³ S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 106s.

³²⁴ S. Carnevale, *op. cit.*, p. 106 s.

³²⁵ Anno in cui fu introdotto il comma 2-bis in seno all'art. 275 c.p.p. per opera dell'art. 4 l. 8 agosto 1995, n. 332, il quale prevede l'impossibilità dell'applicazione della custodia cautelare nelle ipotesi in cui il giudice poteva prognosticare la concessione della sospensione condizionale della pena.

³²⁶ G. Illuminati, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in V. Grevi, *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n.332*, Milano, 1996, p. 94.

³²⁷ In virtù del D.l. 23 febbraio 2009, n.11, convertito per opera della legge 23 aprile 2009, n.38.

Accanto ai reati di matrice mafiosa, i quali hanno resistito alla ghigliottina del 1995, la riforma avvenuta attraverso la l. 23 aprile 2009, n. 38 ha normativamente recepito preoccupazioni molto distanti da quelle di natura eversiva caratterizzanti i primi anni '90. Con la verifica sistematica di episodi criminali che attentavano alla libertà sessuale escludendo le fattispecie di minore intensità, hanno preso vita nel codice di rito numerose ipotesi derogatorie al regime ordinario quali quelle concernenti la violenza sessuale, inclusa quella di gruppo, oppure lo sfruttamento della prostituzione minorile. Oltre a queste ipotesi espressamente previste si inserisce un discutibile rinvio³²⁸ all'art. 51 comma 3-bis c.p.p. che ingloba una serie di ipotesi associative finalizzate alla commissione di abusi sessuali di vario tipo. Non convince molto l'ulteriore rinvio contenuto in seno allo stesso all'art. 416, comma 7, c.p., producendo un'estensione indiretta a fattispecie quali l'adescamento di minori e la pornografia virtuale, facendole ricadere nell'alveo applicativo del doppio binario. La commissione di questi reati con dinamiche differenti da quelle associative, sfuggono però alle presunzioni legali soggiacendo in questo caso alla discrezionalità valutativa del giudice data la minore portata afflittiva delle condotte mono-soggettive, vista anche la preventivabilità che alcune fattispecie non sarebbero rientrate nel minimo edittale necessario per consentire la custodia in carcere. Il riferimento ad una norma di finalità funzionale per l'individuazione di ipotesi delittuose ai fini dell'applicazione di un regime speciale, ha generato palesi stonature³²⁹ nel momento in cui fattispecie che aggrediscono il medesimo interesse protetto vengano irragionevolmente escluse dall'area della selezione operata. Se è vero che l'attribuzione di competenza ad un organo quale la procura distrettuale può

³²⁸ La creazione di binari doppi attraverso un rinvio a liste preformate per tutt'altri scopi è una delle peggiori consuetudini per la legislazione processuale, così G.Giostra, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte Costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in Giur. Cost., 2012, p. 4904, non solo perché vengono equiparate fattispecie di natura differente ma soprattutto perché la staticità delle liste impedisce l'adeguamento perdurante alle variazioni delle allerte sociali divenendo nel tempo relitti storici che permangono in questi "contenitori" quand'anche siano cessate, così S. Carnevale, *op. cit.*, p. 108s.

³²⁹ Infatti le associazioni per delinquere volte a compiere lo stupro di maggiorenni sono esenti dall'applicazione dal regime previsto ex art. 275 comma 3, alle quali si applica la disciplina ordinaria; invece dei vincoli legali previsti dal codice di rito ne patiscono la cogenza i reati consistenti in abusi singoli commessi al di fuori di sodalizi delinquenziali, a prescindere dallo status anagrafico della vittima oppure quando il sodalizio criminale è preordinato ad arrecare danni esclusivamente a minorenni.

giustificarsi in virtù di una maggiore specializzazione per trattare casi di particolare delicatezza, appare del tutto fuori luogo l'affidamento a questo parametro per specificare i casi codicisticamente "più inclini" al carcere *ante iudicium*. La riforma del 2009 aveva partorito così un catalogo etero-formato sia da richiami innestati all'interno del *corpus* stesso dell'articolo 275 c.p.p. sia attraverso il rinvio all'art. 51 comma 3-bis il quale conteneva ulteriori rimandi a catena, emergendo insomma un quadro complessivo del tutto incoerente per la sua inaudita estensione.³³⁰ A rafforzamento di tali conclusioni si diresse l'ulteriore previsione della riforma del 2009 che, per il tramite dell'art. 51 comma 3-bis c.p.p., incluse nel regime speciale qualsiasi reato che avesse finalità di terrorismo lasciando che la mera direzione della condotta criminale divorasse ogni possibile considerazione circa la misura da scegliere nel caso concreto. Fortunatamente questo inopportuno ampliamento³³¹ venne ragionevolmente amputato senza dover attendere tempi biblici grazie ad alcuni importanti interventi della Corte costituzionale e, poi, alla riforma del 2015 posta in essere dalla l. 16 aprile 2015, n.47.

³³⁰ S. Carnevale, *op. cit.*, p. 113s.

³³¹ L'irragionevolezza del rinvio alla competenza della procura distrettuale per l'applicazione della misura più afflittiva risulta lampante in virtù di un'ulteriore considerazione. Infatti mentre rientrano pacificamente nell'alveo applicativo della norma concernente l'accentramento investigativo tutti i delitti anche quelli nella forma del tentativo, non si afferra agevolmente il perché non si debba ponderare l'intensità della condotta lesiva posta in essere valutandone il grado di anti-giuridicità al fine della decisione circa il tipo della misura da adottare.

3.2. L'OPERA DEMOLITIVA "PARZIALE" DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Il testo normativo dell'art. 275 c.p.p., prima di essere esplicitamente novellato dall'ultima riforma, è stato al centro di numerose pronunce³³² della Corte Costituzionale³³³ che ne hanno modificato in parte la fisionomia. Una catena di declaratorie di illegittimità³³⁴ hanno segnato profondamente le ipertrofiche³³⁵ elencazioni delle fattispecie delittuose³³⁶ sintomatiche dell'incontrovertibile adeguatezza del carcere a fronte della risultanza di esigenze cautelari. La Consulta ha così tentato, riuscendo nell'intento in parte, a porre rimedio allo sconsiderato ampliamento derivante da uno dei "pacchetti sicurezza" che il nuovo millennio ci ha fatto conoscere.³³⁷

L'assolutezza dell'adeguatezza della custodia in carcere non è stata *tout court* eliminata ma è stata mantenuta per tre fattispecie (*ex artt. 416-bis, 270 e 270-bis c.p.*), mentre, per le altre ipotesi previste *ex art. 275, comma 3, c.p.p.* la sua "stretta necessità" si è mutata in relativa, superabile con la presenza di elementi specifici dai quali risulti che le esigenze cautelari nel caso concreto possano essere comunque garantite con misure più blande della detenzione. Le diverse decisioni poste in essere dal Palazzo della Consulta prospettando rivisitazioni legislative, da un lato hanno censurato duramente l'adeguatezza "a priori" essendo in evidente contrasto con gli artt. 3, 13 comma 2, e 27 comma 2,

³³² Tra queste le sentt. nn. 265/2010; 110/2012, 57/2013, 213/2013, 232/2013 Corte Costituzionale.

³³³ Queste continue interpolazioni avvenute per opera della Corte Costituzionale hanno rideterminato i confini delle presunzioni facendo cadere via via quelle assolute trasformandole in relative, così P.Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 giugno 2015, p. 11 s.

³³⁴ Le numerose pronunce di accoglimento sono consistite in sentenze additive di regola aventi un unico ispiratore comune che rappresenta lo starting point del processo argomentativo: il massimo livello di tutela dei diritti, poiché rappresenta un preciso ethos costituzionale cui fa da pendant il minor sacrificio necessario, in V.Manes, *Lo "sciame" di precedenti della Corte Costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, vol. 4, 457.

³³⁵ S. Carnevale, *op. cit.*, p. 115 s.

³³⁶ Si tratta di una lista variamente modulata nel corso del tempo, con pendolari alternanze tra interventi di restringimento e di dilatazione, così Cort. cost.. 25 febbraio 2015, n.48.

³³⁷ Difatti l'articolo a seguito dell'interpolazione normativa della l. 23 aprile 2009, n.38, recitava in questi termini: "quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'art. 51 co. 3-bis e 3 quater nonché in ordine ai delitti di cui agli artt. 575, 600-bis co.1,600-ter, escluso il quarto comma, e 600-quinquies c.p. è applicata la custodia in cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risultai che non sussistono esigenze cautelari, F.Zacchè, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in AA.VV., *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O.Mazza e F. Viganò, Torino, 2009, 285 ss.

Cost., dall'altro non hanno considerato la sua eventuale "relatività" come collidente con i parametri evocati. Il palazzo della Consulta ha fatto salvo così il meccanismo presuntivo meno afflittivo dichiarandolo compatibile con i principi costituzionali sovraordinati. Tale opzione normativa a giudizio della Corte rientrerebbe in apprezzamenti legislativi "non censurabili"³³⁸ non potendo con le proprie pronunce spingersi oltre i meri suggerimenti "impliciti", per evitare di compiere indebite ingerenze all'attività del legislatore futuro.

L'argomentazione di reputare costituzionalmente inaccettabile esclusivamente il carattere assoluto del vincolo legale, in quanto unico in grado di negare indiscriminatamente il principio di gradualizzazione delle misure cautelari, non può convincere.³³⁹ Il parametro dell'uguaglianza rintracciabile all'art. 3 Cost., non permette di esimere dal vaglio della ragionevolezza le discipline derogatorie, a maggior ragione quando esse sono concernenti la compressione dello *status libertatis*.³⁴⁰ Questa dualità di fini che gli interventi giurisprudenziali hanno tentato di valorizzare sono stati recepiti nella proposta di legge n. 631 presentata alla Camera dei deputati in data 3 aprile 2013 avente prima firmataria l'On. Ferranti. Con la medesima iniziativa parlamentare si volle tentare di ripristinare la versione voluta dalla l. n. 332 del 1995 in cui non erano previste deroghe *in malam partem* eccedenti quelle contenute dagli artt. 270 270-bis e 416-bis c.p., del resto perfettamente in linea con quanto stabilito da recenti sentenze della stessa Corte Costituzionale. Di fatto si era ottenuto il *placet* tacito della Corte a mantenere ferma la presunzione assoluta di adeguatezza per il delitto di associazione di tipo mafioso, previsione poi collateralmente ampliata a

³³⁸ Il disposto di una delle più illuminanti sentenze della Consulta recita così : La Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure, così Cort. cost., 21 luglio 2010, n. 265.

³³⁹ Anche se per alcuni rappresenta l'inevitabile punto di equilibrio tra le differenti istanze contrastanti emerse in camera di consiglio, così A. Marandola, *Associazione per narcotraffico e negazione della "ragionevolezza" della carcerazione obbligatoria fra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 2968

³⁴⁰ S. Carnevale, *op. cit.*, p. 115 s.

configurazioni delinquenziali dello stesso grado di pericolosità consistenti in associazioni sovversive, aventi finalità di terrorismo oppure volte a sovvertire l'ordinamento democratico. In fase di studio presso la Commissione giustizia³⁴¹ della Camera dei deputati presero vita posizioni contrastanti espressivi di vari filoni politico-criminali; infatti se, da un lato, c'era chi propendeva per un'abolizione integrale per la presunzione *iuris et de iure*, parallelamente alcuni "nostalgici" auspicavano il ripristino del pacchetto sicurezza del 2009. Alla luce di queste considerazioni il risultato finale non poteva che essere frutto di un compromesso raggiunto tra le suddette forze: l'emendamento proposto dai relatori prevede la presunzione assoluta operativa solo per quei reati per i quali di fatto si era ottenuto l'avallo della giurisprudenza costituzionale. L'architettura del testo così approvato dalla commissione diverrà l'attuale art. 4 della legge riformatrice che subì negli ulteriori passaggi previsti dai lavori parlamentari numerosi "attentati emendativi" realizzati per mero opportunismo elettorale. Molti parlamentari della Camera Dei Deputati espressero un forte dissenso circa il "catalogo" delineato dalla Commissione per l'esiguità dei reati previsti. Questa volontà modificativa più che per tensione ideologica trovò la sua radice nell'immagine politica che i deputati volevano far trasparire. L'idea che la difesa della società dovesse passare attraverso una più agevole sottoposizione al carcere degli indagati³⁴² avrebbe dimostrato alla collettività la durezza dell'ordinamento nell'affrontare quei reati ritenuti idonei a destare maggiore allarme sociale. Il Senato, proprio sulla scia di queste considerazioni, introdusse infelici aggiunte³⁴³ nel testo approvato dalla Camera³⁴⁴ in prima battuta, quale quella di includere l'art. 416-ter nel novero dei reati sui quali applicare la presunzione più stringente.

³⁴¹ Denominata commissione Canzio, fu istituita con decreto del 10 giugno del 2013 in seno all'Ufficio legislativo del Ministro della Giustizia per elaborare interventi in materia di processo penale, in particolar modo la Sottocommissione si occupò delle misure cautelari.

³⁴² E.Marzaduri,*L'applicazione della custodia in carcere alla luce della nuova disciplina delle presunzioni in materia cautelare*, in www.lalegislationepenale.eu , 1 dicembre 2015, p. 6.

³⁴³ E.Marzaduri, *op. cit.*, p. 6.

³⁴⁴ Con l'approvazione degli stessi emendamenti si sarebbe infatti ripristinato il testo approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati, *Atti parlamentari, XVII legislatura, camera dei deputati, II commissione*, seduta 11 giugno 2014, allegato 77.

L'assemblea della Camera provvede ad una celere eliminazione di questa scomposta addizione rimarcando la totale assenza³⁴⁵ in questo reato di quelle connotazioni criminali tipiche dei delitti di associazione di tipo mafioso, in mancanza delle quali la Corte Costituzionale sollecita l'adozione di misure alternative di contenimento che riescano a fronteggiare con la stessa efficacia le spinte criminali del soggetto.

L'applicazione di una custodia in carcere inderogabilmente applicata³⁴⁶ oggi appare circoscritta agli artt. 270, 270-*bis* e 416-*bis*, così facendo il legislatore si è spinto oltre³⁴⁷ il doveroso ossequio ai dispositivi delle ben nove sentenze costituzionali che hanno avuto luogo nell'arco temporale compreso tra il 2010 ed il 2015. Infatti gli interventi della consulta non avevano "valutato" negativamente tutte le ipotesi di reato contenute nella precedente configurazione dell'art.275 c.p.p. anche se non appariva irragionevole supporre un più che probabile accoglimento dell'eventuale questione di legittimità che fosse stata sollevata.³⁴⁸

³⁴⁵ Molto importante a riguardo è fare riferimento a quanto statuito dalla sentenza Corte Cost. 25 febbraio 2015, n.48 grazie alla quale cadde la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere per il concorso esterno nell'associazione mafiosa. Nella medesima direzione il Relatore Sen. D'Ascola qualifica il concorso esterno all'associazione di tipo mafioso come una partecipazione occasionale e legata a vicende di natura elettorale al sodalizio criminoso. E' quanto mai necessario quindi ai fini cautelari compiere un *distinguo* trattamentale rispetto a chi partecipa permanentemente ossia quotidianamente allo stesso, al fine di ponderare al meglio la meritevolezza esclusiva della misura più afflittiva.

³⁴⁶ E.Marzaduri, *op. cit.*, p. 7.

³⁴⁷ Parte della dottrina la qualifica come una scelta di campo estremamente significativa valorizzando positivamente l'intervento poiché ha soppresso integralmente il terzo periodo della comma 3 dell'art. 275 c.p.p. Infatti il comma 3-bis dell'art. 51 c.p.p. fa riferimento oltre all'art. 416-*bis* c.p.p. a numerose altre ipotesi di reato, anche associative, il cui regime operativo non era ancora stato oggetto di declaratorie di incostituzionalità. Tra queste vi sono l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di t.l.e. (*ex* Art. 291-quater d.p.r. n. 43 del 1973) o al traffico illecito di rifiuti (*ex* art. 260 t.u. amb.) fattispecie evidentemente sprovviste di quelle connotazioni del vincolo associativo caratterizzanti l'associazione di stampo mafioso. Quest'ultime sono state ritenute indispensabili dalla Corte Costituzionale per ritenere ragionevole la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere. L'abbandono al richiamo al comma 3-*quater* dell'art. 51 c.p.p. ha comportato l'esclusione dall'orbita operativa della presunzione assoluta anche per i reati aventi finalità di terrorismo escludendo ovviamente le ipotesi associative, così Così V. Paziienza *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, rel. n.III/3/2015, 6 maggio 2015 in www.cortedicassazione.it; in virtù dell'opera di disboscamento operato dal giudice delle leggi si riduce l'orbita applicativa della presunzione *iuris et de iure* di adeguatezza del carcere abbandonando il troppo generico riferimento al catalogo delle fattispecie contenuto nei commi 3-bis e 3-quater *ex at.* 51 c.p.p. avente finalità "diversa" concernente l'attribuzione della competenza per lo svolgimento delle indagini al p.m. distrettuale, così E.Turco, *La riforma delle misure cautelari*, fascic. V, 2015, p. 112, in www.processopenaleegiustizia.it

³⁴⁸ Sulla possibilità di declaratorie consequenziali che avrebbero consentito alla Corte Costituzionale almeno per gruppi omogenei di reati, di ampliare adeguatamente l'operazione di bonifica costituzionale si pronuncia, M. Gialuz, *Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali*, in *Processo penale e giustizia*, 2013, p.6.

3.3. IL GENUS DELLE PRESEUNZIONI: IL TRADIMENTO ALLA “PERSONALIZZAZIONE” DELLA MISURA

Lo sciame³⁴⁹ delle pronunce della Consulta ha giocato un importante ruolo nel *restyling* applicativo circa le presunzioni assolute di adeguatezza, in particolar modo su quelle che incidono negativamente sui diritti fondamentali dell’individuo, costituenti la pietra d’angolo dell’intera architettura costituzionale.³⁵⁰ Essa le ha definite arbitrarie ed irrazionali e lesive del principio di uguaglianza ove non rispondano a dati di esperienza generalizzati catalizzati nel principio dell’ *id quod plerumque accidit*. Nel pervenire a questa statuizione di principio, gli operatori del diritto hanno fatto emergere l’esistenza di connotazioni difformi interne tra reati di natura mafiosa ed altri comportamenti criminosi *lato sensu* intesi. La “giustificabilità” del regime derogatorio quindi è ammessa solo per i primi, vista l’elevata pericolosità sociale intrinseca per le sue connotazioni criminologiche. Una consolidata base statistica³⁵¹ dimostrerebbe che il legame con il sodalizio criminale non può essere altrimenti amputato e proprio per questa ragione il rischio cautelare deve essere sempre considerato massimo, con la conseguenziale idoneità esclusiva del carcere a fronteggiare i *pericula libertatis*. I dati di esperienza non consentirebbero di formulare ipotesi realistiche contrarie³⁵² solo se riferiti però al delitto di associazione di stampo mafioso, tenendo conto la configurazione stessa della fattispecie e delle sue architetture criminali. Le associazioni mafiose hanno un profondo radicamento sul territorio in cui esplicano la loro attività delinquenziale ed hanno un’organizzazione gerarchica caratterizzata da una fitta rete di connessioni personali. La loro forza intimidatrice³⁵³, avvertita sensibilmente dall’intera collettività, comporta un

³⁴⁹ V.Manes, *Lo “sciame” di precedenti della Corte Costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, vol. 4.

³⁵⁰ Il percorso demolitorio compiuto dalla Corte Costituzionale articolatosi in ben nove declaratorie di illegittimità emesse nell’arco temporale compreso dal 2010 al 2015 ha mutato un sistema a duplice presunzione (relativa ed assoluta) trasformandolo per quasi tutti i titoli di reato in un sistema a duplice presunzione relativa, così V. Paziienza *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, rel. n.III/3/2015, 6 maggio 2015 in www.cortedicassazione.it, p. 11.

³⁵¹ E.Turco, *La riforma delle misure cautelari*, fascic. V, 2015, p. 111, in www.processopenaleegiustizia.it

³⁵² S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, in L. Giuliani, *op. cit.*, Torino, 2015, p. 117 s.

³⁵³ Ai fini della configurabilità del reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo dalla quale derivano assoggettamento ed omertà può

assoggettamento psicologico e di omertà da parte dei consociati.³⁵⁴ Ciò conduce a ritenere secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa che la misura carceraria sia l'unico strumento di contenimento efficace delle spinte criminali del soggetto³⁵⁵ poiché in grado di recidere ogni collegamento con l'ambiente esterno. Ad una differente conclusione deve giungersi tanto per i reati aggravati ai sensi dell'art. 7 d.l. n.152 del 1991³⁵⁶ commessi con metodo mafioso quanto per quelli compiuti per agevolare le associazioni ex art. 416-bis c.p., oppure per le situazioni di concorso esterno nell'associazione di stampo mafioso.³⁵⁷ Queste ipotesi non sono di per sè sintomatiche di un vincolo di appartenenza permanente al sodalizio tale da legittimare sul piano empirico-sociologico il ricorso in via esclusiva alla misura carceraria, infatti in questi casi non la si può ritenere l'unica misura idonea a recidere i rapporti dell'indiziato con l'ambiente criminale di appartenenza e neutralizzarne la pericolosità.³⁵⁸ Si può ragionevolmente concludere affermando che queste ipotesi non garantiscono alla presunzione assoluta un fondamento giustificativo costituzionalmente adeguato.³⁵⁹ Le fattispecie che hanno fatto sorgere dubbi circa la "presunta pericolosità massima" non si arrestano agli esempi appena delineati, ma si sono posti in rilievo una serie di "eventualità" che possono prendere vita nelle configurazioni penali asetticamente descritte, per esempio quelle della natura individuale o occasionale delle condotte.³⁶⁰ Per quanto riguarda invece le organizzazioni si assume per certo che tutte abbiano le medesime caratteristiche "operative", senza verificare se siano costituite o meno da gerarchie interne o se siano dotate di ingenti mezzi a

essere diretta a minacciare tanto la vita o l'incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti. Ferma restando una riserva di violenza nel patrimonio associativo, tale forza intimidatrice può venire acquisita con la creazione di una struttura organizzativa che, in virtù di contiguità politiche ed elettorali, con l'uso di prevaricazioni e con una sistematica attività corruttiva, esercita condizionamenti diffusi nell'assegnazione di appalti, nel rilascio di concessioni, nel controllo di settori di attività di enti pubblici o di aziende parimenti pubbliche, tanto da determinare un sostanziale annullamento della concorrenza o di nuove iniziative da parte di chi non aderisca o non sia contiguo al sodalizio, così Cass. Sez. VI, 10 aprile 2015, n.24535.

³⁵⁴ Cort. Cost., 7 luglio 2010, n.265.

³⁵⁵ P.Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in diritto penale contemporaneo, 3 giugno 2015.

³⁵⁶ Cort. cost., 29 marzo 2013, n. 57.

³⁵⁷ Cort. cost., 25 febbraio 2015, n.48.

³⁵⁸ Cort. cost., 25 febbraio 2015, n.48.

³⁵⁹ R.Adorno, *L'inarrestabile ragionevolezza del carcere cautelare "obbligatorio": cade la presunzione assoluta anche per i reati di "contesto mafioso"*, in Giur. Cost., 2013, p.2413.

³⁶⁰ Cort. cost., 12 maggio 2011, n.164.

disposizione. Dovrebbero rilevare ai fini dell'analisi sulla pericolosità reale del sodalizio ulteriori elementi quali l'estensione dell'area sulla quale esse esercitano la propria influenza oppure la transitorietà degli apporti degli associati.³⁶¹ Insomma non considerare caso per caso le varie "sfumature" e peculiarità con cui il reato può aver luogo per mero alleggerimento degli oneri probatori³⁶², denoterebbe una scarsa attenzione da parte del legislatore che invece dovrebbe prestare su temi caldi dell'ordinamento qual è quello della massima restrizione della libertà personale. La necessità quindi di "aprire" le fattispecie alle loro molteplici e possibili esplicazioni ha permesso di strappare alla presunzione assoluta anche i reati di contiguità mafiosa³⁶³ ed insieme ad essi quelli compiuti avvalendosi del metodo intimidatorio o quelli commessi per contribuire da concorrenti esterni a rafforzarne l'esistenza.³⁶⁴ In queste ipotesi il vincolo di affiliazione potrebbe mancare e con esso conseguenzialmente anche le *rationes* legittimanti la detenzione obbligatoria.³⁶⁵ Il martellante intervento del giudice delle leggi con colpi di scalpello ha asportato pezzo dopo pezzo quanto di meno costituzionalmente sostenibile si era via via sedimentato.³⁶⁶ Al contempo ha evidenziato una patologia che non caratterizza più solamente la legge in quanto tale, ma piuttosto il legislatore e in modo particolare il suo modo di legiferare e quindi le finalità con esso perseguite.³⁶⁷ E' evidente di come possa esserci il rischio di uno "scollamento" tra le previsioni staticamente individuate dal codice penale e le connotazioni peculiari che un determinato reato debba assumere per l'applicazione di regimi speciali. Infatti le declaratorie d'illegittimità hanno

³⁶¹ Cort. cost., 22 luglio 2011, n.231. nello stesso senso Cort.cost., 16 dicembre 2011, n. 331 e Corte cost. 3 maggio 2012, n.110

³⁶² Si sostiene che con la presunzione di pericolosità si è inteso predisporre uno scudo per i magistrati, esonerandoli dal motivare in casi di presumibile pericolosità del destinatario della misura. Io credo al contrario che i giudici debbano assumersi sempre la piena responsabilità di ogni singola decisione con riferimento al caso concreto. E comunque non vedo di quale scudo possa giovare il magistrato che nel decidere una misura cautelare, può omettere la motivazione su uno dei presupposti della misura. Come se i delinquenti si preoccupassero solo della motivazione e non del dispositivo che li priva della libertà, così A.Nappi, *Il regime delle misure cautelari personali a vent'anni dal codice di procedura penale*, in Cass. Pen., fasc. 11, 2009, p. 4095.

³⁶³ S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, in L. Giuliani, *op. cit.*, Torino, 2015, p. 117 s.

³⁶⁴ Cort. cost., 29 marzo 2013, n.57.

³⁶⁵ Cort. cost., 26 marzo 2015, n. 48.

³⁶⁶ G.Giostra, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte Costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in Giur. Cost., 2012, p. 4903.

³⁶⁷ G.Giostra, *op.cit.*, in Giur. Cost., 2012, p. 4903.

colpito essenzialmente l'associazionismo delinquenziale a stampo mafioso nelle sue estrinsecazioni più efferate e violente,³⁶⁸ che proprio a causa della loro intensa antiggiuridicità giustificano la permanenza di discipline derogatorie.³⁶⁹ È fondamentale quindi valorizzare le gradazioni diverse³⁷⁰ con cui il fenomeno mafioso può manifestarsi, “stemperando” la rigidità trattamentale del carcere obbligato per i casi di affiliazione di second'ordine.³⁷¹

Prima della novella n. 47³⁷² si era ritenuto che oltre all'associazione *ex art. 270-bis* c.p., anche i delitti di arruolamento e addestramento con finalità terroristica previsti dagli artt. 270-*quater* e 270-*quinqüies* c.p.p. avrebbero potuto sopravvivere allo scrutinio di costituzionalità correlato alla presunzione assoluta di adeguatezza. Questo perché alla rete terroristica, e quindi non solamente all'associazione, è in genere sotteso non solo un gruppo strutturato ed organizzato, bensì anche un collegamento transfrontaliero fatto di legami umbratili ed omertosi³⁷³, che si avvale di canali di comunicazione difficili da scoprire e penetrare. Non si può negare che il connubio composto dalla struttura associativa e la finalità di terrorismo prevista dall'art. 270-*bis* c.p. parrebbe idoneo a superare quella verifica di ragionevolezza empirica così come delineata dalla Corte Costituzionale, per giustificare la presunzione assoluta di adeguatezza del carcere. Lo stesso grado di pericolosità può rintracciarsi anche

³⁶⁸ Infatti la nozione di mafia contenuta nel codice penale risulta aperta anche a condotte prive delle caratteristiche necessarie per la Corte Costituzionale per la riconducibilità all'applicazione “obbligata” della detenzione in carcere, così S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, in L. Giuliani, *op. cit.*, Torino, 2015, p. 117 s.

³⁶⁹ Le fondamenta sulle quali le pronunce della Consulta si sono appoggiate sono difformi da quelle *lato sensu* intese per la sussistenza del reato 416-*bis*, così come previsto dal codice penale. Infatti è una definizione potremmo dire a “maglia larga” mentre il giudice delle leggi ha estratto dal suddetto *genus* una nozione molto più circoscritta per la rilevanza cautelare.

³⁷⁰ G.Borrelli, *Il metodo mafioso mutuato da modelli in uso in diverse aree geografiche*, in Cass. Pen., 2007, p. 2781.

³⁷¹ In questo caso non è difficile immaginare di fronteggiare le esigenze cautelari con misure diverse come ad esempio con gli arresti domiciliari corredati con divieti di comunicazione e rafforzati da strumenti di controllo elettronico, così S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, in L. Giuliani, *op. cit.*, Torino, 2015, p. 120 s.

³⁷² In dottrina V.Manes, *Lo “sciame” di precedenti della Corte Costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, vol. 4, p. 466.

³⁷³ L'unica categoria di costellazione di fattispecie capace di superare ‘ la prova di resistenza empirica legittimando una presunzione assoluta della sola custodia cautelare giuridicamente fondata nei reati orientati alla finalità di terrorismo e segnatamente 270-*bis*, 270-*quater* e 270-*quinqüies*, così In dottrina V.Manes, *op. cit.*, p. 466

nella fattispecie di associazione sovversiva³⁷⁴, dove l'allusione alla matrice ideologica di sovversione o soppressione con violenza³⁷⁵ degli aspetti istituzionali necessari per la sopravvivenza dello stato e per i suoi equilibri³⁷⁶, rende ardua la previsione di mezzi diversi di contenimento che possano arginare la spinta criminale del soggetto.³⁷⁷

L'omogenizzazione trattamentale tra associazionismo criminale di stampo mafioso e quello di matrice terroristica-sovversiva convince sicuramente sul lato delle sue potenzialità criminali "pronte ad esplodere", rappresentando *ictu oculi* una minaccia per la tenuta degli assetti istituzionali. Qualche perplessità può essere nutrita invece sul versante del presupposto "principe" che sino ad oggi ha animato prevalentemente la giurisprudenza costituzionale in particolare le pronunce aventi ad oggetto la meritorietà del carcere anticipato. La Corte ribadisce l'importanza del radicamento sul territorio del sodalizio criminale, infatti l'associazione mafiosa in virtù del suo "dominio" territoriale risulta neutralizzabile solo se le vengono troncate drasticamente tutte le connessioni con l'ambiente "esterno", impedendole quindi di mantenerle. Quest'ancoraggio territoriale³⁷⁸ fa divenire il carcere una misura "necessitata" per i sodalizi mafiosi poiché è l'unica in grado di soffocare il suo alimento del vincolo associativo³⁷⁹: la sua diffusa capillarità organizzativa sul territorio. Alla luce di queste considerazioni, non sono rintracciabili nelle strutture associative *ex artt.* 270 e 270-bis c.p. le suddette caratteristiche di territorialità e strutturalità organizzativa, le quali rappresentano invece per la giurisprudenza costituzionale i

³⁷⁴ E' importante ricordare che la mera partecipazione all'associazione sovversiva non consente l'applicazione di misure cautelari personali, questo perchè essa è punita con la pena della reclusione da uno a tre non eccedendo quindi il minimo edittale previsto *ex art.* 280, comma 1, c.p.p.

³⁷⁵ Si può ricavare la diversa "natura" della violenza contenuta nella descrizione degli artt. 270 e 270-bis c.p. La prima infatti può essere classificata come una violenza "comune" la seconda invece come "terroristica" entrambe dirette in *incertam personam* proprio per destare panico, terrore diffuso e senso di insicurezza, comunque finalizzata a perseguire i fini dell'associazione, A.Valsecchi, *La cassazione sulla nozione di "violenza terroristica", e sul rapporto fra il reato di associazione sovversiva (art. 270 c.p.) e il reato di associazione terroristica (art. 270 bis c.p.)*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 maggio 2012.

³⁷⁶ E.Marzaduri, *L'applicazione della custodia in carcere alla luce della nuova disciplina delle presunzioni in materia cautelare*, in www.la legislazione penale.eu, 1 dicembre 2015, p. 8.

³⁷⁷ P.Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in *diritto penale contemporaneo*, 3 giugno 2015, p.12.

³⁷⁸ Essa è funzionale affinché la collettività possa percepire e "subire" l'influenza della sua fama criminale.

³⁷⁹ Cort. cost., 20 gennaio 2010, n.10

due fattori che per primi rivestirebbero di legittimità l'applicazione della misura più aggressiva della sfera giuridica del soggetto.

Nonostante i più esigui spazi operativi relegati alla presunzione assoluta, quelli residui sopravvissuti al disboscamento³⁸⁰ della giurisprudenza costituzionale non sono esenti da perplessità. Il terreno dell' *id quod plerumque accidit* appare scivoloso,³⁸¹ in quanto si fonda su una contraddizione di fondo ineliminabile.³⁸² Infatti nella varietà delle vicende processuali ben possono configurarsi ipotesi che non rientrano nella "generalità dei casi"³⁸³ e non rispondono ad una regola sufficientemente condivisa. Le connotazioni del fenomeno associativo di natura mafiosa non sembrerebbero giustificare aprioristicamente un "automatismo valutativo di inidoneità" riguardante qualsiasi altra misura diversa da quella carceraria, trascurando palesemente il coefficiente di pericolosità del soggetto che si vuole sottoporre a misura.

Con questo approccio sicuramente poco garantista, l'ordinamento è drammaticamente esposto a possibili derive securitarie che consentirebbero l'incarcerazione "a priori" sulla base del titolo del reato.³⁸⁴ Queste considerazioni appaiono poco compatibili con quella valorizzazione dell'invulnerabilità della libertà personale che la stessa Consulta ha voluto assicurare nella

³⁸⁰ E.Turco, *La riforma delle misure cautelari*, fascic. V, 2015, p. 112, in www.processopenaleegiustizia.it

³⁸¹ Nello stesso senso parte della dottrina ha espresso aspre critiche nel fare riferimento a questo parametro per l'elevazione di architetture concettuali volte a giustificare restrizioni obbligate, S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 118.

³⁸² Non è chiaro quali sono state le fonti di copertura delle generalizzazioni utilizzate dalla Corte sulle quali ha fatto leva per sancire la legittimità delle presunzioni assolute, seppur circoscritte ai reati di mafia a titolo esemplificativo potrebbe aver "attinto" a studi criminologici, dati giurisprudenziali o analisi statistiche. Le prime costituiscono un *compositum* di risultanze difformi mentre per gli altri due parametri appare complesso elaborare casistiche per la prevenzione dei rischi cautelari con misure alternative a quella carceraria poiché sino ad ora non è stato consentito a causa del prolungato vigore della disciplina speciale, così S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, in L. Giuliani, *op. cit.*, 2015, p. 119 s.

³⁸³ E' evidente come simili affermazioni si arrestino ad un livello di preoccupante genericità, nel senso che non si rileva alcun tentativo di indagine concretamente compiuta volta ad avallare l'esistenza di quegli aspetti ricorrenti, i quali invece dovrebbero legittimare l'ordinaria configurabilità di un *periculum* al massimo livello, E.Marzaduri, *L'applicazione della custodia in carcere alla luce della nuova disciplina delle presunzioni in materia cautelare*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015, p. 12 s.

³⁸⁴ L.Scomparin, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi*, in *Giurisp. Cost.* 2011, p. 3733.

sua massima estensione³⁸⁵, tuttavia sembra aver perso per strada³⁸⁶ questo elementare canone di civiltà, nel momento in cui ammette l'applicazione di *interventi de libertate* che prescindono dall'individuazione nel caso di specie dei *pericula* necessari per legittimarla.³⁸⁷

³⁸⁵ Il giudice delle leggi, affinché eventuali compressioni della libertà possano essere considerate lecite, ha ribadito che debbano esistere nei limiti indispensabili a soddisfare le esigenze riconoscibili nel caso concreto, così Cort. Cost., 7 luglio 2010, n.265.

³⁸⁶ E.Marzaduri, *op. cit.*, p. 10.

³⁸⁷ I quali secondo parte della dottrina devono essere concretamente individuati, G.Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 301 ss; nello stesso senso A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 91 ss.

3.4. I “MINORATI” DIRITTI DIFENSIVI E LE FUNZIONI “COLLATERALI” DEI MECCANISMI PRESUNTIVI.

Non incontrando il *favor* dei giudici europei per le presunzioni assolute,³⁸⁸ l’inciso introdotto “salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono le esigenze cautelari” risulta molto debole per qualificare la presunzione come relativa.³⁸⁹ Inoltre questa previsione delinea un’ipotesi più utopistica che reale in quanto è verificabile di fatto solo laddove il p.m.³⁹⁰ abbia allegato alla richiesta cautelare atti dai quali emerge in positivo l’inesistenza di ogni esigenza cautelare.³⁹¹ E’ presumibile che il giudice, preso atto dell’inesistenza di prove circa la completa innocuità cautelare dell’accusato³⁹², a prescindere da quale sia la natura e il grado delle esigenze, adotti comunque il provvedimento restrittivo.

La confutabilità “parziale”³⁹³ della presunzione *iuris et de iure* sull’adeguatezza carceraria, poiché aggredibile solo sul lato dei *pericula* (per le ipotesi previste ex. artt. 416-bis, 270 e 270-bis c.p.) deve essere compiuta dal destinatario della misura. Su quest’ultimo invece graverà, per le presunzioni relative, anche l’onere di dimostrazione della medesima capacità di neutralizzazione di vincoli meno stringenti del carcere (per le fattispecie contenute nel comma 3, dell’art. 275 c.p.p. diverse da quelle anzidette), solo così il provvedimento confermativo o genetico della misura sarà arricchito dalle ragioni del loro mancato accoglimento.³⁹⁴ Dopo che il pubblico ministero ha circoscritto il perimetro cognitivo della decisione

³⁸⁸ Nella giurisprudenza di Strasburgo anche nei casi concernenti fatti di criminalità organizzata c’è una tendenza a limitare la legittimità di una presunzione relativa di pericolosità relegandola ai momenti genetici della misura, con la necessità di indicare pericoli concreti di ordine prevalentemente cautelare, per giustificare la permanenza dell’operatività della restrizione, Corte eur. Dir. Uomo, 3 marzo 2009, Hilgartner c. Polonia.

³⁸⁹ E.Marzaduri, *op. cit.*, p. 11.

³⁹⁰ Infatti il concetto di presunzione non implica necessariamente un onere della prova gravante sull’imputato, ma è possibile che sia compatibile con iniziative del giudice in grado di ribaltarne l’assunto legale.

³⁹¹ E.Marzaduri, *op. cit.*, p. 11.

³⁹² Si evince da diversi riferimenti giurisprudenziali una considerevole severità nell’individuazione e nella valutazione degli elementi ritenuti idonei a vincere la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari, sul tema P.Spagnolo, *Il tribunale delle libertà: tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano, 2008, 316 ss.

³⁹³ In questo senso Corte eur. Dir. Uomo, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia, «Una presunzione legale di pericolosità per poterla giustificare, in particolare quella che non è assoluta, si presta ad essere contraddetta dalla prova contraria».

³⁹⁴ T.E. Epidendio, *Presunzioni e misure cautelari personali*, in S. Corbetta, A. Della Bella (a cura di), *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: la riforma del 2009*, Milano, 2009, p. 408s.

difficilmente porterà in emersione dati che scardinino alla radice le ragioni della richiesta cautelare, nonostante sia comunque tenuto ad allegare il materiale che sia favorevole all'indiziato. Quale effetto collaterale di questo *iter* cautelare è quello che, di fatto, l'imputato-indagato non sarà nelle condizioni "processuali" per poter produrre documenti idonei a sovvertire la presunzione sull'*an* o sul *quomodo* prima che la misura detentiva venga applicata.³⁹⁵ Sicuramente i primi momenti fertili per poter contestare la misura già applicata possono essere rappresentati dall'interrogatorio *ex art.294 c.p.p.* o dal riesame *ex art. 309 c.p.p.*, ma a causa della loro "prossimità temporale", è ragionevole supporre che una più profonda attività difensiva possa essere compiuta in sede di revoca o sostituzione *ex art. 299 c.p.p.* Questa "sfasatura temporale" delle possibilità difensive, rispetto ad *status* restrittivo più o meno in stato di avanzamento, manifesta palesemente la "rivoluzione non riuscita" della previsione della duplice relatività. Quest'ultima invero non riesce a rimarginare le ferite ancora aperte del nostro ordinamento, il quale persiste nel prevedere nonostante la riforma, una sorta di "tutela postergata" per il sottoposto a restrizione. Quest'ultimo si trova nell'impossibilità materiale di anticipare le proprie ragioni demolitrici delle argomentazioni fondanti la misura, a causa dell'ostacolo rappresentato dalle norme procedurali che ne precludono l'operatività. Difatti quando tutto avvenga all'insaputa del sottoposto alle indagini, questi non potrà nemmeno con le sue deduzioni costringere il giudice a motivare più articolatamente sulle esigenze cautelari e sulle ragioni della scelta del carcere.³⁹⁶ Il legislatore per dare massima vitalità al meccanismo presuntivo "mitigato" dalla possibilità di vincerlo con prova contraria, avrebbe dovuto concepire accanto ad esso un contraddittorio anticipato, per queste ragioni l'assenza di un coinvolgimento anticipato della difesa suscita molte perplessità in dottrina.³⁹⁷ In effetti il punto di equilibrio è delicatissimo poiché si poggia su un contemperamento necessario di interessi contrapposti. Tra questi troviamo: l'effetto "sorpresa" che è strumentale per il perseguimento delle finalità cautelari, la celerità della decisione nelle cui mure il sottoposto ad indagine sarebbe privato

³⁹⁵ S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 129.

³⁹⁶ S. Carnevale, *op. cit.*, p. 129.

³⁹⁷ R.Magi, *Norme processuali, garanzie dell'individuo e custodia cautelare obbligatoria*, in *Quest. Giust.*, 2009, p.182.

della libertà, oppure la necessità di offrire un congruo termine a difesa che protrarrebbe tuttavia lo stato di coazione.³⁹⁸ L'unica *chance* per l'imputato indagato per tentare di evitare di subire un provvedimento restrittivo è quella di provare "in positivo"³⁹⁹ l'inesistenza dei presupposti richiesti *ex art. 274 c.p.p.* In dottrina si è parlato a riguardo di tale onere⁴⁰⁰ di *probatio diabolica*⁴⁰¹, in quanto la maggior parte delle ordinanze cautelari si "appiattiscono" prevalentemente sul *fumus commissi delicti*, costituendo quest'ultimo un accadimento storico che seppur non ancora comprovato si è già compiuto ed appartiene al passato.⁴⁰² Per quanto concerne i *pericula*, nonostante l'irrobustimento delle aggettivazioni rappresentino un presidio per la deriva di decisioni "forfettarie", la valutazione circa la loro presumibile verifica poggia sempre su criteri probabilistici comunque di natura ipotetica. Il soggetto interessato dovrà così confrontarsi con un ribaltamento qualitativo del *thema probandum*⁴⁰³, il quale dovrà fornire la prova, di fatto impossibile, dell'inesistenza di tutti i *pericula libertatis*, difatti l'attività confutativa che renderà il superamento degli assunti legali si tradurrà in un'operazione di estrema complessità. Un iter percorribile per scappare dalle tenaglie presuntive è declassare la qualificazione giuridica dell'addebito, che può realizzarsi mediante l'accertamento di una circostanza attenuante o la svalutazione di un'aggravante.⁴⁰⁴

Certamente non è semplice compiere questi *escamotages* difensivi sia per la genitorialità attribuibile al p.m. degli atti oggetto della richiesta cautelare sia per la fase embrionale in cui questi vengono raccolti⁴⁰⁵ che non consente di valutare a pieno eventuali elementi a "discarico".

³⁹⁸ L. Giuliani, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova, 2012, p. 215s.

³⁹⁹ Cass., sez. I, 1 luglio 1995, n. 3277.

⁴⁰⁰ "Prova particolarmente impegnativa" così viene definita da E. Marzaduri, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in Dig. Pen., Vol. VIII, 1994, p. 73.

⁴⁰¹ G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, IX ed., Torino, 2014, p. 305.

⁴⁰² S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 131 s.

⁴⁰³ P.P. Paulesu, *Reati di mafia e automatismi cautelari*, in Riv. Dir. Proc., 2012, p. 1493.

⁴⁰⁴ Simbolico a riguardo è il caso dell'associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti, ma costituita per commettere fatti di lieve entità che per Cass. Sez. Un., 23 giugno 2011, Valastro, deve essere esonerata dal regime operativo di cui all'art. 275, comma 3 c.p.p., allora riferibile alla presunzione assoluta oggi deve intendersi applicabile a quella relativa.

⁴⁰⁵ A. Marandola, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in Dir. Pen. Proc., 2009, p. 949.

Tra gli alibi più ricorrenti per il mantenimento della presunzioni massime, si può citare la protezione degli inquirenti che attraverso la creazione di una sorta di “scudo normativo”⁴⁰⁶, rappresentato dalla preferenza normativa del carcere sulla libertà, li preserva da pressioni ed intimidazioni esterne.⁴⁰⁷ Giustificazioni di tale tenore possono essere tollerate se calate nei contesti prettamente mafiosi, e non in tutti, risultando difficilmente trapiantabili invece per altri contesti delittuosi. Questa funzione “collaterale” dell’automatismo relativo all’idoneità *iuris et de iure* del carcere, sembra collidere con il principio di legalità previsto *ex art. 272 c.p.p.*, perché è come se si creasse *ex novo* un’esigenza non scritta in quanto non prevista *ex art. 274 c.p.p.*⁴⁰⁸ La libertà di autodeterminazione dell’ autorità giudiziaria invero non è sistematicamente coartata (come vorrebbe il requisito dei “dati di esperienza generalizzati”), quindi non si comprende come questa generalizzazione *tout court* per il mero titolo di reato, possa legittimare automatismi *in malam partem* permanentemente operanti laddove si dimostri la sussistenza delle esigenze cautelari. Inoltre, la protezione dell’incolumità e della libertà morale dei magistrati, va perseguita con appositi strumenti di tutela, per esempio, attribuendo la competenza a decidere sulle richieste cautelari a magistrati dislocati in circoscrizioni territoriali distanti dal luogo della supposta commissione del reato. Anche le condizioni “ambientali”, che spinsero a trovare simili forme di tutela sono mutate, tant’è vero che odiernamente può riscontrarsi una minore *vis* aggressiva rispetto al passato delle organizzazioni di stampo mafioso nei confronti della magistratura. Sollecitazioni nel prestare elevata attenzione all’ evoluzioni delle manifestazioni criminali ed al possibile attenuarsi della loro efferatezza derivano dalla stessa Corte Costituzionale⁴⁰⁹, avvalorando

⁴⁰⁶ Il termine coniato da V.Grevi, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995, n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in ID. (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, Milano, 1996, p. 10, l’ha utilizzato per qualificare le presunzioni definendole come una sorta di “barriera protettiva” per tutelare dal rischio di gravi condizionamenti i giudici maggiormente impegnati nei procedimenti contro la peggiore delinquenza.

⁴⁰⁷ V.Grevi, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995, n.332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in ID. (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa nella l.8 agosto 1995 n. 332*, Milano, 1996, p. 8.

⁴⁰⁸ A tal riguardo in dottrina E.Marzaduri, *Art. 275*, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M.Chiavario, III Agg., Utet, Torino, 1998, p. 181, rileva come questo collegamento protettivo è auspicabile solo laddove la libertà decisionale dell’organo giudicante merita di essere tutelata ossia solo per “brevi periodo di gravissima emergenza”.

⁴⁰⁹ Cort. Cost., 18 luglio 2013, n. 231.

ancor di più l'inutilità di simili "retaggi storici". Il *favor* per la detenzione carceraria rispetto ad altre misure meno invasive si rintraccia anche in ragioni di "opportunità procedurale", non a caso si ritiene che la misura più afflittiva garantisca una maggiore agevolezza ed efficienza nell'effettuazioni dei controlli, i quali con altre misure⁴¹⁰, sarebbero più onerosi e di difficile attuazione vista anche la scarsità degli apparati di controllo a disposizione della p.g. La *ratio* in questione caratterizzava i preamboli dei primi interventi normativi, in particolar modo dei decreti dei primi anni novanta⁴¹¹ in materia cautelare, che di fatto facevano gravare le lacune dello stato in termini di inefficienza organizzativa sull'imputato-indagato.

⁴¹⁰ P.Tonini, *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, p. 265.

⁴¹¹ D.Schellino, *Commento all'art. 275*, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M.Chiavario, I Agg., Utet, Torino, 1993, p. 125.

3.5. “INCROSTAZIONI” LATENTI E IL “DEBOLE” APPROCCIO DELL’ *ID QUOD PLERUMQUE ACCIDIT*

Purtroppo La l. n.47 del 2015 ha adottato una linea tendenzialmente conservatrice, mantenendo un folto elenco che inquina nuovamente il nuovo testo il quale ripropone una vasta area di meccanismi presuntivi.⁴¹² Questo residuo discutibile di fattispecie sottoponibili a regime derogatorio, è figlio anche di un atteggiamento “tiepido” contenuto nelle sentenze della Corte Costituzionale. In esse in verità, è incontrovertibile che si è negata la ragionevolezza della presunzione assoluta di adeguatezza del carcere per le fattispecie di reato differenti da quelli della criminalità organizzata di stampo mafioso, ma al contempo non è stata invocata la rimozione integrale della presunzione anzidetta.⁴¹³ I giudici delle leggi non hanno prestato elevata attenzione nel tentare di trovare le ragioni a sostegno del mantenimento di una disciplina deteriore per l’imputato, limitandosi ad affermare che la presunzione relativa ingenera un alleggerimento del procedimento probatorio suggerito da taluni aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato.⁴¹⁴ Se realmente la verifica dell’esistenza di elementi, che consentono di reputare adeguata una misura *de libertate* meno grave, potrà essere compiuta solo dopo aver specificamente identificato gli elementi idonei ad escludere completamente la sussistenza della pericolosità cautelare, appare oggi difficile ipotizzare spazi applicativi che beneficerebbero del cambiamento di regime a livello di presunzioni di adeguatezza della custodia in carcere.⁴¹⁵ Verso tale direzione sembra dirigersi la stessa giurisprudenza costituzionale, la quale ha assoggettato allo scrutinio di costituzionalità esclusivamente la presunzione assoluta, conseguenzialmente è rimasta fuori dall’alveo delle critiche mosse l’assunto legale relativo, che non è stato minimamente “intaccato” dalle declaratorie di illegittimità dell’art. 275 comma 3, c.p.p. Quest’ultima considerazione è stata ampiamente sposata dalla

⁴¹² S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 123s.

⁴¹³ Corte cost. 21 luglio 2010, n.265.

⁴¹⁴ E.Marzaduri, *L’applicazione della custodia in carcere alla luce della nuova disciplina delle presunzioni in materia cautelare*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015, p. 13 s.

⁴¹⁵ P.Tonini, *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell’allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, p. 78.

dottrina che ha alluso prima e dopo la novella del 2015 all'esistenza di una duplice presunzione relativa⁴¹⁶ e di un doppio regime presuntivo *iuris tantum*.⁴¹⁷

Simili conclusioni appaiono concettualmente incompatibili⁴¹⁸ con la tipologia di valutazione che il giudice è chiamato a compiere in virtù di una disposizione che lo autorizza a verificare “se siano acquisiti elementi dai quali risulti che in relazione al caso concreto le esigenze possano essere soddisfatte” con misure diverse da quella in carcere. Questo genere di accertamento presuppone necessariamente l'individuazione delle esigenze cautelari. A conferma di ciò solo dopo un loro preliminare appuramento si può procedere con l'analisi circa l'adeguatezza delle soluzioni adottabili *de libertate*, altrimenti il giudice non sarebbe nelle “condizioni oggettive” di poter apprezzare natura e grado⁴¹⁹ dei *pericula*, funzionali alla scelta della misura più “adatta” al caso di specie. Insomma se si vuol valorizzare la portata applicativa della presunzione relativa, l'iter giuridico-argomentativo prodromico all'emissione del provvedimento, vedrà quale *thema probandum*⁴²⁰ esclusivamente l'adeguatezza dell'eventuale ricorso allo strumento di contenimento più grave. Quindi l'emanazione dell'ordinanza non sarà preceduta dalla verifica dell'adeguatezza attraverso la prova dell'inadeguatezza di ogni altra misura che non conduca all'incarcerazione, ma al contrario rileverà la mancata individuazione in positivo degli elementi che dimostrino che le esigenze possano essere soddisfatte con tali misure.⁴²¹ Così ricostruita, l'architettura del regime probatorio concernente i provvedimenti aventi ad oggetto i delitti collocati nel terzo periodo dell'art. 275, comma 3, c.p.p., si traduce evidentemente nell'inversione del metodo utilizzato per la scelta della tipologia della misura cautelare da adottare. Questo ribaltamento valutativo comporta l'apprezzamento prioritario dell'idoneità della misura più afflittiva per

⁴¹⁶ M. Gialuz, *Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali*, in *Processo penale e giustizia*, 2013, p.119 s.

⁴¹⁷ F.Zacchè, *le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, p. 662.

⁴¹⁸ E.Marzaduri, *op. cit.*, p. 13s.

⁴¹⁹ E.Marzaduri, *op. cit.*, p. 13s.

⁴²⁰ E.Marzaduri, *op. cit.*, p. 13s.

⁴²¹ E.Marzaduri, *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, in *La Legislazione Penale*, 2010, p. 506.

poi “scalare” verso quelle meno incisive e non il contrario, con un’evidente deroga al rispetto del principio del “minor sacrificio necessario”.⁴²²

La Corte Costituzionale si è rivelata disinteressata alle connotazioni peculiari che le ipotesi derogatorie debbano necessariamente possedere per l’operatività del regime speciale. Essa ha prediletto il repertorio criminologico e distaccandosi parallelamente dagli elementi della fattispecie è ostico pensare per l’interprete a quali caratteristiche del terrorista o del sovversivo attribuire una “rilevanza” ai fini dell’applicazione di regimi speciali. Per esempio non è difficilmente ipotizzabile che il fervore ideologico o religioso di associazioni aventi finalità terroristiche o di sovversione delle fondamenta dello stato possano comportare adesioni interiori⁴²³ ben più forti di quelli mafiose, le quali potrebbero sorgere invece solo per mere convenienze economiche o professionali. Al contempo non è utopistica l’ipotesi che i sodalizi di natura diversa da quella mafiosa siano di dimensione contenute, di carattere temporaneo o sprovvisti di mezzi e di fitte reti di collegamenti.⁴²⁴

Alla luce di queste considerazioni nel primo caso si potrebbe ritenere ragionevole la presunzione circa l’incarcerazione quale unica soluzione idonea a neutralizzarne gli effetti, quanto alla seconda ipotesi essa sembrerebbe non meritevole della restrizione massima apparendo dunque ingiustificata. D’altronde si è molto insistito sulla debolezza di questo approccio che crea una frattura tra tipicità penale e descrizione sociologica dei fatti, ricercando la ragionevole *ratio* di una materia così spinosa nello scivoloso concetto dell’ *id quod plerumque accidit*.⁴²⁵ Tentare di razionalizzare l’intero impianto cautelare con il criterio della “maggioranza” potrà suscitare eventuali ed ulteriori censure dalla giurisprudenza costituzionale, che già nel 2010 aveva duramente diagnosticato l’incompatibilità delle presunzioni assolute per reati diversi da quelli di mafia.⁴²⁶

⁴²² F.Zacchè, *le cautele fra prerogative dell’imputato e tutela della vittima di reati violenti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, p. 663.

⁴²³ Si parla a riguardo di “matrice ideologica”, così P.Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 giugno 2015, p. 12.

⁴²⁴ S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 125 s.

⁴²⁵ S. Carnevale, *op. cit.*, 2015, p. 125 s.

⁴²⁶ S.Ruggeri, *Art. 2 d.l. 23 febbraio 2009 n. 11*, in *Legisl. Pen.*, 2009, p. 452.

Tra le stonature rilevanti⁴²⁷, che alimentano il senso di disordine del sistema, vi è la collisione con le stesse norme del codice di rito che disciplinano *lato sensu* la materia cautelare. A riprova di ciò, l'art. 270, comma 2, c.p., prevede la punizione delle condotte partecipative al sodalizio sovversivo con una pena da uno a tre anni, tale da non consentire secondo la regola generale qualsivoglia misura cautelare. Per la successione temporale delle leggi di pari grado potrebbe ritenersi la nuova norma introdotta come una norma "speciale" che consentirebbe una deroga a quella generale pre-esistente *ex art.* 280 c.p.p. Un'interpretazione da prediligere⁴²⁸ sembra quella di ritenere che il richiamo generico alla fattispecie penale è da riferire limitato alle condotte degli organizzatori promotori, sanzionate *ex art.* 270, comma 1, con una cornice edittale più elevata. Preoccupante è la permanenza anche nel nuovo assetto normativo del richiamo perdurante ai commi 3-*bis* e 3-*quater* dell'art. 51 c.p.p. che include vizi immanenti i quali essendo sopravvissuti "inquinano" anche la nuova disciplina. L'indissolubile legame con la norma sulla dislocazione delle procure ha quale gravi effetti collaterali la coesistenza di fattispecie eterogenee⁴²⁹ sottoponibili al medesimo trattamento cautelare; questo comporterà che eventuali ampliamenti della norma richiamata si riverbereranno sul contenuto di quella richiamante. Accanto a queste ipotesi a cui si fa rinvio per norma interposta ci sono una serie di fattispecie invece specificamente individuate⁴³⁰ tutte prive delle particolari connotazioni del vincolo associativo, il legislatore ha così ritagliato in modo scomposto l'area di applicazione della doppia presunzione *iuris tantum*.⁴³¹ Ad ogni modo questo

⁴²⁷ S. Carnevale, *op. cit.*, p. 126s.

⁴²⁸ S. Carnevale, *op. cit.*, p. 126s.

⁴²⁹ E. Turco, *La riforma delle misure cautelari*, fascic. V, 2015, in www.processopenaleegiustizia.it, p. 112.

⁴³⁰ E. Turco, *op. cit.*, p. 112.

⁴³¹ In conclusione, per ciò che riguarda i reati di mafia, il predetto regime cautelare risulta oggi applicabile non solo nelle ipotesi di concorso esterno in associazione mafiosa, ma anche ai reati commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività del sodalizio di stampo mafioso (reati appunto inseriti nell'elenco di cui al comma 3-*bis* dell'art. 51 c.p.p.). La disciplina costituita dalla duplice presunzione risulta applicabile oltre a queste tre ipotesi di reato appena enunciate anche all'ulteriore delitto di scambio elettorale politico mafioso di cui all'art. 416-*ter* c.p., che è stato inserito dall'art. 2 l. 23 febbraio 2015, n.19, nel predetto elenco di cui al comma 3-*bis*. Si può quindi concludere che per quest'ultimo delitto la presunzione assoluta di adeguatezza del solo carcere è risultata operativa solo nel breve periodo di tempo intercorso tra i due interventi legislativi del 2015, tant'è vero che ha ingenerato aspre critiche della dottrina sulle eventuali "ricadute cautelari" che un simile innesto avrebbe comportato, così G. Leo, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere*

richiamo rende estremamente ampio il campo applicativo delle presunzioni relative le quali non hanno sicuramente subito la “seriale ghigliottina” della Corte Costituzionale ma ciò non significa che il legislatore ne debba fare un utilizzo “spropositato”.⁴³²

Ad ogni modo l’eclatante *vulnus* di questa novellata disciplina, è costituito dalla parificazione della risposta cautelare, che non va ad intercettare le reali configurazioni fattuali delle varie esperienze criminali, comportando quindi un inevitabile corto circuito alla razionalità del sistema. A tal riguardo non si comprende perché per coloro che partecipino ad organizzazioni modeste assumendo ruoli di scarsa rilevanza⁴³³, oppure per i soggetti che beneficino di vantaggi temporanei si debba presumere che inquinino le prove, che tentino la fuga o che commettano altri gravi reati. Al contrario non rilevano ai fini presuntivi reati estorsivi anche di ingente violenza psico-fisica, che vengano perpetrati senza essere supportati dalla fama criminale tipica dei sodalizi mafiosi. Allo stesso modo, il legislatore ha tenuto fuori dai meccanismi presuntivi coloro che si associno per compiere una strage quando non è riconducibile ad una finalità propriamente sovversiva o terroristica.

In conclusione il regime speciale così emergente dalla nuova disciplina, prevede che il ricorrere alla misura carceraria risulterà necessitato dall’assenza di strumenti di contenimento⁴³⁴ delle potenzialità criminali dotati di eguale efficacia neutralizzante, in più la previsione di un ulteriore obbligato tassello del ragionamento, inclusa l’ “autonoma valutazione”, rappresenterà il presidio rispetto ad improprie derive autoritarie.⁴³⁵ Non è in gioco un conflitto tra

anche per il concorso esterno nell’associazione mafiosa, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2015, par 6.

⁴³² In questo senso, T.Rafaraci, *Omicidio volontario ed adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta*, in *Giur. Cost.*, 2011, p.3725, il quale osserva che dai responsi del Palazzo della Consulta non ne possa derivare una “patente di incontrovertibile armonia” con la Costituzione per linee legislative che tornassero ad attestarsi su un ricorso non secondario alla presunzione, sia pure relativa, di adeguatezza della custodia in carcere.

⁴³³ S. Carnevale, *op. cit.*, p. 127s.

⁴³⁴ L’opportunità prevista dalla legge per sfuggire alle tenaglie presuntive passa attraverso la dimostrazione di elementi dai quali risulti che le esigenze sono fronteggiabili comunque con misure meno “invasive”, questa *chance* seppur “attenua” l’attrito con i principi informatori della materia, non riesce ad eliminarlo del tutto anche perché l’imputato-indagato è gravato da oneri dimostrativi di indubbia complessità, S. Carnevale, *op. cit.*, 2015, p. 127 s.

⁴³⁵ P.Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 giugno 2015, p. 9.

detenzione e libertà⁴³⁶ quali due schieramenti alternativamente escludenti, bensì fra valutazioni legali astrattamente previste e vagli giudiziari concreti. Le prime, purtroppo, si spogliano di ogni responsabilità decisionale laddove invece una maggior cura dovrebbe essere prestata tanto più è la gravità dell'addebito per cui pende il procedimento.⁴³⁷ In conclusione la disciplina così architettata dal legislatore allo scopo evidente di favorire un percorso dimostrativo semplificato, finisce tuttavia per agevolare comunque la via verso la coercizione.⁴³⁸

⁴³⁶ L.Giuliani, *Violenza sessuale di gruppo e discrezionalità del giudice de libertate: dalla Corte di cassazione una quinta declaratoria di incostituzionalità della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare*, in Cass. Pen., 2012, p. 922.

⁴³⁷ In questo senso F.Von Spee, *I processi contro le streghe*, (a cura di) A.Foa, Salerno, 2004, p. 52s., “.. per evitare di agire contro delitti gravissimi con disinvoltura e superficialità occorre prestarvi maggiore attenzione rispetto a qualsiasi altro delitto seppur grave al fine di scongiurare procedimenti illegittimi o poco chiari.”

⁴³⁸ P.Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it , 3 giugno 2015, p. 12.

CAPITOLO 4

**DUE VACCINI SPERIMENTALI ALLA PATOLOGIA
“CARCERARIA”: IL *MIXTUM COMPOSITUM* E
L’INIDONEITA’ DEGLI ARRESTI DOMICILIARI
“AGGRAVATI”.**

4.1. PLASMABILITA' TRA MISURE ETEROGENEE: PER UNA RISPOSTA CAUTELARE PIU' "INDIVIDUALIZZANTE"

Nel dichiarato intento di diminuire esponenzialmente il ricorso alla custodia cautelare in carcere,⁴³⁹ l'art. 3 della l. 16 aprile 2015, n.47 modifica il primo periodo dell'art. 275 c.p.p., comma 3, il quale risulta "novellato" tanto esteticamente, quanto teleologicamente, poiché l'interpolazione normativa attribuisce un nuovo volto al principio di adeguatezza. La norma oggetto di modifica è una di quelle più martoriate⁴⁴⁰ del codice di rito, non a caso parte della dottrina lo ha qualificato come mostro aritmetico con undici commi sotto quattro numeri⁴⁴¹, invero i seriali interventi del legislatore ne hanno marcatamente alterato la fisionomia e la filosofia di fondo.⁴⁴² La modifica apportata alla disposizione concernente i "criteri di scelta delle misure" costituisce il cardine dell'intero intervento normativo⁴⁴³, volto ad ampliare il ventaglio delle alternative percorribili per comprimere il bisogno della misura maggiormente afflittiva.⁴⁴⁴ In altri termini questa nuova formulazione legislativa ha la vocazione, sicuramente ambiziosa, di valorizzare il precetto dell'*extrema ratio*, e di rendere realmente concreto⁴⁴⁵ il principio di residualità della restrizione carceraria.⁴⁴⁶

⁴³⁹ Questo è il nucleo centrale della riforma per G.Canzio, *Il processo penale: le riforme "possibili"*, in *Criminalia*, 2013, p. 513, che trova la *ratio* giustificativa dell'intervento normativo nelle richieste derivanti da Raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio di Europa, dalla Corte europea e dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 279 del 2013. Dobbiamo ricordare che l'odierna riforma cautelare è prevalentemente figlia del lavoro compiuto dalla commissione istituita il 10 giugno 2013 presieduta da Giovanni Canzio dal quale prese il nome.

⁴⁴⁰ E.Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cass. Pen.*, 2014, p. 19.

⁴⁴¹ F.Cordero, *Procedura penale*, 2012, Milano, p. 485.

⁴⁴² P.Spagnolo, *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 83s.

⁴⁴³ In questi termini si esprime la deputata Anna Rossomando in sede di discussione sulle linee generali della proposta di legge n. 631-A ed abbinate.

⁴⁴⁴ D.Vispo, *La cumulabilità delle misure coercitive ed interdittive nella fase genetica e nelle ipotesi di aggravamento delle esigenze cautelari*, in www.legislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015, p. 1.

⁴⁴⁵ P.Spagnolo, *op. cit.*, Torino, 2015, p. 86s.

⁴⁴⁶ E.Amodio, *op. cit.*, in *Cass. Pen.*, 2014, p. 19, la definisce come il vero cuore centrale di tutto il sistema voluto dalla Costituzione: il carcere come misura eccezionale in quanto lesiva nel massimo grado della libertà personale.

Il nuovo terzo comma dell'art. 275, c.p.p. recita così: la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente risultino inadeguate. L'enunciazione così voluta dal legislatore si va a collocare in un disegno più ampio di una serie di iniziative legislative, tese a guarire dalla patologia delle restrizioni "facili", ed arginare il sovraffollamento carcerario. L'espressa possibilità di un'applicazione contemporanea di misure eterogenee dovrebbe dotare il giudice di quegli strumenti cautelari più articolati e plasmabili sulle esigenze del singolo caso, permettendo veramente di individualizzare il trattamento cautelare. Il cumulo potrà così svolgere un duplice compito: da un lato, sicuramente ageverà quella malleabilità funzionale alla personalizzazione della misura, dall'altro, disincentiverà l'utilizzo della misura inframuraria. Il contemperamento degli interessi posto in essere dalla riforma si sostanzia nell'arduo bilanciamento tra il sistema delle cautele ed il diritto alla libertà personale, con la necessità di aderire al principio della "pluralità graduata".⁴⁴⁷ Per raggiungere tale scopo, il ricorso alla misura più afflittiva, sarà relegato esclusivamente ai casi in cui le cautele coercitive e interdittive anche se applicate contestualmente appaiano inadeguate.

Nel silenzio del legislatore, la questione circa la possibilità di un cumulo aveva già animato vivacemente dibattiti sia in dottrina che in giurisprudenza. Nel progetto di riforma del 1978, l'art. 265 intitolato "limiti alla cumulabilità delle misure" recitava: salvi i casi previsti dalla legge, una stessa persona non può essere sottoposta contemporaneamente a più di una misura; a dire il vero la statuarità della norma veniva mitigata da alcuni casi specificamente individuati in cui era possibile procedere con il cumulo.

Vigente il codice del 1930, la legge 5 agosto 1988, n. 330 legittimava il giudice a disporre l'applicazione di una o più misure coercitive diverse dalla custodia cautelare, evitando così di emanare il mandato di

⁴⁴⁷ Si dovranno superare quelle situazioni "promiscue" piuttosto frequenti nella prassi, in cui il giudizio di inadeguatezza di vincoli meno afflittivi, si fondava sulla considerazione che determinate misure, singolarmente considerate, potessero servire ad arginare solo parzialmente o in maniera poco soddisfacente, le esigenze di cui all'art. 274 c.p.p., così P.Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in diritto penale contemporaneo, 3 giugno 2015, p. 9.

cattura.⁴⁴⁸ Il sovrapporsi tra misure di diversa natura era prevista prima dell'avvento della riforma del 2015 nelle sole ipotesi "patologiche" individuate dal codice di rito *expressis verbis*, precipuamente negli artt. 276, comma 1, e 307, comma 1-bis, c.p.p.,⁴⁴⁹ concernenti la trasgressione alle prescrizioni imposte e di scarcerazione per decorrenza dei termini.⁴⁵⁰

Prima del mutamento che ha interessato l'art. 275, comma 3, c.p.p., vi erano in dottrina due filoni interpretativi circa la possibilità di prevedere una possibile coesistenza "applicativa" tra misure ontologicamente difformi, riguardanti ipotesi esterne a quelle normativamente previste. Un indirizzo minoritario⁴⁵¹ manifestava un *favor* per la cumulabilità tra misure astrattamente compatibili, propendendo per un'ammissione generalizzata della stessa, quest'approccio positivamente accolto, aumentando il perimetro di scelta per il giudice, marginalizzava l'utilizzo di misure più incisive in ossequio al generale principio del *favor libertatis*. Dunque nonostante la consapevolezza che la praticabilità simultanea di misure diverse non fosse codicisticamente prevista, doveva essere ermeneuticamente accettata. A riprova di ciò, la legge impone di prediligere tra le opzioni cautelari, tanto quelle più idonee al caso di specie quanto quelle "minormente lesive". Essendo quindi una valida alternativa escludente la massima misura custodiale quest'indirizzo prediligeva la prevalenza dell'*humus* valoriale costituzionale alla sterilità della *littera legis*.⁴⁵² Quest'impostazione meno attenta al pedissequo rispetto del principio legalità cautelare, si fondava sulla valorizzazione della salvaguardia della libertà personale dell'indagato, assicurando così una più fedele attuazione del criterio

⁴⁴⁸ P.Spagnolo, *op. cit.*, Torino, 2015, p. 88s.

⁴⁴⁹ Questa disposizione è stata introdotta dall'art. 2 del d.l. n. 341/2000, convertito con modificazioni dalla l. 19 gennaio 2001, n.4, e consente l'applicazione anche congiunta delle misure disciplinate dagli artt. 281, 282, 283, c.p.p., nell'ipotesi di scarcerazione per decorrenza dei termini, quando si procede per i reati indicati nell'art. 407, comma 2, lett. a, c.p.p. sulla cui introduzione importanti riflessioni sono state compiute da M.Ceresa-Gastaldo, *Sostituzione e ripristino della custodia cautelare dopo la scarcerazione*, in AA.VV., *Il decreto antiscarcerazione*, a cura di M.Bargis, Torino, 2001, p. 31s.

⁴⁵⁰ D.Vispo, *op. cit.*, in www.legislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015, p. 2s.

⁴⁵¹ In dottrina si schiera a favore della cumulabilità in via ordinaria, F.Peroni, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano, 1992, p. 144s.

⁴⁵² D.Vispo, *op. cit.*, p. 2s.

della minore lesività del trattamento endoprocedimentale.⁴⁵³

Una corrente diametralmente opposta rigettava l'idea di trasgredire il precetto della tassatività⁴⁵⁴, in virtù del quale la sovrapposizione di misure tipiche, anche se astrattamente compatibili (sia omogenee che eterogenee) era assolutamente da respingere. A sostegno di questa posizione si riteneva che le uniche ipotesi in cui questa era praticabile fossero quelle disciplinate dal codice, previsioni speciali che mal si prestavano ad interpretazioni estensive.

A rimettere un po' di ordine ad una giurisprudenza "ondivaga" sono intervenute le Sezioni unite⁴⁵⁵, esse hanno esplicitamente stigmatizzato la possibilità che il giudice potesse disporre l'applicazione congiunta di più misure di diversa natura, anche se in astratto conciliabili. Difatti hanno rimarcato la contrarietà a imposizioni aggiuntive di ulteriori prescrizioni, laddove non fossero state espressamente previste da specifiche disposizioni processuali.⁴⁵⁶

La Corte di Cassazione ha architettato il proprio ragionamento sulle fondamenta sicure del principio di stretta legalità,⁴⁵⁷ quest'ultimo, costituendo il *dominus* indiscusso dell'intero impianto cautelare, non tollererebbe forme di compressione "innominate",⁴⁵⁸ poiché l'avverbio "soltanto" utilizzato dall'art. 272 c.p.p., relega gli strumenti di contenimento ad un *numerus clausus*.⁴⁵⁹

L'inserimento del cumulo nel comma 3, in seno all'art. 275 c.p.p. è alquanto discutibile, trattandosi di una collocazione "destabilizzante", che di certo non aiuta a soffiare via eventuali perplessità circa la reale portata del nuovo principio di adeguatezza. La riforma ci fornisce una lettura inedita⁴⁶⁰ dello stesso, che è stato relegato nell'art. 275, comma 3, c.p.p. In questo

⁴⁵³ D.Vispo, *op. cit.*, p. 2s.

⁴⁵⁴ Codesto principio è violato quando si crea una misura *ex novo* ad esempio cumulando prescrizioni di diverse misure, non quando si applicano congiuntamente più misure legalmente previste, così P.Spagnolo, *op. cit.*, Torino, 2015, p. 88s.

⁴⁵⁵ Cass. Sez. Un. 30 maggio 2006, La Stella

⁴⁵⁶ A.Cisterna, *Tracciata sul principio di legalità la linea seguita dalle Sezioni Unite*, in Guida al diritto, 2006, p. 39s.

⁴⁵⁷ Oltre alla doppia riserva di legge e di giurisdizione dettata dall'art. 13, comma 2, Cost.

⁴⁵⁸ E.Marzaduri, *Misure cautelari personali. Principi generali e disciplina*, in DigDPen, VIII, Torino, 1994, p. 72 s.

⁴⁵⁹ D.Vispo, *op. cit.*, p. 2s.

⁴⁶⁰ P.Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in diritto penale contemporaneo, 3 giugno 2015, p. 9.

frammento normativo è presente il carattere dell'*extrema ratio* della custodia in carcere, e non nella sua "sede naturale", ossia il comma 1 dello stesso articolo, dove trova posizione il principio di adeguatezza, nel quale ci si aspetterebbe che stesse l'attuale previsione "osmotica". Se dovessimo aderire all'approccio restrittivo delle sezioni unite cioè che l'applicazione congiunta è realizzabile solo nei casi espressamente previsti dal legislatore, si dovrebbe concludere che il cumulo operi solamente per escludere *ab initio* il ricorrere alla custodia in carcere.⁴⁶¹ Un'impostazione sicuramente avvalorata dalla *intentio legis*⁴⁶², sia della legge del 2015, che dagli interventi normativi che l'hanno preceduta,⁴⁶³ riconducibile alla logica della "decarcerizzazione".⁴⁶⁴ Ritenerne che il dettato normativo operi solo nei confronti del "carcere" è apparentemente fuorviante. Nonostante ciò con tale termine il legislatore sembrerebbe riferirsi non solo alla custodia prettamente "inframuraria", ma estensivamente anche alle sue possibili esplicazioni esecutive nei luoghi di cura o negli istituti a custodia attenuata.⁴⁶⁵ Ovviamente un'esplicitazione "positiva" in tal senso avrebbe sgomberato il campo da ogni dubbio.⁴⁶⁶ La medesima questione interpretativa si potrebbe muovere verso l'art. 299, comma 4, cp.p. circa la seconda possibilità applicativa di un cumulo eterogeneo. Poiché la disciplina contenuta nell'art. 275 c.p.p. si applica sia alla fase genetica⁴⁶⁷, che dinamica⁴⁶⁸ delle misure, a rigore non si

⁴⁶¹ P.Spagnolo, *op. cit.*, p. 89s.

⁴⁶² P.Spagnolo, *op. cit.*, p. 90s.

⁴⁶³ In particolar modo ricordiamo il d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 94.

⁴⁶⁴ G.Spangher, *Un restyling per le misure cautelari*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, p. 529s.

⁴⁶⁵ M.Chiavario, *Commento all'art. 275 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M.Chiavario, III Agg., Utet, Torino, 1998, p. 68 s., nell'analizzare il precetto dell'adeguatezza nella sua primordiale versione dell'art. 275 c.p.p. statuisce: il mero riferimento alla custodia cautelare non autorizza a pensare che la custodia in luogo di cura possa prescindere da una valutazione di adeguatezza, 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 quell'esigenza con una misura di minore intensità afflittiva.

⁴⁶⁶ P.Spagnolo, *op. cit.*, p. 90s.

⁴⁶⁷ D.Vispo, *op. cit.*, p. 5s.

⁴⁶⁸ In realtà l'intero sviluppo della vicenda cautelare deve essere apprezzato alla stregua dei principi di adeguatezza e di proporzionalità, parametri che rendono necessaria la commisurazione delle misure da applicare non solo nel momento della scelta, ma anche nelle fasi susseguenti, imponendo in ossequio al principio della minore lesività possibile della libertà personale una costante verifica della perdurante idoneità della misura in atto, così Cass. Sez. Un. 31 marzo 2011, Khalil.

comprende il perché il legislatore sia andato a “scomodare” l’art. 299, c.p.p.

Quest’ ulteriore interpolazione per non essere considerata “superflua”, può essere spiegata solo se si assume l’idea che la sovrapposibilità delle misure si realizza sulla scia di un inasprimento dell’esigenze cautelari, e non per rendere in senso lato, il contenuto di qualsiasi provvedimento il meno restrittivo possibile. Se dovessimo aderire integralmente al principio di tassatività così come delineato dalla Cassazione a sezione unite, la modifica avrebbe aggiunto solo due nuove ipotesi rispetto a quelle già previste.⁴⁶⁹

Per evitare di rimanere ingabbiati in posizioni giurisprudenziali espressive di un assetto normativo “obsoleto”, è essenziale scardinare le riflessioni sinora compiute dall’ottica della decarcerizzazione. E’ necessario riportarle su terreni più “familiari” alla materia cautelare, quale quello del minor sacrificio necessario, dove la pluralità graduata che permea l’intero sistema, non è nient’altro che la sua proiezione applicativa.⁴⁷⁰ L’obiettivo ultimo della novella è proprio questo, restituire centralità alla variegata gamma di misure optabili connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà della persona,⁴⁷¹ stimolando il giudice ad individualizzare la risposta, rintracciando soluzioni che non avevano avuto adeguato riscontro normativo.⁴⁷²

Il principio di gradualità quale corollario della nozione di adeguatezza, deve portare sempre a ritenere applicabile il cumulo tra misure eterogenee, quando per il tramite della sua attuazione si possa evitare una misura maggiormente afflittiva. In altre parole se una data esigenza può essere neutralizzata con uno strumento meno invasivo, l’applicazione di una restrizione maggiore risulta illegittima, oppure in caso di identica efficacia cautelare, propendere sempre per la risposta cautelare meno afflittiva per l’imputato.⁴⁷³

⁴⁶⁹ P.Spagnolo, *op. cit.*, Torino, 2015, p. 91s.

⁴⁷⁰ M.Chiavario, *Profili di disciplina della libertà personale nell’Italia degli anni Settanta*, in L.Elia-M.Chiavario (a cura di), *la libertà personale. Studi di diritto pubblico comparato pubblicati da G.Treves*, Vol. V, Torino, 1977, p. 233s.

⁴⁷¹ Cort. Cost., 22 luglio 2005, n. 299.

⁴⁷² E.N.La Rocca, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali*, in www.archiviopenale.it, 2015, p. 2s.

⁴⁷³ A.De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in G.Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. 2, tomo II, A.Scafati (a cura di), *Le misure cautelari*, Torino, 2008, p. 80s.

In virtù di tali considerazioni, in futuro sarà sicuramente possibile in via originaria l'uso congiunto di misure coercitive ed interdittive, tanto per escludere la misura degli arresti domiciliari, tenendo conto dell'equiparazione di quest'ultima con quella inframuraria, quanto per evitare soluzioni cautelari più afflittive ancorché meramente prescrittive. Di "riflesso" per valorizzare a pieno la portata innovativa del nuovo volto dell'adeguatezza, si potrà pacificamente procedere con il simultaneo impiego di più misure anche in caso di affievolimento dei *pericula libertatis*.

Rimane illesa la previsione della sovrapposibilità solo tra misure applicate nella loro tipologia legale, escludendo la possibilità di creare un *novum* mixando tra prescrizioni riconnesse a diverse misure.⁴⁷⁴

Una maggiore plasmabilità delle misure non può che essere accolta positivamente, in quanto permette di "tarare" lo *status* cautelare alla condizione particolare del singolo soggetto sottoposto a misura, il quale beneficerà di una risposta "personalizzata".⁴⁷⁵ Sarebbe stato più agevole pervenire a tali conclusioni se il legislatore avesse introdotto la modifica normativa nel comma 1, dell'art. 275, c.p.p.⁴⁷⁶ Malgrado l'opportunità mancata di razionalizzazione "geometrica", un'analisi orientata allo spirito della riforma consente di apprezzare concretamente il rafforzamento delle misure interdittive, che concorre ad arricchire quel pluralismo cautelare, funzionale nel concedere al carcere spazi applicativi "residui" estremamente esigui. In questo modo la discrezionalità operativa del giudice viene ampliata⁴⁷⁷, dotando quest'ultimo di arnesi cautelari più duttili e articolati, quindi maggiormente adattabili alla singola esigenza cautelare.⁴⁷⁸

La peculiarità di una maggiore "individualizzazione" dei provvedimenti endoprocedimentali, ha delle ripercussioni che si riverberano in fase di domanda cautelare. Difatti, se da un lato il giudice della cautela può in

⁴⁷⁴ Cass. Sez. II, 26 novembre 2009, Bottini.

⁴⁷⁵ Cort. Cost., 21 luglio 2010, n. 265.

⁴⁷⁶ P.Spagnolo, *op. cit.*, Torino, 2015, p. 94s.

⁴⁷⁷ In dottrina si parla di "spettro decisorio" ampliato, così P.Spagnolo, *op. cit.*, p. 95s.

⁴⁷⁸ D.Vispo, *op. cit.*, p. 4s.

sede di applicazione optare per il cumulo all'unisono di più misure, dall'altro il p.m. viene investito della possibilità di prediligere "a monte" una richiesta cumulativa.⁴⁷⁹ Il p.m. durante quest'operazione gioca un delicatissimo ruolo sulla scelta finale, in quanto dalla sua istanza deriva una perentorietà "a scalare", o meglio a non eccedere la soglia di gravità espressa dal *petitum*.

Partendo da quest'assunto ne deriva che le possibili opzioni configurabili sono le seguenti : il p.m. potrà chiedere la custodia in carcere e vedere disposto su ordine del giudice un cumulo *compositum* , omogeneo o eterogeneo⁴⁸⁰; mentre qualora abbia presentato ed argomentato un'istanza di cumulo il giudice non potrà applicare la custodia in carcere. In ogni caso al giudice è conferita la possibilità di potersi distanziare dalla richiesta avanzata dal p.m. sempre *in melius*⁴⁸¹, che si potrà tradurre o nell'attuazione di una sola delle due misure individuate dall'accusa, oppure nell'affidamento ad altri connubi cautelari purchè della medesima intensità afflittiva o "gradatamente" meno gravi. Altri possibili ibridi cautelari non sono ammissibili quando si sostanziano in imposizioni aggiuntive di ulteriori prescrizioni non previste dalle disposizioni regolanti le singole misure.⁴⁸²

Se nella versione precedente del codice le misure cautelari erano progressivamente graduate in ragione dell'intensità del sacrificio imposto,⁴⁸³ tanto che era apprezzabile anche "esteticamente" un salire

⁴⁷⁹ E.Pilla, *I criteri di scelta*, in AA.VV., *Il Rinnovamento delle misure cautelari. Analisi della legge n. 47 del 16 aprile 2015*, (a cura di T.Bene), Torino, 2015, p. 30s.

⁴⁸⁰ P.Spagnolo, *op. cit.*, p. 95s.

⁴⁸¹ E.Campoli, *L'ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali prime osservazioni e primi approcci pratici*, in Arch. Nuova proc. Pen., 2015, p. 307, il quale fornisce un esempio indicativo: dinanzi ad una richiesta del p.m. di applicazione congiunta di una misura coercitiva ex art. 282 c.p.p. e di una misura interdittiva, il giudice potrà tanto applicarle entrambe, uniformandosi alla scelta dell'accusa, quanto differenziandosi da quest'ultima, optando per l'una o l'altra ovvero altre gradatamente meno gravi. Non potrà mai applicare una misura coercitiva più grave di quella richiesta (ad esempio, il divieto di espatrio e/o l'obbligo di dimora, da soli o unitamente alla misura interdittiva).

⁴⁸² Infatti si pone al di fuori della previsione di legge, la possibilità di isolare singoli frammenti di disciplina delle singole misure per combinarle in assetti non corrispondenti ai tipi delineati dal legislatore, F.D'Arcangelo, *Le misure cautelari personali (l. 16 aprile 2015, n.47)*, Milano, 2015, p. 31s.; a tal riguardo anche Cass. Sez. VI, 12 maggio 2009, n. 30736.

⁴⁸³ V.Grevi, *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, in Giust. Pen., 1988, I, c. 489 s., parla di un'articolazione di livelli crescenti di coercizione.

dell'afflittività delle corrispondenti misure, oggi potrebbe apparire complesso delineare limpidamente la concreta scala di lesività crescente.⁴⁸⁴ La possibilità offerta al giudice di applicare congiuntamente più misure non si traduce obbligatoriamente in una maggiore severità del sistema, al contrario permette che l'utilizzo simultaneo di opzioni cautelari meno invasive, possa essere sufficiente per neutralizzare quei *pericula* che sarebbero altrimenti perseguibili con un'unica misura dotata di un grado di coercizione sicuramente più elevato.⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ P.Spagnolo, *op. cit.*, p. 96s.

⁴⁸⁵ A.Macchia, *Provvedimenti de libertate, no al cumulo. Ma il nodo è l'equilibrio del sistema*, in *Dir. e Giust.*, 2006, p. 36s.

4.2. IL MAGGIORE “APPEAL” NORMATIVO DELLE MISURE INTERDITTIVE

Nel tentativo di decongestionare⁴⁸⁶ il ricorso alla custodia in carcere, e più in generale alle misure coercitive, la riforma ha inciso anche sulla disciplina delle cautele interdittive. Per concretizzare questo obiettivo possono essere adottate due strategie concorrenti⁴⁸⁷: puntare sull’irrobustimento dei presupposti applicativi della custodia in carcere, oppure optare per l’eliminazione delle presunzioni assolute di adeguatezza e valorizzare le misure alternative a quella inframuraria. Si tenta di dilatare gli spazi applicativi di queste ultime, non solo per ideare valide alternative al carcere, ma anche per forgiare strumenti di individualizzazione dell’intervento restrittivo, in ossequio alla regola del minor sacrificio necessario.⁴⁸⁸

La l. 16 aprile 2015, n. 47, interviene chirurgicamente anche sugli artt. 289, comma 2 e 308 c.p.p.⁴⁸⁹ Quanto al primo articolo “novellato”, il legislatore non prevede nulla di nuovo⁴⁹⁰, se non precisando che qualora la misura interdittiva venga disposta, non in accoglimento della richiesta in conformità con le volontà del p.m., ma in luogo di una misura coercitiva “*petita*” dall’inquirente, l’interrogatorio preventivo si svolgerà secondo la regola generale fissata nell’art. 294, comma 1-*bis* c.p.p.⁴⁹¹ Con tale riforma si decreta normativamente la fine di una prassi fuorviante della giurisprudenza⁴⁹², la quale riteneva obbligatorio l’interrogatorio preventivo anche nel caso in cui il giudice, disattendendo la richiesta dell’inquirente di applicazione di una misura coercitiva, disponesse la sospensione dall’esercizio del pubblico ufficio o

⁴⁸⁶ E.Valentini, *Prospettive de Iure condendo in materia cautelare personale*, in Studi Urbinati, A-Scienze giuridiche, politiche ed economiche, Vol.65, n.1, 2014, p. 172s.

⁴⁸⁷ P.Bronzo, *Le modifiche alle misure cautelari interdittive*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 157s.

⁴⁸⁸ G.Spangher, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 luglio 2015.

⁴⁸⁹ In modo specifico apportano queste modifiche gli artt. 7,9,10, della novella in esame.

⁴⁹⁰ In esso è contenuta la previsione eccezionale dell’interrogatorio preventivo compiuto nel corso delle indagini preliminari, quando si procede per un delitto contro la pubblica amministrazione, che il giudice è tenuto ad espletare prima di decidere sulla richiesta del p.m. di sospensione dell’esercizio di un pubblico ufficio o servizio, Cort. cost., ord. 22 giugno 2000, n. 229.

⁴⁹¹ Ossia non oltre dieci giorni dall’esecuzione del provvedimento o dalla sua notificazione.

⁴⁹² E.Turco, *La riforma delle misure cautelari*, fascic. V, 2015, www.processopenaleegiustizia.it, p. 115s.

servizio. In questo modo il giudice attuando una “discovery”⁴⁹³ non preventivata dalla pubblica accusa, che non aveva preteso la misura interdittiva, finiva per neutralizzare quell’effetto sorpresa anche nell’ipotesi in cui fosse stato egli stesso a ritenere idonea la sospensione ex art. 289 c.p.p., in luogo della richiesta di una misura coercitiva avanzata dall’accusa.

Il tema della durata è stato il profilo più interessante che la disciplina è andata a ritoccare, poiché è da sempre ritenuto il movente dello scarso appeal applicativo sui pubblici ministeri e sull’organo giudicante.⁴⁹⁴ L’esigenza di modificare l’estensione temporale di questa tipologia di misure nasce dall’evidente brevità⁴⁹⁵ dei loro termini, che erano previsti dal codice di rito. Questi erano concepiti in modo statico e senza possibilità di “sensibilizzazione” rispetto alle varie fasi procedurali⁴⁹⁶, ed al reato *sub iudice*. L’art. 308, comma 2, *ante* riforma, prevedeva un termine unico e fisso, infatti dopo due mesi dall’inizio dell’esecuzione le misure perdevano indefettibilmente la loro efficacia, ed oggi, come prima, sono immuni dall’istituto della proroga, prestandosi però ad essere rinnovate nel caso in cui sia strumentale alla tutela dell’espletamento genuino delle indagini.

In passato accadeva frequentemente che il termine delle stesse spirasse e l’unico modo per continuare a proteggere le esigenze perduranti fosse quello di adottare misure coercitive. Per fronteggiare questa evidente disfunzione del sistema, il legislatore ha recentemente tentato di porre rimedio con una novella del 2012, la c.d. l. Severino.⁴⁹⁷ Essa contemplava un doppio binario⁴⁹⁸, innalzando la durata delle misure interdittive le quali prendevano

⁴⁹³ E.Turco, *op. cit.*, p. 115s.

⁴⁹⁴ Il legislatore interviene sulla durata delle misure interdittive con la legge del 2015, precisamente con l’art. 10, in quanto storicamente essa ha da sempre rappresentato un limite alla loro piena utilizzabilità, elevando da due a dodici mesi la vita delle stesse, D.Vispo, *op. cit.*, p. 4s.

⁴⁹⁵ L’estrema caducità appare ancor più evidente se rapportata alle misure coercitive non carcerarie, che hanno a prescindere dal tipo di finalità, termini massimi agganciati alle fasi del procedimento ed alla pena per il reato, pari al doppio di quelle previsti per la custodia in carcere. Paradossalmente il più esiguo dei termini massimi di custodia cautelare (3 mesi) era superiore a quello che normalmente può giungere una misura interdittiva (2 mesi), così A.Macchia, *Spunti in materia di misure interdittive*, in Cass. Pen., 1994, II, p. 3151.

⁴⁹⁶ Al contrario delle misure coercitive dove i loro termini risultano “modulabili” rispetto ai due parametri enunciati nel testo.

⁴⁹⁷ La l. 6 novembre 2012, n. 190, introdusse il comma 2-*bis* dell’art. 308 c.p.p.

⁴⁹⁸ E.Turco, *op. cit.*, p. 115s.

luogo in seno a procedimenti concernenti reati contro la pubblica amministrazione. Considerando il “bradipismo” con cui la pubblica amministrazione procedeva a disporre la sospensione cautelare, il termine ordinario era stato elevato a sei mesi dall’inizio dell’esecuzione. Sebbene il termine massimo in caso di rinnovazione sempre e solo per esigenze probatorie venne “allungato”, passando dal doppio al triplo dei termini previsti dall’art. 303 c.p.p. per le misure coercitive, la dilatazione dei termini rendeva di fatto più che meramente simbolico⁴⁹⁹, il divieto imposto con le misure interdittive. Non a caso la scarsa fruibilità di tali misure discendeva dal fatto che il giudice sapeva che se le avesse applicate esse sarebbero venute meno in un breve lasso temporale, l’esperienza “sul campo” gli lasciava fondamentalmente presagire che sarebbe mancato il necessario raccordo con le autorità preposte ad inibire l’attività in via ordinaria.⁵⁰⁰ Con l’attuale riforma viene confermata la possibilità di rinnovazione per le misure emesse per esigenze probatorie, ma anche in questo caso il termine massimo di dodici mesi non tollera proroga alcuna. Il novellatore ha scelto intelligentemente di non mantenere il doppio binario per i delitti contro la p.a., che impropriamente connetteva le interdizioni cautelari alla fattispecie criminosa di riferimento.⁵⁰¹

Rispetto all’originaria previsione codicistica le innovazioni hanno investito in sostanza tre versanti della disciplina cautelare di natura interdittiva⁵⁰²: il termine massimo “invalicabile” si arresta a dodici mesi; la durata viene sempre stabilita dal giudice entro i limiti della durata massima, calibrata al caso concreto; la rinnovabilità per esigenze probatorie resta possibile, ma soltanto entro il limite predetto.⁵⁰³

⁴⁹⁹ In dottrina si parla di funzione esclusivamente simbolica ed esemplare, così G.Biscardi, *Tempi delle misure interdittive*, in A.Diddi-R.M.Geraci (a cura di) *Misure cautelari personali ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 73s.

⁵⁰⁰ La pratica giudiziaria insegna infatti che manca il coordinamento con dette autorità che rispondono a regole differenti e che non raccordano le proprie iniziative a quelle della magistratura, non garantendo l’assenza di soluzioni di continuità tra l’interdizione giudiziaria e provvedimenti inibitori di natura amministrativa e o disciplinare, così P.Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in diritto penale contemporaneo, 3 giugno 2015, p. 22 s.

⁵⁰¹ P.Bronzo, *Le modifiche alle misure cautelari interdittive*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 172s.

⁵⁰² P.Bronzo, *op.cit.*, p. 172s.

⁵⁰³ V. Pazienza, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, rel. n.III/3/2015, 6 maggio 2015 in www.cortedicassazione.it; p. 19s.

L'allungamento del termine massimo, di per sé notevole se si osserva l'esiguità di quello previgente, dovrebbe agevolare l'impiego dello strumento interdittivo. Ciononostante la durata appare ancora eccessivamente contenuta in termini assoluti, invero essa è comunque inferiore a quella delle più afflittive misure coercitive e "colpevolmente" indifferente al progredire delle vicende procedurali.⁵⁰⁴ L'attuale termine, consente la protrazione della tutela cautelare anche oltre la chiusura delle indagini preliminari,⁵⁰⁵ arrivando a coprire la fase processuale, specie in caso di rito speciale.⁵⁰⁶ Inoltre siccome la durata delle cautele interdittive prescinde dal titolo di reato, e dal progredire delle fasi, è ben possibile che nel breve periodo esse abbiano un tempo di efficacia anche più lungo di quelle coercitive, e ciò ne potrebbe sollecitare l'impiego.⁵⁰⁷

Per quanto concerne la predeterminazione della durata nell'ordinanza impositiva, che sino ad ora era prevista esclusivamente per ragioni istruttorie⁵⁰⁸, oggi per le risposte interdittive è sempre richiesta una delimitazione temporale preventiva da parte del giudice. In virtù di queste considerazioni, appare ancora più inopportuno la disparità di trattamento circa la possibilità di rinnovazione. Difatti se le misure vengono adottate per un'evoluzione delle esigenze investigative, il vincolo può essere protratto fino alla massima misura annuale, mentre se l'interdizione è disposta per finalità special-preventive, la misura comunque temporalmente contingentata non è passibile né di proroga né di rinnovazione.⁵⁰⁹ Quest'assetto di necessaria fissazione giudiziale del termine di scadenza implica una preliminare prognosi sull'arco temporale in cui si manifesta il rischio cautelare. La norma che contiene questa "obbligatoria" previsione se, da un lato, facilita l'individualizzazione dell'intento restrittivo, dall'altro, rischia di essere praticamente disapplicata.⁵¹⁰ Oltre ai problemi concernenti la validità

⁵⁰⁴ F.Peroni, *Le altre misure coercitive ed interdittive*, in M.Chiavario (coordinato da), *Libertà e cautele nel processo penale, Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, 1993, p. 186.

⁵⁰⁵ Il termine previgente era nettamente inferiore a quello di durata delle indagini preliminari.

⁵⁰⁶ P.Bronzo, *Le modifiche alle misure cautelari interdittive*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 173s.

⁵⁰⁷ E.Campoli, *L'ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali prime osservazioni e primi approcci pratici*, in Arch. Nuova proc. Pen., 2015, p. 310s.

⁵⁰⁸ P.Bronzo, *op. cit.*, 2015, p. 173s.

⁵⁰⁹ P.Bronzo, *op. cit.*, p. 174s.

⁵¹⁰ P.Bronzo, *op. cit.*, p. 175s.

dell'ordinanza in caso di assenza del *quantum* temporale, in caso di ipotesi escluse dall'area della rinnovabilità, è ragionevole ritenere che il giudice per "cautelarsi" opererà automaticamente sempre per la durata massima consentita.⁵¹¹ Difatti se è vero che i menzionati ritocchi hanno accresciuto indiscutibilmente le potenzialità delle misure interdittive, favorendone una più ampia appetibilità da parte del giudice, il nomoteta odierno non si smentisce affatto. Sganciando i termini per il rinnovo della misura *de qua* dall'art. 303 c.p.p., e riconducendoli all'interno dell'ordinario limite massimo annuale, il legislatore apporta un sensibile restringimento degli spazi applicativi in cui è possibile rinnovare la misura.⁵¹² Ciò detto è innegabile che questo innesto normativo abbia stimolato i giudici a qualificare gli interventi cautelari interdittivi, quali validi strumenti alternativi alla restrizione carceraria.⁵¹³

⁵¹¹ P.Bronzo, *op. cit.*, p. 175s.

⁵¹² E.Turco, *op. cit.*, fascic. V, 2015, in www.processopenaleegiustizia.it, p. 115s.

⁵¹³ A.Mari, *Prime osservazioni sulla riforma in materia di misure cautelari personali*, in Cass. Pen., 2015, p. 2544.

4.2.1. LA NATURA “IBRIDA” DELL’ART. 275-BIS C.P.P.

Nel corso degli anni il legislatore ha affannosamente tentato di rimediare alla drammatica situazione del sovraffollamento carcerario. I numerosi interventi “tampone”⁵¹⁴ hanno dato luogo ad una tale frammentazione normativa⁵¹⁵, che ha incontrovertibilmente causato il sorgere di diverse questioni esegetiche ed applicative, che la giurisprudenza e la dottrina hanno dovuto non senza fatica risolvere.⁵¹⁶ In tale contesto di necessaria rimediazione globale della materia cautelare⁵¹⁷, una delle norme che più delle altre è stata terreno di scontri interpretativi è stata l’art. 275-bis, la quale disciplina quella particolare modalità di controllo a distanza, comunemente nota con il nome di “braccialetto elettronico”.⁵¹⁸ Le sentenze più “spinose” hanno affrontato delle problematiche di stretta attualità inerenti a tali strumenti: la complessa natura del medesimo⁵¹⁹ e la *vexata quaestio* circa la sua eventuale indisponibilità⁵²⁰, che è figlia del forte incentivo all’utilizzo degli stessi da parte del legislatore⁵²¹, senza la presenza di

⁵¹⁴ A.Diddi-R.M.Geraci, *Introduzione*, in A.Diddi-R.M.Geraci (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. XIV.

⁵¹⁵ A.Scafati, *Legislazione “ a pioggia” sulle cautele ad personam: l’effervescente frammentarietà di un triennio*, in Proc. pen. e giust., 2014, p. 4ss.

⁵¹⁶ J. Della Torre, *Per la Suprema Corte l’indisponibilità del “braccialetto elettronico” comporta l’applicazione degli arresti domiciliari “semplici”: una discutibile lettura dell’art. 275 bis c.p.p.*, in Proc. pen. e giust., 2016, n. 1, p. 91s.

⁵¹⁷ A.Diddi-R.M.Geraci, *Introduzione*, in A.Diddi-R.M.Geraci (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2015, p. XV.

⁵¹⁸ E’ bene ricordare che il cosiddetto braccialetto elettronico è in realtà una cavigliera, che consente di monitorare gli spostamenti di un soggetto da un luogo ad un altro. L’attuazione pratica di tale mezzo di controllo è regolata dal d. m. 2 febbraio del 2001. In merito al funzionamento specifico di tali apparecchiature si segnala S.Aprile, *Il sistema per il controllo elettronico delle persone sottoposte alla misura degli arresti domiciliari previsto dall’art. 275-bis, c.p.p.: “braccialetto elettronico”. L’esperienza del Gip di Roma*, in Rass. Pen. crim., 2013, p. 53ss.

⁵¹⁹ J. Della Torre, *Per la Suprema Corte l’indisponibilità del “braccialetto elettronico” comporta l’applicazione degli arresti domiciliari “semplici”: una discutibile lettura dell’art. 275 bis c.p.p.*, in Proc. pen. e giust., 2016, n. 1, p. 83s.

⁵²⁰ E.Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni unite*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 aprile 2016, p.6.

⁵²¹ In riferimento all’art. 275-bis c.p.p., la riforma operata dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, che ha sostituito all’interno del comma 1 di tale disposizione, l’inciso “se lo ritiene necessario”, con quello “salvo che non le ritenga non necessarie”, ha creato un’obbligatoria considerazione del braccialetto elettronico come alternativa al carcere, così P.Spagnolo, *Per un’effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, in Leg. Pen., 2014, p. 337s.

scorte adeguate.⁵²²

L'inserimento del nuovo comma 3-*bis*, all'interno dell' art. 275 c.p.p., è il frutto della limpida volontà di rendere realmente residuale il ricorso alla custodia cautelare in carcere, tant'è vero che parte della dottrina qualifica l'iter per l'applicazione della misura inframuraria come una "corsa ad ostacoli".⁵²³ L'appena introdotta interpolazione normativa recita: "nel disporre la custodia cautelare in carcere il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'art. 275-*bis*, comma 1, c.p.p.". L'enunciato così come compare nel codice di rito, riflette "fenotipicamente" il dettato letterale dei lavori della Commissione Giostra⁵²⁴, strumentale, a "costringere" l'organo giudicante ad un *surplus* di motivazione.⁵²⁵

Appare inidonea la *sedes*⁵²⁶ prescelta, ed ultronea la disposizione⁵²⁷, in quanto il comma 3-*bis* dell'art. 275 c.p.p., rimarcando la residualità dell'ipotesi carceraria, implica che la verifica sull'inadeguatezza degli arresti domiciliari "controllati" sia già stata esperita. Sul versante degli oneri motivazionali, invece, la norma di riferimento "naturale" è l'art. 292 c.p.p., essa impone al giudice uno specifico onere di esposizione, accompagnato da un' autonoma valutazione⁵²⁸ delle concrete e specifiche ragioni per le quali le

⁵²² Allo stato attuale il servizio è erogato da Telecom Italia a favore del Ministero dell'Interno e prevede la disponibilità massima di 2000 dispositivi di rilevazione contemporaneamente; capacità "numerica" evidentemente esigua alla luce della modifica dell'art. 275-*bis*. L'ordinamento non è stato in grado ad aumentare la disponibilità degli apparecchi a causa della pendenza di un contenzioso amministrativo in merito alla convenzione tra la società fornitrice ed il Ministero, in virtù del fatto che questa concessione è stata impugnata da una società concorrente in quanto conclusa a trattativa diretta., A.Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014. Aggiornato al d.l. 20 marzo 2014, n. 36*, Torino, 2014, p. 24ss.

⁵²³ Utilizza quest'espressione F.D'Arcangelo, *Le misure cautelari personali (l. 16 aprile 2015, n.47)*, Milano, 2015, p. 38s.

⁵²⁴ Da come si può agevolmente evincere dalle conclusioni provenienti dalla c.d. commissione Giostra, in tema di riforma dell'ordinamento penitenziario e delle misure alternative alla detenzione, in www.penalecontemporaneo.it, 20 dicembre 2013.

⁵²⁵ F.Zacché, *Il detenuto in attesa di giudizio: profili di una riforma incompiuta*, in Arch. Pen., 2014, p. 378.

⁵²⁶ V. Pazienza, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, rel. n.III/3/2015, 6 maggio 2015 in www.cortedicassazione.it; p. 9s.

⁵²⁷ P.Spagnolo, *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 97s.

⁵²⁸ Introdotta dall'art. 8 della l. 16 aprile 2015, n. 47 in seno all'art. 292 c.p.p., comma 2, lett. c *bis*, per i primi commenti a riguardo R.bricchetti-L.Pistorelli, *Valutazione autonoma del quadro indiziario da parte del giudice*, in Guida dir., 2015, p. 46 s.

esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. non possono essere soddisfatte con le altre misure.⁵²⁹

Se si vuole rintracciare la *ratio* ultima di tale innesto, si può far riferimento all'ulteriore e pedagogico⁵³⁰ richiamo al giudice, affinché l'opzione per la custodia in carcere sia postergata ad un preventivo vaglio d'adeguatezza di tutte le possibili alternative esperibili. Dall'entrata in vigore della riforma, escluse le ipotesi che si trovino al cospetto di presunzioni assolute di adeguatezza, si "pretende" come necessaria una motivazione esplicita circa l'inidoneità degli arresti domiciliari "aggravati". In questo modo si sorpassa quell'orientamento giurisprudenziale⁵³¹ secondo il quale sul giudice incomberebbe l'onere non di dimostrare che le altre misure siano inadatte comparandole a quella prescelta, ma di provare che la custodia ex art. 285 c.p.p. sia l'unica a poter fronteggiare quei *pericula*.

La previsione introdotta dalla novella degli arresti domiciliari "monitorati" si inserisce in due canali logico-argomentativi. Uno sicuramente rintracciabile nella volontà effettiva di trovare una valida alternativa al carcere in ossequio al "principio della minor sacrificio necessario", l'altro si inserisce in quel trend di favore verso queste nuove forme di controllo elettronico più volte sollecitate dalle previsioni internazionali⁵³², che stanno contagiando il nostro legislatore.⁵³³

Difatti, anche il legislatore nazionale ha spronato l'utilizzo di tali apparecchi attraverso la modifica dell'art. 275-bis c.p.p., ed anche in tempi

⁵²⁹ V. Paziienza *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, rel. n.III/3/2015, 6 maggio 2015 in www.cortedicassazione.it; p. 9s.

⁵³⁰ P.Spagnolo, *op. cit.*, Torino, p. 97s.

⁵³¹ Si può evincere da numerose sentenze che si ritiene assolto l'onere motivazionale laddove il giudice riesca a dimostrare l'adeguatezza della sola misura in carcere, risultando "superflua la prova dell'incapacità neutralizzatrice delle altre cautele, un filone diametralmente opposto invece ritiene che il giudice debba necessariamente indicare gli elementi specifici inerenti al fatto e alla personalità dell'autore dai quali si ricava l'incapacità del soggetto di ottemperare alle prescrizioni riguardanti cautele diverse da quella maggiormente afflittiva.

⁵³² A tal riguardo possiamo ricordare la recente raccomandazione CM/RE(2014) 4 del 19 febbraio sul cosiddetto braccialetto elettronico, con importanti considerazioni a riguardo di A.Ciavola, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, in dir. pen. cont., 2013, n.1, p.156.

⁵³³ P.Spagnolo, *op. cit.*, p. 98s.

più risalenti⁵³⁴ attraverso l'introduzione della possibilità del controllo elettronico per la misura dell'allontanamento della casa familiare.⁵³⁵

In virtù di questa maggiore propensione all'utilizzo della sorveglianza elettronica all'interno del nostro ordinamento, nasce conseguenzialmente la necessità di stabilire il rapporto esistente tra la nuova disposizione e l'art. 275-bis. Quest'ultimo stabilisce che nel disporre gli arresti domiciliari, ancorché in sostituzione della misura carceraria, il giudice, salvo che non le ritenga necessarie in relazione alla natura e grado delle esigenze da soddisfare nel caso concreto, prevede procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici quando ne abbia appurato la disponibilità da parte della polizia giudiziaria. Da questa norma si potrebbe già estrapolare l'obbligatorietà di valutare gli arresti domiciliari controllati come direttamente sostitutivi della custodia più afflittiva.⁵³⁶ Sebbene la norma in questione abbia indubbe potenzialità applicative, sia in dottrina che in giurisprudenza, è stata adottata una lettura più restrittiva della stessa, che oltre a depotenziare l'obbligo di motivazione,⁵³⁷ limita la portata innovativa del nuovo art. 275-bis solamente al vaglio di idoneità degli arresti domiciliari.⁵³⁸

Proprio alla luce di questi orientamenti “più stringenti”, la nuova previsione introdotta con la recente novella acquisisce un maggiore ed

⁵³⁴ Ad opera del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito dalla legge 21 febbraio 2014, n.10, quest'ultima ha permesso di fare ricorso ad un meccanismo di “supervisione” in presa diretta di eventuali allontanamenti, così Cass. Sez. II, 26 novembre 2014, n. 52716, secondo la quale nel valutare l'inadeguatezza degli arresti domiciliari semplici per il pericolo di recidivanza, il giudice deve collateralmente motivare le ragioni per le quali le esigenze cautelari non possono essere tutelate ugualmente con l'impiego dello strumento elettronico. *Contra* Cass. Sez. II, 23 ottobre 2014, n. 47735 e Cass. Sez. IV, 14 novembre 2014, n. 49772, le quali non ritengono che l'inidoneità valutata dal giudice circa la restrizione domiciliare a contenere l'esigenze rilevate non ingenera alcun onere di motivazione aggiuntivo, più recentemente sempre sulla stessa linea Cass. Sez. II, 16 febbraio 2015, n. 6505.

⁵³⁵ H.Belluta, *Processo penale e violenza di genere: tra pulsioni preventive e maggiore attenzione alle vittime di reato*, in *legisl. Pen.*, 2014, p. 82s.

⁵³⁶ P.Spagnolo, *Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, in *Leg. Pen.*, 2014, p. 337 e ss.

⁵³⁷ M.F.Cortesi, “Braccialetto elettronico”: un'inaccettabile lettura del rinnovato art. 275 bis c.p.p., in *giur. it.*, 2014, p. 1741.

⁵³⁸ Nei primi commenti in dottrina al d.l. 146/2013, si è definito l'art. 275-bis c.p.p. come “modalità ordinaria di esecuzione degli arresti domiciliari”, tanto che la misura di cui all'art. 284 c.p.p. si sarebbe trasformata in arresti domiciliari elettronici, salvo eccezioni da motivare specificatamente, così G.Amato, *Arresti domiciliari con braccialetto elettronico*, in *Guida dir.*, 2014, p. 47s.

autonomo spazio operativo. A dimostrazione di ciò, il giudice prima di attuare gli arresti domiciliari, anche in sostituzione della custodia carceraria, dovrà tenere in considerazione l'eventualità del presidio elettronico, così come sarà obbligato prima di optare per la soluzione carceraria, ad argomentare le ragioni per le quali ritiene che la misura *ex art. 275-bis* non sia adeguata.⁵³⁹

In altri termini potremmo concludere per ritagliare spazi applicativi “più delineati”, che il comma *3-bis* dell'art. 275 c.p.p. sia riferibile ad eventuali richieste genetiche di custodia in carcere, imponendo al giudice di “giustificare” la sua scelta dimostrando l'inadeguatezza degli arresti “rafforzati” dal presidio elettronico. Mentre l'art. *275-bis* dovrebbe applicarsi tutte le volte in cui le richieste cautelari vertano o sull'applicazione *in fieri* degli arresti domiciliari, o sulla sostituzione *ex post* di una custodia cautelare in carcere che sia in atto.⁵⁴⁰ Il connubio costituito dai nuovi oneri motivazionali, e dai più rigidi arresti domiciliari, dovrebbe iniziare a realizzare concretamente l'intento sotteso all'intero intervento novellatore: ritornare a considerare il carcere *ante iudicium* come *extrema ratio*.⁵⁴¹

Le prospettive applicative della legge sono lodevoli, in quanto sono tese a ridurre il ricorso all'incarcerazione, arginando nel contempo il rischio di sacrificare esigenze processuali o di sicurezza.⁵⁴² Non poche problematiche esegetiche sono sorte sul tema concernente la natura da attribuire agli arresti domiciliari con braccialetto elettronico. Con l'inserimento dell'art. *275-bis* c.p.p. nel codice di rito, non si comprende *ictu oculi* se tale innesto abbia comportato il sorgere di una misura cautelare autonoma, non a caso quest'ultimo costituisce uno degli aspetti maggiormente discussi nella disciplina *de qua* sin dalla sua introduzione nell'ordinamento.

La stessa Corte di Cassazione ha affermato che i dispositivi di controllo costituirebbero una modalità esecutiva della misura domiciliare e non una misura a se stante, aderendo così alla soluzione maggiormente ricorrente in

⁵³⁹ P.Spagnolo, *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 99s.

⁵⁴⁰ P.Spagnolo, *op. cit.*, p. 99s.

⁵⁴¹ V. Pazienza, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, rel. n.III/3/2015, 6 maggio 2015 in www.cortedicassazione.it; p. 9s.

⁵⁴² P.Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in *diritto penale contemporaneo*, 3 giugno 2015, p. 13s.

giurisprudenza⁵⁴³ “sposata” anche da gran parte della dottrina, in particolar modo nei primi commenti dopo l'introduzione dell'art. 275-bis c.p.p. La dottrina maggioritaria⁵⁴⁴ precisamente, ha parlato di una mera modalità di esecuzione degli arresti domiciliari valorizzando l'*incipit* della norma che richiama semanticamente gli stessi.⁵⁴⁵ Tale tenore esegetico, oggi è stato confermato anche dopo la sostituzione nell'art. 275-bis c.p.p. dell'inciso “se lo ritiene necessario” con quello “salvo che le ritenga non necessarie”.⁵⁴⁶

Se in via generale si rifiuta l'idea della costruzione di un'autonoma figura cautelare, il *quomodo* dell'esecuzione non ha inficiato affatto sulla natura della misura, anzi, avrebbe comportato una generalizzazione della prescrizione a tutte le ipotesi di cautela domiciliare⁵⁴⁷, giungendo addirittura a concludere che l'art. 275-bis c.p.p. rappresenterebbe la modalità ordinaria di esecuzione della restrizione domiciliare (difatti il termine “salvo” che le ritenga non necessarie, utilizzato nel primo comma, sembra accentuare la “residualità” dell'opzione consistente nella misura domestica priva delle strumentazioni di controllo).⁵⁴⁸ A questa corrente interpretativa diffusa e plausibile⁵⁴⁹ si contrappone un orientamento alternativo, che diligentemente valorizza lo stretto legame con la custodia in carcere, la quale è normativamente applicabile per l'eventualità in cui l'interessato non presti il suo consenso al controllo elettronico.⁵⁵⁰ In quest'ottica più che misura indipendente dalle altre, la custodia in questione, appare come immediatamente sostitutiva della custodia in

⁵⁴³ Generalmente la giurisprudenza ha parlato di una mera modalità di esecuzione di una misura cautelare, in particolar modo Cass., sez. II, 20 gennaio 2015, n. 6505, Cass., sez. III, 3 marzo 2015, n. 26520, Cass., sez. V, 19 giugno 2012, n. 40680.

⁵⁴⁴ D.Carcano-D.Manzione, *Custodia cautelare e braccialetto elettronico. Le nuove norme in materia di separazione dei processi, giudizio abbreviato, custodia cautelare e controllo elettronico delle persone sottoposte a misura detentiva (d.l. 341/2000)*, Milano, 2001, p. 55ss.

⁵⁴⁵ L.Cesaris, *Dal Panopticon alla sorveglianza elettronica*, in M.Bargis (a cura di), *Il decreto “antiscarcerazioni”*, Torino, 2001, p. 60s.

⁵⁴⁶ La mutazione è avvenuta per opera del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146.

⁵⁴⁷ F.Fiorentin, *Con il nuovo svuota carceri 3 mila detenuti in meno e braccialetto elettronico esteso ai non domiciliari*, in Guida dir., 2014, p. 18 ss.

⁵⁴⁸ Così parere del C.s.m. Al d.l. n. 146 del 2013, p. 10; in giurisprudenza Cass., sez. II, 20 gennaio 2015, n. 6505.

⁵⁴⁹ J. Della Torre, *Per la Suprema Corte l'indisponibilità del “braccialetto elettronico” comporta l'applicazione degli arresti domiciliari “semplici”: una discutibile lettura dell'art. 275 bis c.p.p.*, in Proc. pen. e giust., 2016, n. 1, p. 84s.

⁵⁵⁰ P.Spagnolo, *Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, in Leg. Pen., 2014, p. 340s.

carcere,⁵⁵¹ tant'è vero che questa possibilità viene prevista nel medesimo provvedimento sia esso applicativo degli arresti domiciliari “aggravati”, o sostitutivo della detenzione inframuraria. Per la Suprema Corte, il nuovo onere di motivazione introdotto dalla novella non avrebbe fatto altro che imporre al giudice una valutazione “rafforzata”⁵⁵² per applicare la misura più afflittiva.⁵⁵³ Un’attenta dottrina⁵⁵⁴ ha ritenuto che l’ampliamento dell’orizzonte motivazionale, operato dal nuovo comma 3-*bis* dell’art. 275 c.p.p., abbia comportato il sorgere di una misura autonoma, che andrebbe a collocarsi in una posizione intermedia tra custodia cautelare in carcere e gli arresti domiciliari semplici.⁵⁵⁵ Questa considerazione nasce dal fatto che il braccialetto elettronico va ad inibire *pericula libertatis* inevitabilmente differenti da quelli fronteggiabili sia dagli arresti domiciliari semplici, sia dalla cautela massima. La misura che prevede il monitoraggio perdurante, è stata appunto ideata dal legislatore per dare risposta a quelle situazioni di pericolosità che siano “borderline”, rispetto a quelle che rivendicherebbero la misura massima, e quelle “più blande” affrontabili con la misura domiciliare. In altri termini la misura concernente l’apparecchiatura elettronica, viene disposta dal giudice quando nutre dubbi in ordine alla capacità auto limitativa dell’imputato.⁵⁵⁶ Invero lo strumento “collaterale” da applicare fisicamente al sottoposto a misura,

⁵⁵¹ Così P.Spagnolo, *op. cit.*, p. 340 s., l’autrice sviluppa la tesi da tempo sostenuta da A.Nappi, *Guida al codice di Procedura Penale*, 10a edizione, Milano, 2007, p. 739 s, nonché una tesi giurisprudenziale risalente nel tempo secondo cui il braccialetto elettronico costituirebbe una condizione sospensiva della custodia in carcere, così Cass., sez. II, 29 ottobre 2003, n. 47413.

⁵⁵² J. Della Torre, *op.cit.*, p. 85s.

⁵⁵³ In dottrina molto hanno prediletto una lettura “riduttiva” degli effetti della novella, sostenendo che la regola fosse già enucleabile nel sistema previgente dall’art. 275 c.p.p., che già stabiliva che la custodia in carcere poteva applicarsi solo quando ogni altra misura risultasse inadeguata, in questo senso, E.Pilla, *I criteri di scelta*, in AA.VV., *Il Rinnovamento delle misure cautelari. Analisi della legge n. 47 del 16 aprile 2015*, (a cura di T.Bene), Torino, 2015, p. 32 s., ma anche la giurisprudenza si è orientata verso tali conclusioni, Cass., sez. II, 9 dicembre 2014, n. 52747, Shiavon, *contra* Cass., sez. II, 20 gennaio 2015, n. 6505.

⁵⁵⁴ J. Della Torre, *op.cit.*, p. 85s.

⁵⁵⁵ Condivide ampiamente questa tesi, A.Cisterna, *Una figura autonoma da collocare in posizione mediana*, in Guida dir., 2015, p. 70 ss., infatti ritiene che lo specifico e puntuale onere di motivazione che il legislatore del 2015 ha preteso in ordine alla non applicabilità della misura degli arresti domiciliari rafforzati con il braccialetto elettronico sta ad individuare l’esistenza di un’autonoma fattispecie cautelare la quale si pone in grado intermedio tra la custodia in carcere e gli arresti domiciliari comunemente intesi.

⁵⁵⁶ P.Spagnolo, *Per un’effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, in Leg. Pen., 2014, p. 338 s.,

fa apparire complessivamente la misura ex art. 275-*bis* più penetrante⁵⁵⁷ rispetto all'autocustodia propria degli arresti "semplici".⁵⁵⁸

Concludendo, assunto il fatto che gli specifici apparecchi di controllo hanno il precipuo scopo di neutralizzare esigenze cautelari più elevate rispetto agli arresti domiciliari ordinari, appare difficile sostenere che l'eventuale impossibilità di applicare tali dispositivi possa costituire una "mera difficoltà tecnica", che non abbia alcun effetto consequenziale sull'adeguatezza della misura prescelta.⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ Secondo P.Tonini, *Manuale di procedura penale*, 16° edizione, Milano, 2015, p. 420, lo strumento incide sui diritti fondamentali della persona e comprime la riservatezza della persona.

⁵⁵⁸ Trib. Siena, 17 settembre 2015, E.G.

⁵⁵⁹ J. Della Torre, *op.cit.*, p. 86 s.

4.2.2. GLI EFFETTI “INCERTI” DELL’INDISPONIBILITA’ DEL BRACCIALETTO ELETTRONICO: ORIENTAMENTI OPPOSTI

Dopo aver affrontato un tema caldo della disciplina cautelare odierna, ossia l’identità da attribuire all’art. 275-bis c.p.p., sembra a questo punto opportuno traslare l’attenzione sullo stretto legame sussistente tra la suddetta misura e le plurime esigenze cautelari. Questo connubio, apparentemente “innocuo”, ha ingenerato invece diverse perplessità concernenti la doverosità o meno della sostituzione della cautela carceraria con quella inframuraria domestica, nel caso di impossibilità di reperimento dello strumento di controllo. Tale congegno che ha sofferto per anni dell’indifferenza del legislatore oggi è divenuto un oggetto difficile da acquisire.⁵⁶⁰

Il tema oltre ad aver catturato l’attenzione anche in sede parlamentare⁵⁶¹, ha ingenerato aspri dibattiti dottrinali ed ha creato spigolosi conflitti in giurisprudenza, tant’è vero che la questione è ora giunta all’attenzione delle sezioni unite. Dalla stessa ordinanza di rinvio presso le suddette sezioni emergono chiaramente due risposte della giurisprudenza di legittimità tra loro inconciliabili. Una tesi ritiene che in assenza di dotazioni tecniche l’imputato dovrebbe patire la cattività carceraria, mentre l’altra reputa che l’indisponibilità del dispositivo non permetterebbe la permanenza o la scelta *ab initio* della cattività in carcere con conseguente applicazione degli arresti domiciliari *ex art.* 284 c.p.p.

Il primo orientamento si è indirizzato nel considerare ineluttabile la custodia in carcere poichè l’indisponibilità, seppur non è ascrivibile all’indagato, deve essere valutata ai fini del giudizio di adeguatezza.⁵⁶² Le argomentazioni a sostegno di tale soluzione sono ricorrenti in quasi tutte le pronunce giurisprudenziali che si inseriscono in questo filone

⁵⁶⁰ In dottrina A.Bassi-C. Von Borries, *Il braccialetto elettronico: un dispositivo dimenticato*, in www.questionegiustizia.it, 12 dicembre 2013, parla di strumento “dimenticato” per più di un decennio.

⁵⁶¹ Tan’è vero che è ha indotto la presentazione di almeno un’interrogazione parlamentare, da come si può evincere dal resoconto stenografico della seduta del senato della Repubblica del 22 dicembre 2015, n. 556, in www.senato.it

⁵⁶² Cass., sez. VI, 21 ottobre 2015, Bregu.

giurisprudenziale.⁵⁶³ Questa linea ermeneutica asserisce che la mancata concessione degli arresti domiciliari (nella forma anche di rigetto dell'istanza di sostituzione della cautela in carcere) non costituisce alcun *vulnus* agli artt. 3 e 13 Cost., poichè l'impossibilità di applicazione della custodia "domestica" a causa dell'assenza del presidio elettronico, discende pur sempre dall'intensità dell'esigenze cautelari, pertanto riconducibili all'imputato.⁵⁶⁴ Un'ulteriore ragione applicativa che rafforza tale esito applicativo è quella che lo Stato non può dotarsi di una quantità indeterminata di apparecchi⁵⁶⁵ viste le limitate risorse finanziarie delle casse pubbliche.⁵⁶⁶

L'altra tesi venuta in emersione successivamente, approda ad una soluzione diametralmente opposta,⁵⁶⁷ partendo dall'assunto di reputare gli arresti domiciliari con monitoraggio elettronico, meramente come una modalità esplicativa particolare della cautela *ex art. 284 c.p.p.*⁵⁶⁸

Asserendo ciò, la carenza dei dispositivi in questione, non andrebbe ad intaccare la radice che ha caratterizzato previamente l'opzione in concreto operata, orientando la scelta comunque verso gli arresti domiciliari. E' evidente che tali considerazioni prevedano una scissione decisionale, che si incentra prima su

⁵⁶³ E.Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni unite*, 27 aprile 2016, in www.penalecontemporaneo.it, p. 7s.

⁵⁶⁴ Cass., sez. II, 19 giugno 2015, Candolfi.

⁵⁶⁵ Cass., sez. II, 17 dicembre 2014, n. 520, compie una serie di considerazioni sul perché si debba assistere ineluttabilmente ad una carenza "sistematica" del dispositivo elettronico: non si può pretendere che lo stato predisponga un numero sconfinato di braccialetti elettronici, pari al numero dei detenuti per i quali può essere potenzialmente utilizzato. Essendo le disponibilità finanziarie dell'amministrazione necessariamente limitate, come sono limitate tutte le strutture (carcerarie, sanitarie, scolastiche) e tutte le prestazioni pubbliche offerte ai cittadini, senza che ciò determini alcuna violazione del principio di eguaglianza e degli altri diritti costituzionalmente garantiti.

⁵⁶⁶ Cass., sez. II, 28 gennaio 2016, n. 5799, anche se tale considerazione collide con il fatto che la sorveglianza elettronica potrebbe comportare un risparmio economico sulla "gestione" dell'imputato in corso di processo, così E.Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni unite*, 27 aprile 2016, in www.penalecontemporaneo.it, p. 8s.

⁵⁶⁷ Cass., sez. I, 28 gennaio 2016, n. 5799.

⁵⁶⁸ Secondo M. Daniele, *Il Palliativo del nuovo art. 275 comma 2 bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, in www.dirittopenalecontemporaneo.com, 22 settembre 2014, gli arresti domiciliari "rafforzati" indicherebbero una particolare modalità di monitoraggio e non un presidio coercitivo autonomo, infatti nella relazione al d.l. n.341 del 2000 (che ha innestato la disposizione nell'ordinamento) si parla espressamente di strumento di controllo attuabile alle misure già esistenti. Nello stesso senso può essere letto l'*incipit* dell'art 275-bis c.p.p. che esordisce con la seguente espressione : "Nel disporre la misura degli arresti domiciliari..".

“quale” risposta cautelare da attuare e poi sul “come” fornirla.⁵⁶⁹

Numerose pronunce hanno però ribadito l’equivalente grado di adeguatezza degli arresti semplici e quelli eseguiti con la sorveglianza elettronica. Quest’ equiparazione delle potenzialità neutralizzatrici, è rintracciabile nel giudizio da cui scaturisce la “meritorietà” di una supervisione per mezzo di tali dispositivi, non a caso il giudice compie una valutazione che colpisce più la capacità effettiva dell’indagato di autolimitare la propria libertà di movimento⁵⁷⁰ che l’inadeguatezza della misura più lieve sprovvista delle possibilità di controllo “a distanza”.⁵⁷¹

Alcune pronunce hanno sfruttato un tema estrapolato dalla comparazione diacronica⁵⁷², in particolar modo dalla vicenda che ha caratterizzato la modifica precaria dell’art. 97-*bis* c.p.p. operata nel 2014. L’art. 4 del d.l. n. 92 del 2014 era intervenuto sulla disposizione regolante l’esecuzione del provvedimento applicativo degli arresti domiciliari, apportando al comma 3 una particolare previsione. Questa stabiliva che qualora il provvedimento sostitutivo della cattività in carcere con gli arresti domiciliari, prevedesse l’attuazione del dispositivo elettronico, il giudice poteva sospendere l’esecuzione del provvedimento di scarcerazione quando ostacoli di carattere tecnico ne avessero impedito l’esecuzione immediata.⁵⁷³ Questa possibilità di differimento non è più prevista nell’ordinamento, in quanto il decreto non è stato successivamente convertito in legge ordinaria, da ciò la dottrina arriva a desumere che la mancata conversione denota una contrarietà del legislatore nel permettere al giudice di tornare sulla propria ordinanza ex art. 299 c.p.p., allo scopo di differire la

⁵⁶⁹ Cass., sez. III, 1 dicembre 2015, Caredda.

⁵⁷⁰ così Cass., sez. II, 29 ottobre 2003, Bianchi, posizione più volte ripresa per esempio dalle sentt. Cass., sez. 23 settembre 2014, Di francesco e Cass., sez. I, 10 settembre 2015, Quici.

⁵⁷¹ Anche se in talune pronunce riaffiora non di rado l’inaccettabile situazione venutasi a creare per effetto della scarsità di risorse messe in campo dallo stato: l’eventuale indisponibilità del braccialetto non può determinare conseguenze negative sull’arrestato, poiché non dipende da un suo comportamento, Cass., sez. III, 1 dicembre 2015, Caredda.

⁵⁷² E.Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni unite*, 27 aprile 2016, in www.penalecontemporaneo.it, p. 9s.

⁵⁷³ Sino ovviamente alla materiale disponibilità dello strumento di controllo da parte della polizia giudiziaria, così E.Valentini, *op. cit.*, p. 9s.

sostituzione.⁵⁷⁴

Simili deduzioni però non possono essere condivise⁵⁷⁵, poichè anche nel breve arco temporale della sua esistenza, la disposizione in questione, tentava di postergare l'ordinanza concessiva della custodia domestica nei soli casi di ritardi determinati dalle difficoltà tecniche nell'installazione, tutt'altro che sporadici. Appurata di fatto l'assenza "patologica" della suddetta strumentazione la norma non sarebbe stata all'altezza nel fornire una risposta "strutturale" alla perenne indisponibilità dell'apparato elettronico.⁵⁷⁶

⁵⁷⁴ D.Potetti, *Arresti domiciliari e mancanza dei mezzi elettronici per il controllo a distanza*, in Cass. Pen., 2015, p. 4151.

⁵⁷⁵ E.Valentini, *op. cit.*, p. 9s.

⁵⁷⁶ J. Della Torre, *Per la Suprema Corte l'indisponibilità del "bracciale elettronico" comporta l'applicazione degli arresti domiciliari "semplici": una discutibile lettura dell'art. 275 bis c.p.p.*, in Proc. pen. e giust., 2016, n. 1, p. 91s.

4.3. LA “SCAPPATOIA” NELLA *LITTERA LEGIS*

Risulta di estrema rilevanza, dopo aver esaminato le varie teorie sulla natura della misura provvista di dispositivo elettronico, chiarire il momento temporale in cui si realizza la verifica della concreta disponibilità di tale strumentazione.⁵⁷⁷ Compiendo una lettura pedissequa al dato letterale⁵⁷⁸, si può ritenere che tale accertamento viene esperito prioritariamente dal giudice, in quanto funzionale alla scelta della cautela da applicare.⁵⁷⁹

Tale previsione concepita per accompagnare la fase embrionale di una riforma ormai risalente trova oggi applicazione rispetto alla ricerca di congegni non sempre reperibili a causa delle carenze delle relative scorte.⁵⁸⁰ L’art. 275-bis c.p.p. è chiaro e non lascia dubbi interpretativi, l’appruramento della disponibilità di tali strumentazioni deve necessariamente precedere la scelta della misura. Con tale assunto si elimina ogni reticenza dottrinale a considerare il dissenso dell’imputato quale unica condizione ostativa.⁵⁸¹ Tuttavia “semanticamente” è innegabile che la norma preveda nel testo la contrarietà dell’imputato quale esclusiva ragione impeditiva degli arresti domiciliari “aggravati”, non classificando come tale la sopraggiunta constatazione della carenza del dispositivo.⁵⁸² E’ altrettanto vero, però, che è il giudice a doversi accertare caso per caso che sussista la disponibilità del braccialetto per poter disporre la misura concernente il monitoraggio domiciliare elettronico. Sarebbe quindi irragionevole innestare nel codice una disciplina

⁵⁷⁷ E.Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni unite*, 27 aprile 2016, in www.penalecontemporaneo.it, p. 10s.

⁵⁷⁸ Il modo con cui esordisce la prima parte della disposizione 275-bis c.p.p. lascia trapelare l’idea che l’esito di tale apprezzamento influenzerà il giudice nell’orientarsi sulla scelta: “nel disporre la misura degli arresti domiciliari il giudice prescrive procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici quando ne abbia accertato la disponibilità da parte della polizia giudiziaria”.

⁵⁷⁹ Trib. Bologna, 29 gennaio 2016.

⁵⁸⁰ M.Pittiruti, *Le modalità di controllo elettronico negli arresti domiciliari e nell’esecuzione della detenzione domiciliare*, in (a cura di) R. Del Coco-L. Marafioti-N.Pisani, *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*. Atti del convegno di Teramo, 6 marzo 2014, Torino, 2014, p. 99., afferma che la circostanza che tutt’oggi si adombri la possibilità di una polizia giudiziaria priva della strumentazione idonea, nonostante l’applicazione del “braccialetto elettronico” sia divenuta la regola, sembra sintomatica della sfiducia che il legislatore ripone nell’effettive possibilità di successo della riforma.

⁵⁸¹ Cass., sez. II, 29 ottobre 2003, Bianchi.

⁵⁸² Cass., sez. III, 1 dicembre 2015, Caredda.

generale operativa *tout court*, simile a quella caratterizzante la volontà preclusiva dell'indagato, contestualmente è essenziale mettere a fuoco il grado di afflittività delle misure previste *ex artt. 275-bis e 284 c.p.p.*

Entrambe hanno il medesimo livello di coercizione, sebbene da un punto di vista di incidenza⁵⁸³ l'apparecchiatura può rivelarsi disagiata per l'imputato.⁵⁸⁴ In realtà a parità di invasività può però apprezzarsi una sostanziale differenza in termini di adeguatezza, laddove l'art. 275-bis c.p.p. ben più degli arresti domiciliari "semplici" scoraggia l'inottemperanza alle prescrizioni, tanto da avvicinare l'idoneità della restrizione domiciliare monitorata a quella propria della cattività carceraria.⁵⁸⁵ A riprova di ciò la disciplina della sorveglianza elettronica è stata introdotta nell'art. 275-bis c.p.p. e non è stata introdotta mediante l'inserimento di un art. 284-bis, tale scelta di campo del legislatore dimostra che la relativa forma di controllo influisca sul livello di adeguatezza della misura, senza inficiare se non in modo estremamente lieve, sul relativo grado di invadenza.⁵⁸⁶ Che il livello di adeguatezza fronteggiabile con gli arresti controllati si avvicini sensibilmente a quello raggiungibile attraverso il carcere, si evince letteralmente dal comma 1, dello stesso art. 275-bis c.p.p., il quale prevede in caso di dissenso dell'imputato l'obbligatorietà di propendere per la più gravosa delle restrizioni coercitive.⁵⁸⁷ Questo fa comprendere come il legislatore abbia preso in considerazione ipotesi in cui i *pericula*, in assenza del braccialetto elettronico, siano talmente elevati da meritare la cautela più grave.⁵⁸⁸

Anche da tali riflessioni discende la soluzione al quesito

⁵⁸³ E' innegabile che il braccialetto costituisca una forma di controllo continuativo sulla persona più "penetrante" rispetto all'auto-custodia propria degli arresti ordinari, M.F.Cortesi, *Interventi sulle misure custodiali*, in A.Diddi-R.M.Geraci (a cura di), *Misure cautelari "ad personam" in un triennio di riforme*, Torino, 2014, p. 35ss.

⁵⁸⁴ Così D.Curtotti, *Custodia cautelare (presupposti, vicende, estinzione)*, in Dig. Disc. Pen., Agg. III, t. 1, 2005, p.304 e M.F.Cortesi, *Arresti domiciliari*, Torino, 2012, p. 100.

⁵⁸⁵ Cass., sez. II, 10 novembre 2015, Pappalardo, secondo la quale le stesse esigenze cautelari che imponevano l'adozione della misura degli arresti domiciliari accompagnati da strumenti di controllo, si prestano ad essere adeguatamente tutelate solo con l'applicazione della custodia in carcere.

⁵⁸⁶ E.Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni unite*, 27 aprile 2016, in www.penalecontemporaneo.it, p. 10s.

⁵⁸⁷ E.Marzaduri, *In commento all'art. 16 d.l. 24 novembre 2000*, in Leg. Pen., 2001, p. 450.

⁵⁸⁸ V.Grevi, *Misure cautelari*, in G.Conso-V.Grevi-M.Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014, p. 437, secondo il quale il particolare rapporto tra la misura custodiale e la misura degli arresti domiciliari "sotto controllo elettronico", dimostra come quest'ultima misura si configuri quale alternativa più favorevole per l'imputato rispetto all'eventualità della misura carceraria (di cui peraltro sussisterebbero tutti i presupposti per concluderla).

attualmente giunto dinanzi le Sezioni Unite, la quale non deve essere rintracciata nella natura della misura in questione, quanto piuttosto sul piano dell'adeguatezza. Invero se il giudice reputa idonei gli arresti domiciliari "elettronici" ma non quelli tradizionali, la disciplina codicistica non sembra lasciare spazio ad altre opzioni percorribili: la conseguenza dell'indisponibilità della strumentazione elettronica non può che tradursi nell'attuazione della custodia in carcere.⁵⁸⁹ Questa conclusione seppur deplorabile, è l'unica che trova aggancio nella disciplina positiva, difatti è analoga all'approccio utilizzato in caso di indisponibilità del domicilio: problema di rilevante impatto pratico che la giurisprudenza è solita affrontare con il ricorso alla custodia in carcere.⁵⁹⁰

Le due situazioni non sono ovviamente pienamente assimilabili, in quanto la mancanza del domicilio discende dall'esiguità della disponibilità economica del soggetto, invece la carenza del dispositivo elettronico è imputabile all'inefficienza dello stato. Nelle sue conseguenze ultime però il problema è assimilabile: per ragioni di carattere "materiale" queste persone non possono beneficiare degli arresti presso il domicilio. L'ineluttabilità del carcere a fronte dell'assenza del domicilio, è sposata non solo dalla giurisprudenza, ma è avallata anche dal legislatore come si può evincere dalla seconda parte del comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p., introdotto nel 2014 che ha scaturito accesi dibattiti.⁵⁹¹ E' evidente però che simili conclusioni generano disparità di trattamento laddove soggetti che versano in situazioni analoghe vedono applicarsi risposte cautelari difformi, anche se la giurisprudenza la reputa legittima in quanto pur sempre riconducibile all'intensità dei rischi ascrivibili all'imputato. L'unico percorso che potrebbe sovvertire la disciplina positiva, la quale impone al giudice di adottare la cattività carceraria, come unico presidio in grado di fronteggiare l'intensità dei *pericula* in caso di carenza delle dotazioni, è la promozione di un incidente di costituzionalità.⁵⁹² Questo dovrebbe essere teso a far rilevare possibili contrasti tra l'art. 275-bis c.p.p. e gli

⁵⁸⁹ E.Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni unite*, 27 aprile 2016, in www.penalecontemporaneo.it, p. 13s.

⁵⁹⁰ Di estrema importanza a riguardo le sentt. Cass., sez. II, 20 dicembre 2012, Di Mattia o più recentemente Cass., sez. III, 30 settembre 2015, n. 265048

⁵⁹¹ E.Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni unite*, 27 aprile 2016, in www.penalecontemporaneo.it, p. 14s.

⁵⁹² E.Valentini, *op. cit.*, p. 14s.

artt. 3 e 13 Cost., fondati sul fatto che l'applicazione di tale norma, determina una compressione della libertà personale più gravosa di quella ritenuta strettamente necessaria, e figlia di un bilanciamento tra interessi, viziato dalle carenze della pubblica amministrazione. In altri termini il trattamento cautelare sarebbe più gravoso rispetto a quello che sarebbe idoneo allo scopo, la cui applicazione viene a dipendere da circostanze casuali non addebitabili all'imputato.⁵⁹³

Al contempo, nel considerare i rapporti con entrambi i principi costituzionali, si deve ricordare che il giudice di legittimità escluda ai fini del sindacato *ex art. 3 Cost.* la rilevanza delle disparità di mero fatto. Tra queste dobbiamo ricordare quelle difformità che conseguono a circostanze contingenti ed accidentali, e dunque riferibili non al contenuto della norma in sé, ma alle vicende concernenti la sua concreta applicazione.⁵⁹⁴

⁵⁹³ C.Minnella, *La mancanza di scorte può creare discriminazioni*, in Guida dir., 2015, p. 78s.

⁵⁹⁴ Cort. cost. 12 aprile 2005, n. 155 e Cort. cost. 7 aprile 2006, n. 142.

4.4. LE PERPLESSITA' SULLA "LISTA D'ATTESA" E LA NON CONVINCENTE SOLUZIONE DEL DATO NORMATIVO

Rispetto alle diametrali soluzioni prospettate dai due orientamenti, si profila una terza possibilità compromissoria che è stata delineata da diverse pronunce di merito.⁵⁹⁵ L'intento è quello di limitare, il più possibile, l'impatto "discriminatorio" derivante dall'insufficienza delle apparecchiature elettroniche, che finisce per "spalmare" la possibilità della restrizione domiciliare controllata in modo del tutto casuale.⁵⁹⁶ Per evitare di fondare una materia così delicata, quale quella cautelare, sulla "lotteria della disponibilità" delle dotazioni tecniche, è quanto mai necessario forgiare soluzioni più convincenti. Proprio per queste ragioni in giurisprudenza si è avanzata un'ipotesi, che potrebbe rappresentare un punto di raccordo tra i due schieramenti opposti. Quest'ultima concerne la possibilità di stilare una lista d'attesa per quei soggetti che meriterebbero il beneficio della custodia domiciliare monitorata, ma che a causa della carenza delle strumentazioni necessarie, non può trovare immediata applicazione. Per scongiurare vuoti di tutela, i soggetti in questione, verrebbero intanto sottoposti a restrizione carceraria, sino a quando non sopraggiunga la concreta disponibilità del braccialetto elettronico per rendere esecutiva la misura domiciliare. La futura ed incerta condizione risolutiva, seppur improntata su una comprensibile logica di equità, non sembra rappresentare un *modus operandi* comunque ortodosso.⁵⁹⁷ Difatti tale condizione sospensiva, sino alla realizzazione dell'eventualità del concreto reperimento della strumentazione in questione, legittimerebbe nel frattempo la custodia in carcere. Tale previsione però per una materia così fortemente radicata sul principio di legalità, dovrebbe essere regolamentata per via legislativa. L'Unione delle camere penali italiane non ha nascosto profonde perplessità sui possibili esiti applicativi se si rendesse operativa tale soluzione

⁵⁹⁵ Tra cui Trib. Siena, 17 settembre 2015.

⁵⁹⁶ E.Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni unite*, 27 aprile 2016, in www.penalecontemporaneo.it, p. 15s.

⁵⁹⁷ E.Valentini, *op. cit.*, p. 16s.

interpretativa intermedia.⁵⁹⁸

Sulla scia di tale considerazioni, si innestano le incertezze circa quali criteri di preferenza verrebbero utilizzati per attribuire una “priorità” ai potenziali beneficiari delle dotazioni che via via emergerebbero come disponibili. Tale problema rischia di essere addirittura amplificato, dal momento che nel 2013 il monitoraggio elettronico è stato esteso anche alla misura dell’allontanamento della casa familiare, creando ulteriori dubbi circa la misura da prediligere, a fronte della necessità di entrambe dell’assegnazione dei suddetti presidi elettronici. Si è ipotizzata infatti, un’eventuale creazione di due liste per ciascuna misura, ma comunque rimarrebbe insoluto il problema di imputare le liste su base territoriale-distrettuale oppure su scala nazionale. Lasciare simili questioni alle elaborazioni del diritto vivente, rischierebbe di produrre inevitabili sperequazioni tanto più che questi profili “materiali”, non risultano soggetti ad alcuna forma di controllo giurisdizionale.⁵⁹⁹

La soluzione più aderente alla lettera della legge seppur più rispettosa della stretta legalità cautelare e delle concrete esigenze cautelari, risulta comunque insoddisfacente, in quanto il singolo viene onerato personalmente di una falla del sistema.⁶⁰⁰ Molto spesso la Corte ha fondato le proprie decisioni sull’argomentazione “valoriale”, invero, ritenendo la misura prevista dall’art. 275-*bis* autonoma, e preso atto dell’impossibilità di attuarla, in ossequio al canone del *favor libertatis*⁶⁰¹ e del minor sacrificio necessario⁶⁰² si dovrebbe sempre propendere per la cautela domiciliare ordinaria. L’auspicabile utilizzo dell’orizzonte valoriale quale bussola interpretativa, stride però con il principio di adeguatezza. Se in presenza del dispositivo elettronico la misura effettivamente adeguata al caso di specie è la misura domiciliare “rafforzata”, tutte le altre possibili soluzioni, sia gli arresti domiciliari semplici sia la cattività

⁵⁹⁸ Delibera del 10 marzo 2015 dell’Unione delle Camere penali italiane, Osservatorio carcere, consultabile sul sito www.camerepenali.it

⁵⁹⁹ E.Valentini, *op. cit.*, p. 17s.

⁶⁰⁰ A.Marandola, *Carcere, arresti domiciliari e braccialetto elettronico*, in *Giur. it.*, p. 1725.

⁶⁰¹ M.Chiavario, voce *Favor libertatis*, in *Enc. Dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 1ss.

⁶⁰² Corte cost., 7 luglio 2005, n. 299.

carceraria rimangono inadeguate⁶⁰³, in particolar modo, la prima non “all’altezza” mentre la seconda “sovrrabbondante”.

Nel tentare di fornire un’ adeguata soluzione al quesito, la Suprema Corte a Sezioni unite, recupera quel necessario ordine logico che dovrebbe sempre caratterizzare qualsivoglia giudizio cautelare, sia esso concernente un’ordinanza genetica sia quello inerente un’ipotesi di sostituzione.

Il fatto che l’accertamento sull’effettiva disponibilità del dispositivo debba precedere la decisione è pacificamente ammesso da tutta la dottrina, che si è spaccata invece sugli effetti derivanti sulla mancanza dello stesso. Per la Corte di Cassazione entrambi gli orientamenti sono viziati dal medesimo errore di metodo: in tema di libertà personale, non sono accettabili automatismi applicativi di fonte interpretativa.⁶⁰⁴ E’ censurabile, quindi, quell’indirizzo giurisprudenziale che vorrebbe estrapolare dall’indisponibilità del braccialetto, l’obbligata adeguatezza⁶⁰⁵ della sola custodia carceraria. Per le Sezioni Unite, anche l’altra opzione ermeneutica merita di essere smentita. Quest’ultima si porrebbe in contrasto con i principi di proporzione e di ragionevolezza, introducendo arbitrariamente un *favor* non plasmato sul convincimento del decidente o sulle valutazioni da quest’ultimo effettuate in ordine all’individuazione ed alla tutela delle esigenze cautelari. Assunte queste premesse, l’unica soluzione possibile a tale dilemma sembra rintracciabile nel restituire integralmente al giudice la scelta in concreto da operare, dato atto dell’impossibilità di attuare la misura più idonea. Alla luce di queste considerazioni, il giudizio cautelare viene catapultato allo *status quo ante* la scelta compiuta, per tale ragione l’interprete dovrà effettuare una nuova valutazione della fattispecie. Il giudice dovrà motivare la preferenza per la misura che ritiene in concreto applicabile, la quale sarà la più adeguata possibile, in virtù della circostanza di fatto dell’assenza delle dotazioni

⁶⁰³ J. Della Torre, *Per la Suprema Corte l’indisponibilità del “braccialetto elettronico” comporta l’applicazione degli arresti domiciliari “semplici”: una discutibile lettura dell’art. 275 bis c.p.p.*, in Proc. pen. e giust., 2016, n. 1, p. 91s.

⁶⁰⁴ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 20769.

⁶⁰⁵ I.Guerini, *Più braccialetti (ma non necessariamente) meno carcere: Le sezioni unite e la portata applicativa degli arresti domiciliari con la procedura di controllo del braccialetto elettronico*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 giugno 2016. par. 5.

elettroniche di controllo.⁶⁰⁶

Questo ragionamento teso ad optare per una “nuova” misura, la cui idoneità verrà nuovamente pesata alla luce della situazione contingente, si fonda sulla necessità di respingere l’approccio secondo il quale la risposta cautelare prescinde *a priori* dai comportamenti del soggetto che ne è destinatario.⁶⁰⁷ Appaiono del tutto insoddisfacenti i moniti, per quanto duri, rivolti ai soggetti preposti all’amministrazione penitenziaria ed ai giudici: i primi sollecitati ad ampliare il numero dei dispositivi, mentre i secondi a motivare più convincentemente le ragioni per le quali intendano fare ricorso al carcere. In una materia così delicata, non ci si può accontentare dell’auspicio di un banale incremento dei mezzi, e dell’effettuazione di un’autonoma valutazione. Per queste ragioni se è vero che l’automatismo in favore degli arresti domiciliari “semplici” rischia di non essere precisamente commisurato alla valutazione di adeguatezza compiuta dal giudice, viene da chiedersi se il fine, in fondo, non giustifica i mezzi.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 20769.

⁶⁰⁷ I.Guerini, *op. cit.*, par. 5.

⁶⁰⁸ I.Guerini, *op. cit.*, par. 5.

CAPITOLO 5

**LA GIUSTA DIREZIONE VERSO UN BLANDO RECUPERO
DEL “MINOR SACRIFICIO NECESSARIO”: L’EROSIONE
DEGLI AUTOMATISMI *IN PEIUS*.**

5.1. L' OMBRA DI UN PASSATO "SECURITARIO"

La riforma operata dalla l. 16 aprile 2015, n. 47 è andata ad intaccare due norme codicistiche riguardanti, una, la fase di modifica dell'ordinanza applicativa *ex* 276 c.p.p., l'altra, concernente la fase di determinazione dei presupposti della misura *ex* art. 284 c.p.p. Quest'interpolazione si innesta in un processo più ampio iniziato nei primi anni duemila; in quegli anni le logiche emergenziali⁶⁰⁹ spinsero il legislatore a dilatare impropriamente le ipotesi che avrebbero determinato più facilmente il ricorso alla custodia in carcere, a discapito di quella domiciliare. Specificatamente, si fa riferimento tanto al d.l. 24 novembre 2000, n. 341⁶¹⁰, recante "Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'amministrazione della giustizia", convertito con modificazioni dalla legge 19 gennaio 2001, n.4, quanto all'art. 5 della l. 26 marzo 2001, n.128 recante "Interventi legislativi in materia di tutela della sicurezza dei cittadini."⁶¹¹ In particolar modo, con quest'ultima interpolazione, si affermò che la condizione preclusiva alla concessione degli arresti domiciliari doveva essere individuata non più nella commissione di una condotta punibile a norma dell'art. 385 c.p., bensì nell'esistenza di una precedente condanna per il reato di evasione. Quest'intervento, compiuto per l'evidente fine di scongiurare incertezze interpretative, che la precedente statuizione poteva

⁶⁰⁹ V.Bonini, *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 135s.

⁶¹⁰ Tale norma prevedeva che non potessero essere concessi gli arresti domiciliari a chi avesse "posto in essere" una condotta punibile a norma dell'art. 385 del codice penale nei cinque anni antecedenti al fatto per cui si procede, ciò innescava irragionevolmente il divieto di concessione degli arresti domiciliari, anche a seguito della mera ricezione di una *notitia criminis* per il reato di evasione, per queste ragioni diverse perplessità nacquero in dottrina, si veda D.Carcano-D. Manzione, *Custodia cautelare e braccialetto elettronico*, Milano, 2001, p. 86s, tanto che il legislatore era da lì a poco intervenuto nuovamente in senso modificativo, elevando a presupposto essenziale per il divieto di applicazione della cautela domiciliare il più rigoroso *status* di condannato per il reato di evasione attraverso la l. 26 marzo 2001, n. 128, a tal proposito F.Alonzi, *Note critiche a margine del nuovo intervento sulla disciplina delle misure cautelari*, in G.Spangher, (a cura di) *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini*, Milano, 2001, p. 95 ss.

⁶¹¹ Per i commenti alle innovazioni introdotte da questa legge si vedano F.Alonzi, *Note critiche a margine del nuovo intervento sulla disciplina delle misure cautelari*, in *Le nuove norme sulla sicurezza dei cittadini (c.d. Pacchetto sicurezza)*, coord. Da G.Spangher, Milano, 2001, p. 92; F.Rigo, *La nuova disciplina del divieto di concessione degli arresti domiciliari*, in *Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*, a cura di P.Gaeta, Padova, 2001, p. 159ss.; C.Riviezzo, *Pacchetto sicurezza. Commento alla legge 26 marzo 2001, n.128*, Milano, 2001, p. 67ss.

ingenerare,⁶¹² si sostanziò nell’inserimento nel codice di rito di meccanismi presuntivi che conducevano ineluttabilmente alla cattività carceraria. L’inosservanza dell’obbligo di stare, costituendo il nucleo essenziale degli arresti domiciliari, avrebbe comportato l’ingessamento degli spazi decisionali del giudice in ordine alla valutazione sulla gravità dell’inosservanza. Invero, condotte di simile tenore, avrebbero *tout court* legittimato *ex lege* la sostituzione *in peius* con la misura inframuraria, oppure impedito *ab initio*, l’adozione di qualsiasi altra misura all’infuori di quella carceraria (quando le condotte di trasgressione fossero state riferibili a pregressi procedimenti penali).⁶¹³

La previsione di una modificabilità *in malam partem* per l’imputato non è certamente un *novum* introdotto per il tramite di tali interventi legislativi, poiché lo stesso art. 276 c.p.p. già disponeva l’ipotesi di cumulo o di sostituzione cautelare “deteriore”⁶¹⁴ quando la misura originariamente applicata, fosse andata inosservata nei suoi contenuti prescrittivi.⁶¹⁵ Fu chiara la scelta operata allora dal legislatore: al giudice non si può concedere alcun spazio valutativo inerente all’entità, ai motivi o alle circostanze. Tale preclusione sembrava poggiare sull’eccessiva “lassezza” del vaglio operato dall’organo della giurisdizione cautelare, muovendosi nella direzione di una restrizione della discrezionalità giudiziale finendo così nel prediligere collateralmente il ricorso alla custodia cautelare in carcere.⁶¹⁶ Le presunzioni innestate negli artt. 276,

⁶¹² F.Alonzi, *Un ripensamento poco opportuno, ma coraggioso*, in www.legislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015, p. 1.

⁶¹³ V.Bonini, *op. cit.*, p. 136s.

⁶¹⁴ Tenendo conto ovviamente dell’entità, dei motivi e delle circostanze delle violazioni.

⁶¹⁵ M.Chiavario, *Commento all’art. 276, in commento al codice di procedura penale*, diretto da M.Chiavario, vol. III, Utet, Torino, 1990, p. 81 ss., osserva correttamente che anche l’art. 299, comma 4, c.p.p. consente di interferire in senso peggiorativo, allorchè l’inosservanza di un contenuto prescrittivo di una cautela suggerisca l’innalzamento della tutela in ossequio al principio di adeguatezza e pertanto le due norme sembrano sovrapporsi. L’interpretazione che “salva” l’art. 276 c.p.p. poiché detentore di una *ratio* autonoma, in quanto prescinde dalle logiche dell’adeguatezza, produce l’effetto collaterale che quest’istituto viene ad assumere carattere meramente sanzionatorio, fortemente in contrasto con quello che è l’*humus* su cui si fonda tutta la normativa sull’esercizio del potere cautelare nel nuovo processo penale.

⁶¹⁶ A tal riguardo A.Nappi, *Il regime delle misure cautelari personali a vent’anni dal codice di procedura penale*, in Cass. Pen., p. 4100, contesta il fatto che una disciplina che dovrebbe essere interamente affidata al vaglio di concretezza del giudice, per una più ponderata decisione cautelare, è stata interamente sostituita da una disciplina che tende a predeterminare in astratto il contenuto delle decisioni giurisdizionali. Questa pre-configurazione a priori della scelta finale è sempre in *malam partem*, e quindi sistematicamente a danno dell’imputato. Questa predeterminazione “a monte”, non permette la contestualizzazione delle diverse vicende cautelare tant’è vero che l’art 284, comma 5-bis vieta l’applicazione degli arresti domiciliari anche a colui

comma 1-ter e 284, comma 5-bis, c.p.p. vennero accolte con estrema diffidenza da parte della dottrina⁶¹⁷, mentre ricevettero il beneplacito della giurisprudenza della Corte Costituzionale⁶¹⁸ e delle Sezioni Unite.⁶¹⁹ Queste esperienze giurisprudenziali hanno aperto comunque uno spiraglio⁶²⁰ alla necessità di “mitigare” maggiormente i regimi presuntivi in materia cautelare. Difatti nella chiusura delle argomentazioni che hanno fondato il giudizio di manifesta infondatezza, espresso dalla Corte Costituzionale nell’ordinanza n. 40 del 2002, si riconosce la necessità che il giudice verifichi se la condotta di trasgressione in concreto realizzata presenti quei caratteri di effettiva lesività alla cui stregua ritenere integrata quella “violazione”, che la stessa norma impugnata assume a presupposto della sostituzione. Un *favor* per le logiche presuntive non è emerso recentemente, ma già dagli anni ’90 un’eterogeneità delle finalità cautelari finì per attribuire alle cautele personali la funzione di assolvere quel bisogno di “punizione” tipica della risposta sanzionatoria.⁶²¹ Il nomoteta sembra essere affetto da numerosi anni da un “alzheimer” normativa.⁶²² Questo lo porta molto spesso a trascurare principi generali, quali quello di proporzionalità e d’

che abbia gravi menomazioni fisiche che non gli consentirebbero di attuare fughe rocambolesche. Secondo E.Valentini, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, nuova edizione, 2012, Bologna, p. 294, l’art. 276 c.p.p. racchiude oggi due distinte ipotesi di sostituzione *in peius*: la prima, comunemente definita discrezionale, disciplinata dal comma 1; la seconda “automatica” di cui al comma 1-ter.

⁶¹⁷ E.Randazzo, *I diritti della difesa e i rimedi della legge “antiscarcerazioni”*, in M.Bargis, (a cura di) *Il decreto “antiscarcerazioni”*, Giappichelli, 2001, p. 72 ss.

⁶¹⁸ Corte cost., ord. 25 maggio 2002, n. 40, ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 276, comma 1-ter sollevata in riferimento all’art. 3 Cost. oppure Cort. cost., ord. 16 aprile 2003, n. 230.

⁶¹⁹ Cass. Sez. Un., 18 dicembre 2009, Giannone, in Cass. Pen., 2009, p. 2769, con nota di L.Giuliani, *il contraddittorio in ordine ad un provvedimento cautelare ex art. 276 c.p.p. tra interpretazioni lacunose ed argomenti di sapore retrò*.

⁶²⁰ Prima della più recente modifica normativa, la giurisprudenza di legittimità ha sempre correttamente indicato la necessità di comprovare in concreto la sussistenza del pericolo di fuga, per ritenere plausibile la preclusione degli arresti domiciliari, Corte cost., 6 marzo 2002, n. 40 senza “rintanarsi” nell’agevole convinzione che la commissione del delitto di evasione, disveli in modo assoluto una personalità sprovvista sempre e comunque, di quell’autocontrollo necessario per la concessione della misura prevista ex art. 284 c.p.p., così G.Todaro, *Custodia cautelare e presunzioni*, in www.ojs.uniurb.it, Atti del Convegno, Rimini, 15 marzo 2014, p. 50s.

⁶²¹ AA.VV. *Le fragili garanzie della libertà personale. Per un’effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale, Trento, 11-13 ottobre, 2013.

⁶²² Le modifiche che hanno iniziato a incidere negativamente sul ventaglio presuntivo previsto dal codice di rito, hanno avuto inizio con il d.l. 9 settembre 1991, n. 292, esse si sono succedute nella direzione di un ampliamento dello spettro operativo della presunzione di sussistenza e di adeguatezza della sola custodia carceraria sino alla fine della prima decade degli anni 2000.

adeguatezza, imbrigliando⁶²³ di fatto le scelte in materia cautelare, in criteri ben più stringenti e cristallizzati, che mal si prestano ad essere “calati” nel caso concreto. Alla “scalfitura” progressiva della discrezionalità del giudice, è seguita indefettibilmente una maggiore invasività delle scelte cautelari sulla libertà personale. L’andamento complessivo dell’attività legislativa non può che denotare un evidente *status* di smarrimento del legislatore, il quale ha “eroso” in modo sistematico il principio della custodia in carcere quale espediente estremo,⁶²⁴ reputando in alcuni casi la massima misura cautelare quasi una “scelta obbligata”.⁶²⁵ La rigidità di tale presunzioni ha fatto sorgere forti dubbi di tenuta costituzionale sui meccanismi introdotti. La Corte Costituzionale però, ha suggellato⁶²⁶ la non contrarietà alle norme costituzionali della automaticità applicativa del carcere prevista dagli artt. 276, comma 1-*ter* e 284, comma 5-*bis* c.p.p.⁶²⁷ I giudici di Palazzo della Consulta, statuendo la presenza in questi due meccanismi presuntivi di una *vis* giustificativa tale da renderli ragionevoli alla stregua dell’art. 3 Cost.,⁶²⁸ sancisce una generale legittimità delle cristallizzazioni presuntive. Questi vincoli cautelari “preconfezionati”, finiscono per colpire gli spazi discrezionali del giudice, i quali subiranno un’inevitabile soffocamento operativo in ordine alla tipologia di misura da attuare. Tra le argomentazioni avanzate dalla Corte, a sostegno della conformità costituzionale di tali “meccanicità legali”, vi è quella della possibilità di prestabilire codicisticamente il *quomodo*⁶²⁹ della cautela. Non a caso, si evince dalle pronunce del giudice delle leggi, che l’*an* della cautela non può prescindere per “definizione” da un

⁶²³ V.Bonini, *op. cit.*, p. 140s.

⁶²⁴ F.Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012.

⁶²⁵ E.Marzaduri, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in Dig. Pen., VII, 1993, p. 16s., mette in evidenza la scelta di campo operata nel 1988 dal legislatore, in quella sede espresse un chiaro *favor* ad un regime cautelare integralmente affidato al potere discrezionale dell’organo decidente. Tale assetto così configurato, permetteva di esaltare esponenzialmente il principio di adeguatezza, per cui “nel disporre la misura, il giudice deve tener conto della specifica idoneità di ciascuna misura in relazione, alla natura, ed al grado, delle esigenze da soddisfare in concreto”, *ex art.* 275, comma 1, c.p.p.

⁶²⁶ V.Bonini, *op. cit.*, p. 143s.

⁶²⁷ L’azione della Corte Costituzionale è stata invocata per entrambe le presunzioni limitative della custodia domiciliare, in tutte e due i casi il giudice di legittimità si è pronunciato con un’ordinanza, in riferimento all’art. 284, comma 5-*bis* c.p.p. ed ha dichiarato la manifesta infondatezza per difetto di rilevanza in concreto, così Corte cost., ord., 16 aprile 2004, n. 365; mentre la pronuncia resa con riguardo all’art. 276, comma 1-*ter*, c.p.p. Corte cost. 25 febbraio 2002, n.40, offre utili spunti ricostruttivi di carattere generale che sembrano poter essere estesi alle due disposizioni.

⁶²⁸ V.Bonini, *op. cit.*, p. 143s.

⁶²⁹ V.Bonini, *op. cit.*, p. 143s.

accertamento giudiziale in concreto, riferendosi con tale affermazione alla sussistenza effettiva dei *pericula*. Allo stesso tempo asserisce, però, che non si può accettare quale soluzione costituzionalmente obbligata la prerogativa di affidare al giudice sempre e comunque l'apprezzamento soggettivo sul tipo di misura da attuare in concreto.⁶³⁰ Il nomoteta potrà così forgiare embrionalmente alcuni criteri che, una volta comprovata la sussistenza dei requisiti di applicabilità della cautela, orientano unidirezionalmente la scelta della misura, il tutto nel pieno rispetto del limite della ragionevolezza, e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti.⁶³¹ Tuttavia, in ossequio al principio del *favor libertatis* e del minor sacrificio necessario, il legislatore più recentemente è intervenuto per ridimensionare le logiche presuntive. Il chiaro intento del riformatore, stimolato dall'attuale esigenza di una deflazione del carico detentivo, non può che realizzarsi attraverso una maggiore "parsimonia" in tema di presunzioni in *malam partem*.⁶³² La sfida del novellatore è quindi quella di "imbrigliare" il più possibile l'operatività delle presunzioni *in peius* in materia cautelare⁶³³, le quali, ideate con evidenti finalità restrittive, hanno deteriorato nel corso degli anni il principio della custodia in carcere come *extrema ratio*.⁶³⁴

⁶³⁰ V. Bonini, *op. cit.*, p. 143s.

⁶³¹ Anche nell'ottica di quella discrezionalità "ricognitiva" di cui parla, A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Torino, 2007, p. 735ss, ritiene che per tale ragione non si può quindi ritenere il potere decisionale del giudice illegittimamente "schiacciato" dalle presunzioni legali predeterminate "a monte" dal legislatore.

⁶³² I meccanismi presuntivi mortificano la discrezionalità del giudice alla quale è invece affidata la piena tutela della libertà personale dell'accusato, la quale può essere "rivalorizzata" solo attraverso un deciso ripudio dell'utilizzo generalizzato della carcerazione preventiva automatica, così P. Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 giugno 2015.

⁶³³ V. Bonini, *op. cit.*, p. 146s.

⁶³⁴ R. Bartoli, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 maggio 2016.

5.2. UN “RIPENSAMENTO” NECESSARIO

Alle origini della scelta dell’ automatismo “obbligato”, vi è sicuramente la volontà di precludere l’applicazione del “pluralismo gradato” a quel soggetto che si sia rivelato ostile al rispetto della più tipica fra le prescrizioni inerenti alla misura degli arresti domiciliari. Il cuore prescrittivo di quest’ultima consiste appunto nel non allontanarsi, senza autorizzazione, dal luogo di esecuzione della misura.⁶³⁵ E’ agevole pensare come, prima della riforma, si integrasse troppo facilmente il delitto di evasione, equiparando di fatto il trattamento cautelare a tutte le ipotesi di evasione in “senso formale”, anche per quelle connotate da una scarsa intensità lesiva. Questo approccio fondato integralmente sull’*an*, piuttosto che sul *quomodo* della trasgressione, venne architettato impropriamente dal legislatore. Invero si attribuì a tale forma di meccanicità cautelare una funzione del tutto inopportuna per il ruolo che le misure hanno all’interno dell’ordinamento: punire in modo esemplare la condotta trasgressiva, inferocendo *tout court* la risposta cautelare.

La reazione “massima” dell’ordinamento, sempre e comunque, ha iniziato ben presto a mostrare il fianco a quelle ipotesi poco meritevoli di subire l’applicazione della misura più severa che, in linea di principio, dovrebbe sempre rappresentare l’eccezione e non la regola. A dimostrazione di ciò, si attuava la misura inframuraria sia a chi si fosse allontanato scientemente dal luogo degli arresti per darsi alla fuga al fine di far perdere le proprie tracce, sia a colui che, autorizzato a lasciare la propria abitazione, per accompagnare la propria moglie all’ospedale il giorno del parto, fosse stato poi sorpreso presso l’ufficio anagrafe a rilasciare la dichiarazione di nascita del figlio.⁶³⁶ Simili paradossi spinsero inevitabilmente il legislatore a ridimensionare la sistematicità applicativa, in quanto il carcere rappresentava prepotentemente l’unica misura optabile anche per quelle condotte trasgressive che, per natura e modalità di esecuzione, non incarnavano un

⁶³⁵ In altri termini l’ordinamento ritiene che la perpetuazione del delitto di evasione disveli in modo assoluto e dunque senza temperamenti di sorta, l’assenza di quell’autocontrollo necessario per la concessione della cautela ex. art. 284 c.p.p., così G.Todaro, *Custodia cautelare e presunzioni*, in www.ojs.uniurb.it, Atti del Convegno, Rimini, 15 marzo 2014, p. 50s

⁶³⁶ Cass. Sez., VI, 6 novembre 2008, n. 44969.

disvalore tale⁶³⁷ da invocare la restrizione più afflittiva.⁶³⁸ Così facendo, si agglomeravano ai fini trattamentali condotte radicalmente difformi per modalità lesive del bene protetto, le quali *ictu oculi* dovevano essere fronteggiate cautelarmente con misure differenti. Difatti è innegabile che condotte di simile tenore non potevano essere reputate sintomatiche di una volontà propriamente finalizzata alla scomparsa.

Per queste ragioni, con la disciplina introdotta dalla l. 16 aprile 2015, n.47, il legislatore ha novellato⁶³⁹ il comma 1-*ter* dell'art. 276 c.p.p., tale intervento modificativo si iscrive perfettamente nella logica che anima la novella in questione.⁶⁴⁰ La ragione di compiere un'interpolazione normativa che vada a colpire coraggiosamente gli automatismi sanzionatori, è figlia di un'esigenza che pervade l'itero intento riformatore: conferire una nuova linfa all'idea del carcere come *extrema ratio* del sistema. Tale orizzonte valoriale ha sicuramente rappresentato il nucleo principale, tanto delle valorizzazioni delle misure immediatamente sottostanti la custodia inframuraria⁶⁴¹, quanto per l'ideazione di misure alternative al carcere.⁶⁴² Tali condizioni normative non potevano che imporre un ripensamento di quella previsione introdotta agli albori del nuovo millennio⁶⁴³ nell'art. 276 c.p.p. con il comma 1-*ter*; questa presunzione

⁶³⁷ Per esempio la condotta di chi si fosse intrattenuto a conversare con un'altra persona nel giardino o sul pianerottolo dell'edificio condominiale anziché nel proprio appartamento, così Cass. Sez., VI, 10 febbraio 1995, n. 5770.

⁶³⁸ Un'altra ipotesi espressiva di un'esigua pericolosità sociale è rintracciabile nell'ipotesi in cui una persona nonostante sia ristretta agli arresti domiciliari, è autorizzata a svolgere un'attività lavorativa fuori le mura domestiche. Per la normativa precedentemente esistente, anche se il soggetto avesse fatto rientro presso la propria dimora, con solo qualche minuto di ritardo, rispetto a quello previsto nell'ordinanza, avrebbe comunque "meritato" una modifica *in peius* che si sarebbe tradotta nell'applicazione della custodia in carcere, così Cass. Sez., VI, 9 dicembre 2002, n. 1752.

⁶³⁹ Precisamente *ex art.* 5, l. 16 aprile 2016, n. 47.

⁶⁴⁰ Per le prime considerazioni a riguardo G. Amato, *Le nuove misure cautelari: istruzioni operative. Dalla valutazione delle esigenze cautelari ai criteri di scelta: il primo appuntamento con la legge 47/2015*, in Guida al Diritto, 2015, p. 22ss. Oppure G. Amato, *Le nuove misure cautelari: istruzioni operative. Dall'evasione al sistema delle impugnazioni: l'ultimo appuntamento con la legge 47/2015*, in Guida al Diritto, 2015, p. 23ss.

⁶⁴¹ A tal proposito non si può non evidenziare l'importanza del ruolo assunto dalla misura domestica controllata, invero quest'ultima può rappresentare un valido surrogato alla restrizione carceraria, difatti il nuovo comma 3-*bis* dell'art. 275 c.p.p. impone al giudice di indicare le specifiche ragioni per le quali la detenzione domestica monitorata risulti inidonea.

⁶⁴² Emblematico a riguardo è il novellato terzo comma dell'art. 275 c.p.p. il quale obbliga il giudice a compiere una preventiva valutazione di adeguatezza dell'applicazione congiunta di misure interdittive e coercitive per scongiurare l'eventuale ricorso al carcere.

⁶⁴³ F. Alonzi, *Un timido passo verso la giusta direzione*, in www.legislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015, p. 2.

sostitutiva aveva di fatto sterilizzato i possibili apprezzamenti del giudice in ordine alla possibilità di “pesare” la reale portata della trasgressione alla prescrizione imposta⁶⁴⁴ con l’adozione degli arresti domiciliari.⁶⁴⁵ E’ evidente che tale disposizione abbia un carattere derogatorio rispetto alla disciplina prevista al primo comma dell’art. 276 c.p.p., la quale invece non preclude la possibilità di costatare la reale necessità di ricorrere a una modifica del regime cautelare, dopo aver considerato l’entità, motivi e circostanze della violazione posta in essere.⁶⁴⁶ La dottrina, da sempre contraria alla tecnica presuntiva, si oppose ferocemente alla nuova fattispecie inserita nell’art. 276 comma 1-ter c.p.p.. Quest’ultima è agevolmente riconducibile alla categoria delle barriere normative, quest’ultime però, limitando la libertà decisionale del giudice, imbrigliano le decisioni cautelari che risultano quindi “mortificate” da tali meccanismi. E’ ineluttabile che un approccio cautelare “insensibile” alla fattispecie in concreto da gestire, provoca due gravi effetti collaterali: l’impossibilità di individualizzare il trattamento cautelare⁶⁴⁷ e la degradazione del principio di adeguatezza.⁶⁴⁸ L’ automatismo originariamente ideato dal legislatore, nonostante fosse stato aspramente criticato

⁶⁴⁴ Ossia quella di non allontanarsi dall’abitazione o da altro luogo di privata dimora in cui si è ristretti, così F.Alonzi, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁴⁵ Questa specificazione induce a ritenere che il meccanismo sanzionatorio previsto non possa applicarsi anche alle ipotesi di allontanamento dagli altri luoghi indicati nell’art. 284 c.p.p. come quelli di cura o assistenza, perché altrimenti si violerebbe la riserva di legge contenuta nell’art. 13 Cost. la quale invece è a presidio di questa materia, così E.Marzaduri, *Commento all’art. 16 l. 19 gennaio 2001, n.4*, in www.la legislazione penale.eu, 2001, p. 444., anche se non nasconde che tale lettura possa essere colpita da una declaratoria di incostituzionalità, a causa della irragionevolezza e della disparità di trattamento che verrebbe a realizzarsi; D.Carcano-D.Manzione, *Custodia cautelare e braccialetto elettronico*, Milano, 2001, p. 83s. prediligono invece un’estensione analogica della previsione.

La certissima precisione con la quale vengono individuate le condotte da stigmatizzare, mediante l’automatismo *in peius*, inducono a restringere l’ambito di applicazione della disposizione con la conseguenza che per le violazioni alle prescrizioni imposte con gli arresti domiciliari diverse dall’allontanamento (ad es. la restrizione dei colloqui) dovrà trovare applicazione la previsione generale di cui al comma 1 dell’art. 276 c.p.p., così F.Rigo, *La nuova disciplina del divieto di concessione degli arresti domiciliari*, in *Processo penale; Nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*, a cura di P.gaeta, padova, 2001, p. 179s.

⁶⁴⁶ P.Spagnolo, *Sub art. 276 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, IV, Milano, 2013, p. 437ss.

⁶⁴⁷ A.Presutti, *Le cautele nel processo penale come forma di anticipazione della pena*, in *Rivista di diritto processuale penale*, 2014, p. 47s.

⁶⁴⁸ E.Marzaduri, *op. cit.*, p. 446

da gran parte della dottrina, sopravvisse indenne allo scrutinio del giudice delle leggi che lo ritenne costituzionalmente legittimo.⁶⁴⁹

La Corte Costituzionale, seppur “salvando” l’operatività dell’automatismo, ha lasciato aperto uno spiraglio per consentire al giudice di valutare il reale significato della violazione commessa. Invero nella sentenza che si è pronunciata a riguardo⁶⁵⁰, si evince l’esigenza di attribuire all’organo giurisdizionale la prerogativa di poter verificare, nel caso di specie, che la condotta trasgressiva presenti effettivamente quei caratteri di effettiva lesività, alla cui stregua ritenere integrata la violazione che la norma assume come *concidio sine qua non* ai fini della sostituzione. Quest’apertura iniziale mostrata dal giudice delle leggi, però, si è limitata ad un orientamento minoritario⁶⁵¹, il quale ha alimentato solo parzialmente quella necessità di valorizzazione dei *pericula*, che avrebbe rappresentato, invece, l’unica via per scalfire la solidità della presunzione di inadeguatezza di qualsiasi misura diversa da quella propriamente custodiale.⁶⁵²

L’*input* della Corte Costituzionale è stato positivamente recepito dal nomoteta odierno⁶⁵³, il quale ha inserito una specifica previsione all’interno dell’art. 276, comma 1-ter, c.p.p. Tale interpolazione ha fatto sì che l’interprete, qualora debba valutare la condotta trasgressiva delle prescrizioni, inerenti al divieto di allontanarsi dalla propria abitazione, valuti il reale significato lesivo della violazione posta in essere dal custodito.⁶⁵⁴

Una valutazione di simile tenore è ora possibile compierla, difatti ai fini della sostituibilità della custodia domestica con quella carceraria, il

⁶⁴⁹ Difatti il Palazzo della Consulta ha ritenuto che l’apprezzamento sul tipo di misura da adottare nel caso concreto, potesse essere effettuato anche in termini generali dal legislatore, nel rispetto della ragionevolezza e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti, così Corte cost. 6 marzo 2002, n. 40, posizione successivamente ribadita da Corte cost. 16 aprile 2003, n. 130.

⁶⁵⁰ Corte cost. 6 marzo 2002, n. 40

⁶⁵¹ Infatti, pochissime pronunce di legittimità hanno riconosciuto la necessità di una verifica circa l’effettiva lesività della condotta dell’indagato, tra queste Cass. Sez., III, 6 giugno 2012, Cavalli e Cass. 28 maggio 2008, Moccia.

⁶⁵² Molte pronunce hanno tentato di avvalorare tale principio, così Cass. Sez., V, 22 febbraio 2012, Nesta, Cass. Sez., V, 29 settembre 2011, Algieri.

⁶⁵³ F.Alonzi, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁵⁴ F.Alonzi, *op. cit.*, p. 3.

giudice deve appurarsi che il fatto non sia di lieve entità⁶⁵⁵, decretando così la fine di quell'automatismo che costituiva l'elemento chiave del congegno sanzionatorio innestato nel codice di rito nel 2001.⁶⁵⁶ Il riformatore più recente ha saggiamente sanato quella svista grammaticale⁶⁵⁷, figlia di un'errata interpolazione della riforma del 2001, contenuta all'interno dello stesso art. 276 c.p.p. la quale era stata repentinamente stigmatizzata da parte della dottrina.⁶⁵⁸ Una lettura più attenta alla semantica legislativa impone di compiere un'analisi circa l'estensione dell'operatività del suddetto automatismo cautelare. L'inciso finale contenuto nell'art. 276, comma 1-ter, c.p.p. appare sintomatico di una disciplina residuale, o meglio derogatoria, rispetto a quella generale espressa invece nel primo comma dell'art. 276, c.p.p.⁶⁵⁹ L'innesto si sostanzia infatti in "salvo che il fatto sia di lieve entità", tale enunciazione fa emergere che una condotta trasgressiva di modesta natura, sterilizzerebbe quell'automatismo cautelare invece operante per tutte le altre ipotesi, restituendo così quella "dignità" decisoria al giudice, che proprio con l'introduzione di tale meccanismo, risultava essere fortemente denigrata. La locuzione lieve entità,⁶⁶⁰ deve essere interpretata come una violazione di modesto rilievo all'ordinamento giuridico, non lasciandosi tentare nel considerare unicamente quale fattore decisivo la mera intensità della condotta. Se dovessimo considerare rilevante solamente l'entità oggettiva della condotta abusiva, trascurandone invece la gravità lesiva, cioè la messa in pericolo degli specifici interessi giuridici protetti, compiremmo un evidente errore di "metodo".

⁶⁵⁵ Il sostantivo allude pacificamente alla violazione commessa e non al fatto oggetto della contestazione cautelare, così G.Spangher, *Un restyling per le misure cautelari*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 530s.

⁶⁵⁶ F.Alonzi, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁵⁷ Nella precedente formulazione legislativa per identificare la trasgressione da sanzionare si faceva riferimento al divieto di non allontanarsi dalla propria abitazione, espressione oggi opportunamente modificata eliminando l'avverbio "non".

⁶⁵⁸ Tra i primi ad evidenziare tale errore G.Amato, *Prove generali per il braccialetto elettronico*, In Guida al Diritto, 2000, p. 80s.

⁶⁵⁹ Nel primo comma è contenuta la regola generale in virtù della quale in caso di trasgressione delle prescrizioni, il giudice può, e non "deve", optare per un irrigidimento del trattamento cautelare, dopo aver valutato entità, motivi e circostanze della violazione commessa, così F.Alonzi, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁶⁰ In dottrina si è correttamente teorizzato che attraverso l'uso del termine "entità" si vogliono mettere palesemente in evidenza le differenze quantitative che possono esistere da caso a caso, sia sul versante del numero delle eventuali violazioni di una medesima prescrizione, sia sotto il profilo della trasgressione di una pluralità di prescrizioni, sia, ancora, sotto quello delle gradazioni d'intensità delle singole violazioni: non è la stessa cosa il "rientro" a casa agli arresti domiciliari con un ritardo di dieci minuti oppure dopo due ore la scadenza fissata, così M.Chiavario, *sub art. 276 c.p.p.*, In *Commento Chiavario*, III, Torino, 1990, p. 82s.

A riprova di ciò, se sposassimo tale linea interpretativa, a fronte di una violazione di minima entità, ma posta in essere per ragioni allarmanti, al giudice sarebbe impedito di procedere con la misura carceraria⁶⁶¹, sarebbe obbligato invece a procedervi se dovesse gestire violazioni che nonostante meriterebbero di essere “accettate” in quanto poste in essere per motivi assolutamente apprezzabili⁶⁶², non potrebbero essere considerate minime.⁶⁶³

Sono qualificabili di lieve entità quelle condotte che non sono idonee a sovvertire la precedente valutazione di adeguatezza della misura degli arresti domiciliari, alla luce delle esigenze cautelari del caso di specie. Per considerare “sproporzionato” un aggravamento dello *status* cautelare, è necessario che l’organo decidente valuti preliminarmente l’entità, i motivi, le circostanze della violazione commessa. Dopo aver accertato la lieve entità della trasgressione compiuta, la normativa preclude la sostituzione della misura domestica con quella carceraria, questa possibilità costituisce un’evidente ipotesi derogatoria della disciplina generale, la quale prevede invece un’automatica operatività dell’aggravamento dello *status* cautelare del soggetto, dopo aver qualificato come “non lieve” la condotta trasgressiva. Al contrario, laddove i *pericula* esistenti in concreto non possono essere adeguatamente fronteggiati con la misura in atto, le conseguenze cautelari sono inevitabili: c’è un obbligo di sostituzione della custodia domestica con la cattività carceraria dell’indagato-imputato.⁶⁶⁴ E’ di notevole interesse stabilire che impatto può avere la recente riforma, che ha interessato l’art. 275-bis c.p.p. sulla disciplina contenuta nell’art. 276 c.p.p. Si può agevolmente ritenere che quando il giudice si trovi dinanzi a violazioni di esigua pericolosità, non possa ragionevolmente optare per la misura domestica elettronicamente controllata, considerata la sua natura di misura immediatamente

⁶⁶¹ Per esempio il caso in cui un soggetto si intrattiene a parlare sul ballatoio antistante l’ingresso della sua abitazione, per incontrarsi con delle persone pregiudicate o con coimputati con i quali avrebbe il divieto di incontro, così F.Alonzi, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁶² In modo diametralmente opposto si immagina un individuo che abbandonando gli arresti domiciliari, per prestare soccorso ad una persona colpita da un malore, è “costretto” ad essere inadempiente alle prescrizioni per poterlo condurre presso un ospedale restando inevitabilmente fuori la propria abitazione per diverse ore, così F.Alonzi, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁶³ Questo criticità è stata subito messa in evidenza da V.Pazienza, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, rel. n.III/3/2015, 6 maggio 2015 in www.cortedicassazione.it, p. 15s., anche se non fornisce alcuna soluzione per poter uscire da questo “impasse”.

⁶⁶⁴ Liberando di fatto il giudice da quegli oneri motivazionali in ordine alla necessità di provvedere alla modifica del regime cautelare, così F.Alonzi, *op. cit.*, p. 6.

sostitutiva della custodia in carcere⁶⁶⁵, quindi maggiormente afflittiva, sempre e comunque, sotto il profilo modale, dei semplici arresti domiciliari.⁶⁶⁶ Tale ragionamento conduce a conclusioni analoghe anche nell'ipotesi in cui si sia stabilita la meritorietà della custodia in carcere, invero la custodia prevista ex art. 275-*bis* c.p.p., risulterebbe “insufficiente” per fronteggiare le esigenze cautelari sussistenti in concreto, mentre nell'ipotesi precedente la misura domestica aggravata appariva come “sovrabbondante”, rispetto alla misura necessaria da adottare in concreto. Si può concludere quindi, che a fronte della chiarezza del dato positivo, non si può procedere all'utilizzo del braccialetto elettronico.⁶⁶⁷ La peculiarità della disciplina contenuta all'interno dell'art. 276 c.p.p. è quella che prevede un caso di presunzione di inadeguatezza “relativa” riferibile ad ogni altra misura coercitiva diversa dalla custodia in carcere.⁶⁶⁸

Questa impossibilità, da parte del giudice, di graduare la risposta cautelare nelle ipotesi trasgressive di non lieve entità, ci induce a ritenere che il giudice sia esentato da quell'obbligo rafforzato di motivazione contenuto nell'art. 275, comma 3-*bis*, c.p.p. In altri termini, l'obbligatorietà che l'organo giudicante motivi l'adozione della custodia in carcere, può rintracciarsi solo ove la scelta sia il risultato di una valutazione discrezionale, “autonoma”, e non anche quando sia il frutto di un'opzione cristallizzata a monte dal legislatore. Le presunzioni, *lato sensu* intese, in particolar modo quelle atte a comprimere diritti fondamentali della persona, devono essere considerate irragionevoli, e quindi costituzionalmente indifendibili, laddove non siano modulabili sulla concreta realtà delle cose.⁶⁶⁹ Per tale ragione non si può non riconoscere al legislatore il merito di aver scardinato un automatismo sanzionatorio “insensibile”⁶⁷⁰, alla natura e al grado lesivo della

⁶⁶⁵ P.Spagnolo, *Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, in Leg. Pen., 2014, p. 340s.

⁶⁶⁶ F.Alonzi, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁶⁷ Di opinione contraria E.Campoli, *L'ennesima riforma delle misure cautelari personali: prime osservazioni e primi approcci pratici*, in ANPP, 2015, p. 307s.

⁶⁶⁸ Così come ribadito dalla stesso Palazzo della Consulta, Corte cost. 6 marzo 2002, n.40.

⁶⁶⁹ G.Todaro, *Custodia cautelare e presunzioni*, in www.ojs.uniurb.it, Atti del Convegno, Rimini, 15 marzo 2014, p. 51s.

⁶⁷⁰ La rottura di questa “meccanicità”, si è resa necessaria, in quanto per alcune fattispecie, le connotazioni del reato di evasione, non sembravano denotative, sempre e comunque, secondo un criterio di esperienza diffuso e generalizzato, di una totale mancanza di autocontrollo o di una proclività assoluta a sottrarsi alle prescrizioni cautelari. Cade con la nuova previsione, quella presunzione per cui le esigenze, in caso di trasgressione alle prescrizione concernente il divieto di

condotta, ma allo stesso tempo sarebbe stato auspicabile un intervento più radicale com'era del resto nell'intenzione del legislatore.⁶⁷¹ Difatti nel corso dell'iter legislativo che ha poi condotto all'approvazione della legge 47 del 2015, era stata proposta su iniziativa della Camera dei deputati, l'abrogazione del comma 1-ter dell'art. 276 c.p.p., come anche del comma 5-bis dell'art. 284 c.p.p.

In questo modo il legislatore avrebbe riconsegnato integralmente al giudice quella libertà valutativa, che gli è riconosciuta per la stima delle condotte trasgressive dal comma 1 dell'art. 276 c.p.p. La formulazione normativa che emerge all'esito della riforma, non può che essere figlia di una scelta "compromissoria", in quanto di scarso rigore e foriera di irragionevoli disparità di trattamento.⁶⁷²

allontanarsi, siano incontrovertibilmente così marcate, da precludere in modo inflessibile la concessione degli arresti domiciliari, così G.Todaro, *Custodia cautelare e presunzioni*, in www.ojs.uniurb.it, Atti del Convegno, Rimini, 15 marzo 2014, p. 52s.

⁶⁷¹ Scheda di lettura del Servizio studi della Camera dei Deputati, in www.camera.it, p. 15s.

⁶⁷² F.Alonzi, *op. cit.*, p. 7.

5.3. UNA RAZIONALIZZAZIONE “RIFLESSA”: IL NUOVO COMMA 5-BIS DELL’ART. 284 C.P.P.

Con l’articolo 6 della l. 16 aprile 2015, n.47 il legislatore è intervenuto di nuovo sulla disciplina degli arresti domiciliari, in perfetta sintonia⁶⁷³ con le modifiche apportate all’art. 5 della suddetta legge. Il nomoteta, dopo aver mitigato, seppur parzialmente, la rigidità dell’automatismo sanzionatorio contenuto nell’art. 276 c.p.p., concernente la trasgressione alla prescrizione di non allontanarsi dal domicilio, è intervenuto sulla sfera di applicabilità del divieto di concessione della detenzione domestica ai soggetti evasi nel quinquennio antecedente al fatto per il quale si procede. L’innesto operato all’interno dell’art. 284 c.p.p., della possibilità conferita al giudice di applicare comunque gli arresti domiciliari, anche ad un soggetto che sia evaso nei cinque anni precedenti, si iscrive perfettamente nello spirito della riforma.⁶⁷⁴ Anche su questo versante, la novella propone un regime “speciale” rispetto a quello generale, il quale prevedrebbe come *ordinaria ratio* la custodia in carcere. Ovviamente il giudice, per poter optare per la disciplina derogatoria, dovrà evidenziare “in grassetto”, gli specifici elementi dai quali emerge che il fatto sia di lieve entità. Un’ importante questione interpretativa è sorta circa la necessità di definire quali sono i due momenti iniziali e finali dell’arco temporale, entro il quale, l’eventuale commissione del reato di evasione rende operativa la preclusione degli arresti domiciliari, eccezione fatta per le condotte di “lieve entità”.

A tal riguardo, si parla di decorrenza *à rebours*, difatti il termine iniziale coincide con la data di consumazione del fatto per cui si procede.⁶⁷⁵ Tale interpretazione del dato positivo, come correttamente ribadito dal giudice di legittimità,⁶⁷⁶ non si pone in contrasto con la Carta fondamentale, ragione per la quale la Corte ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 284, comma 5-*bis*. Ad avviso del Supremo collegio sarebbe eccezionale

⁶⁷³ F.Alonzi, *Un ripensamento opportuno*, ma poco coraggioso, in www.legislazionepenale.eu , 1 dicembre 2015, p. 2.

⁶⁷⁴ F.Alonzi, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁷⁵ Cass. Sez. VI, 9 giugno 2010, n. 35164.

⁶⁷⁶ Cass. Sez. III, 7 gennaio 2014, Podda.

costituzionalmente la scelta differente di far decorrere il termine ostativo alla concessione della custodia domestica dalla data di commissione del fatto di evasione. Tale posizione è pienamente condivisibile, in quanto si farebbero decorrere gli effetti sanzionatori, seppur indiretti e scaturenti dalla condotta dell'imputato, da un momento precedente l'irrevocabilità della pronuncia giurisdizionale, la quale ha accertato l'avvenuta evasione. Per queste ragioni il momento finale che deve essere preso in considerazione, affinché possa calcolarsi l' "estensione" del quinquennio, è la data in cui la sentenza di condanna per il reato di evasione passa in giudicato.⁶⁷⁷ Nessuna perplessità⁶⁷⁸ può quindi residuare sul fatto che deve trattarsi di una decisione irrevocabile⁶⁷⁹: anche perché dare rilievo a procedimenti meramente pendenti o pronunce non definitive, creerebbe un insanabile dissidio con la presunzione di innocenza ex art. 27 Cost.⁶⁸⁰

Una delle principali questione esegetiche ha interessato l'ambito operativo della nuova disposizione, in relazione al significato da attribuire all'espressione "fatto di lieve entità".⁶⁸¹ Sembra propedeutico, prima di affrontare l'impatto che tale innesto ha comportato sulla concessione degli arresti domiciliari, rimarcare la difformità delle interpretazioni che sono state fornite dalla dottrina sul significato da attribuire al sostantivo "fatto". Per una parte della dottrina, la locuzione suddetta sembra riferirsi al fatto per il quale si procede, e non a quello per il quale è intervenuta la sentenza di condanna per la commissione

⁶⁷⁷ Cass. Sez., VI, 24 novembre 2010, n. 44000.

⁶⁷⁸ Qualche questione è insorta in relazione alla sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, in sostanza ci si è chiesti se anche detta pronuncia possa essere alla base del divieto di cui all'art. 284, comma 5-bis c.p.p. La giurisprudenza ha recepito l'impostazione più rigida cui si correla un'estensione più lata del divieto: "a norma dell'art. 284, comma 5-bis c.p.p. è fatto divieto di concessione degli arresti domiciliari anche al soggetto nei cui confronti sia stata pronunciata, nel quinquennio precedente, una sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per il reato di evasione", così Cass. Sez., VI, 28 marzo 2003, n. 21928.

⁶⁷⁹ G.Todaro, *Custodia cautelare e presunzioni*, in www.ojs.uniurb.it, Atti del Convegno, Rimini, 15 marzo 2014, p. 49s.

⁶⁸⁰ Cass. Sez., VI, 14 luglio 2009, n. 38148.

⁶⁸¹ Sono sorte diverse perplessità sulla possibile sovrapposibilità interpretativa con la formula della "particolare tenuità" del fatto, che a seguito del d. lgs. n. 28 del 2015, compare nell'art. 131-bis c.p. quale nuova ipotesi di non punibilità dei reati. Una lettura attenta alla semantica scioglie ogni dubbio sulla possibile osmosi concettuale, non a caso il termine "particolare" appare *ictu oculi* espressivo di un significato "letterale" del tutto differente, da quello manifestato dall'aggettivo "lieve", così F.Alonzi, *op. cit.*, p. 3., a conclusioni differenti giunge E.Campoli, *L'ennesima riforma delle misure cautelari personali: prime osservazioni e primi approcci pratici*, in ANPP, 2015, p. 307s.

del reato di evasione.⁶⁸² Un altro indirizzo interpretativo ripudia fermamente tale “ricostruzione” interpretativa, evidenziando i rischi che una simile attribuzione concettuale potrebbe comportare. A riprova di ciò, laddove si dovesse ricondurre la connotazione di lieve entità al fatto per cui si procede, si tratterebbe di norma foriera di conseguenze disomogenee rispetto al sistema, in quanto presupporrebbe l’applicabilità di una misura cautelare, pur sempre detentiva, ad un fatto tuttavia ritenuto lieve.⁶⁸³ L’automatismo ostativo introdotto nel 2001 fu pensato per conferire valore sintomatico⁶⁸⁴, per la prognosi di adeguatezza cautelare, ad una determinata condotta che sia stata accertata giurisdizionalmente ed in maniera definitiva.⁶⁸⁵ I più recenti interventi del legislatore non fanno altro che “relativizzare” il meccanismo sanzionatorio, il quale preclude gli arresti domiciliari a chi si sia dimostrato incapace di adattarsi alle restrizioni imposte. Non a caso una delle maggiori critiche mosse nei confronti dell’originario congegno cautelare, previsto dal comma 5-*bis* dell’art. 284 c.p.p., riguardava proprio la circostanza per cui vista l’estrema assolutezza⁶⁸⁶ dello stesso, avrebbe trovato applicazione anche per fatti non particolarmente gravi. Il novellatore tenta di superare questo limite, condizionando l’applicazione del divieto di concessione degli arresti domiciliari, alla verifica dell’effettivo contenuto offensivo dei fatti di evasione. Tale operazione all’interno dell’art. 284 c.p.p., risulta “necessaria” anche per una maggiore armonizzazione con il nuovo comma 1-*ter* dell’art. 276 c.p.p., che impone una verifica dei connotati che caratterizzano la trasgressione, per calibrare al meglio la risposta cautelare.⁶⁸⁷ Molto spesso il processo di produzione delle norme genera delle disposizioni tutt’altro che limpide, che

⁶⁸² V.Pazienza, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, rel. n.III/3/2015, 6 maggio 2015 in www.cortedicassazione.it, p. 16s.

⁶⁸³ Così P.Borelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 giugno 2015., nello stesso senso F.Alonzi, *op. cit.*, p. 3ss.

⁶⁸⁴ F.Alonzi, *op. cit.*, p. 4ss.

⁶⁸⁵ Seppur tale previsione non è esplicitata nel testo, è largamente condivisa l’idea che per l’emersione del divieto, occorre attendere l’irrevocabilità della condanna per evasione, così Cass. Sez. VI, 24 novembre 2010, Napolitano.

⁶⁸⁶ Affermazione più volte evidenziata dalla giurisprudenza di legittimità, tra le molteplici sentenze Cass. Sez. II, 12 marzo 2015, n. 14111, e Cass. Sez. IV, 4 luglio 2013, Sanseverino; il giudice delle leggi aveva qualificato la natura del divieto come impeditiva di qualsivoglia misura cautelare meno afflittiva della custodia in carcere. E’ evidente che tale approccio, dovrà essere necessariamente riconsiderato, in virtù della modifica normativa che ha “minato” il carattere assoluto della prescrizione.

⁶⁸⁷ F.Alonzi, *op. cit.*, p. 4s.

necessitano quindi di un'importante levigatura esegetica.⁶⁸⁸ Non poche difficoltà emergono nel tentare di conferire un senso e valore all'inciso conclusivo del nuovo comma 5-bis, ex art. 284 c.p.p., in quanto prevede che, per le verifiche di cui è onerato, il giudice deve assumere nelle forme più rapide le relative notizie.⁶⁸⁹ La verifica che ha per oggetto la lieve entità della condotta trasgressiva non comporta alcuna manomissione del giudicato che si è formato sulla sentenza di condanna. L'attività "esplorativa" del giudice si sostanzia in un accertamento circa le caratteristiche della condotta che è stata precedentemente sanzionata, al fine di valutarne, sulla base di specifici elementi, la reale portata.⁶⁹⁰ L'accertamento dell'effettiva gravità della condotta, concernente il reato di evasione, appare un'operazione intrisa di difficoltà operative, in particolar modo se ci sofferma alla celerità, di cui parla il codice, che il giudice deve adoperare per reperire le informazioni necessarie. In alcuni casi i ritmi procedurali comprimono fortemente le attività decisionali, con inevitabili conseguenze sulla "qualità" delle scelte cautelari che vengono compiute, si pensi quale esempio al caso in cui il giudice debba vagliare la possibilità di concedere o meno gli arresti domiciliari, in sede di convalida di una misura precautelare.⁶⁹¹ Affinché il divieto possa reputarsi operativo, è fondamentale che il giudice della cautela dimostri che la condanna per evasione sia divenuta definitiva, così come è ragionevole supporre che gli specifici elementi, richiesti codicisticamente, possono essere rintracciabili negli stessi parametri forniti dal comma 1 dell'art. 276 c.p.p.

⁶⁸⁸ F.Alonzi, *op. cit.*, p. 5s.

⁶⁸⁹ Tale statuizione dovrebbe scacciare via ogni dubbio residuo sulla possibilità che la lieve entità possa riferirsi al fatto oggetto dell'accertamento penale in corso, in quanto per il fatto in corso di accertamento, il giudice è già stato fornito degli elementi probatori per poterlo apprezzare, V.Pazienza, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, rel. n.III/3/2015, 6 maggio 2015 in www.cortedicassazione.it, p. 16s.

⁶⁹⁰ A tal riguardo è sorto il dilemma se il giudice della cautela possa disattendere il giudizio di gravità eventualmente compiuto dal giudice nell'accertamento di merito, o, ipotesi inversa, si debba sempre conformare al giudizio di lieve entità della condotta, compiuto dall'organo della cognizione. Con l'introduzione della nuova causa di non punibilità del reato per particolare tenuità del fatto, seppur le due formule non coincidano concettualmente, esiste il rischio che il giudice, venga influenzato nel giudizio sulla lieve entità dalle valutazioni effettuate in precedenza da un altro giudice. Per evitare quindi che la sua decisione si "appiattisca" alle risultanze dell'operato di un altro organo giudicante, è necessario che valuti con attenzione il precedente giudicato formatosi sulla decisione di merito, provvedendo ad assumere celermente le informazioni che ritiene opportune, così F.Alonzi, *op. cit.*, p. 5s.

⁶⁹¹ F.Alonzi, *op. cit.*, p. 6s.

Un altro accertamento di estrema rilevanza applicativa è quello inerente alla qualificazione delle condotte trasgressive che sono disciplinate ex art. 284 c.p.p. In questo ambito, la violazione potrà essere considerata lieve, se per le caratteristiche che ha assunto nel procedimento in cui è stata compiuta, non possa essere reputata indicativa di un'incapacità "sistematica" del soggetto, ad ottemperare all'obbligo di non allontanarsi dal proprio domicilio.⁶⁹² In altri termini, i comportamenti tenuti dall'indagato-imputato che hanno integrato comunque il reato di evasione, non devono essere sintomatici di una personalità in perenne stato di proclività a sottrarsi al regime detentivo, poiché altrimenti manifesterebbero una propensione perenne del soggetto a reiterare il reato.⁶⁹³

In conclusione, la verifica che coinvolge la lieve entità del fatto, nelle ipotesi disciplinate dall'art. 284 c.p.p., sarà, per il carattere discrezionale del suo appuramento, tutt'altro che agevole. Invero, l'accertamento della "labile" nozione di lieve entità, per il suo carattere discrezionale, implicherà inevitabili disparità di trattamento. Inoltre, il fatto che una disciplina derogatoria a quella carceraria venga subordinata alla valutazione di violazioni che sono state "giudicate" in altri procedimenti, non lascia ben sperare sulla linearità applicativa del nuovo regime introdotto con la riforma. Sarebbe stato più opportuno effettuare un'abrogazione integrale della disposizione, evitando di imporre al giudice complessi accertamenti, al fine di restituire quella libertà valutativa, "funzionale" ad attuare in concreto un'effettiva personalizzazione del trattamento cautelare.⁶⁹⁴

⁶⁹² F.Alonzi, *op. cit.*, p. 7s.

⁶⁹³ In questo caso il soggetto apparirebbe "meritevole" della cattività carceraria, poiché manifesterebbe una personalità proclive alla commissione di condotte *contra-ius*.

⁶⁹⁴ F.Alonzi, *op. cit.*, p. 8s.

CONCLUSIONI

**PROBLEMI LATENTI: TRA LA VALORIZZAZIONE
SEMANTICA DELLA RESIDUALITA' E L'ILLUSORIA FINE
DELLE MOTIVAZIONI "APPARENTI".**

UN BILANCIO COMPLESSIVO: L'EFFICACIA DELLA RIFORMA AL NETTO DELL' "AUTONOMA VALUTAZIONE" E DELLE PERDURANTI "OMBRE" PRESUNTIVE

La legge n. 47 del 2015 non nasce dal nulla, ma rappresenta la conclusione di un *iter* molto lungo ed articolato, svolto a partire da opzioni teoriche e politiche precise, anche se non sempre tradotte in maniera coerente ed efficace nel testo approvato.⁶⁹⁵ Con l'evidente intento di decongestionare⁶⁹⁶ la popolazione presente negli istituti penitenziari, l'ennesima riforma in materia cautelare, conferma l'ossessiva "attenzione" del legislatore all'uso della carcerazione preventiva.⁶⁹⁷ Quanto più la magistratura tenterà di "sanare" il pessimo funzionamento della fase di merito⁶⁹⁸ con un più incisivo utilizzo cautelare, tanto più il nomoteta interverrà, restringendone affannosamente il campo di intervento, attraverso una riduzione robusta dell'area della discrezionalità esercitabile dal giudice. Mentre l'art. 546 c.p.p., concernente i requisiti della sentenza, ha mantenuto la sua "verginità"⁶⁹⁹ sin dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, al contrario l'art. 292 c.p.p., inerente all'ordinanza del giudice, subisce soglie di "invadenza" offensive, in quanto presenta un chiaro monito ai giudici "certificato" per legge, di esprimere un'autonoma valutazione. L'attenzione del riformatore si è posata "criticamente" sull'area della discrezionalità dell'organo giudicante⁷⁰⁰, non intaccando invece l'attività della parte pubblica concernente la pretesa punitiva dello stato. Difatti mentre l'art. 416 c.p.p. che disciplina l'esercizio dell'azione penale è minuzioso nel descrivere i criteri per la richiesta di rinvio a giudizio, l'art. 291 c.p.p. mantiene la domanda cautelare in un limbo opaco ed indefinito, limitandosi ad affermare che il pubblico ministero presenta al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda. Per coerenza, tanto giuridica quanto operativa, sarebbe stato

⁶⁹⁵ G.Illuminati, *Introduzione*, in L. Giuliani, *La Riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. XIV.

⁶⁹⁶ E.Valentini, *Le premesse e i lavori preparatori*, in L. Giuliani, *La Riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, 8s.

⁶⁹⁷ E.Campoli, *L'ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali: prime osservazioni e primi approcci pratici*, in Arc. Nuova proc. Pen., 2015, p. 305 s.

⁶⁹⁸ E.Campoli, *op. cit.*, p. 305 s.

⁶⁹⁹ E.Campoli, *op. cit.*, p. 305 s.

⁷⁰⁰ E.Campoli, *op. cit.*, 305 s.

utile non solo un richiamo anche per essa di un' autonoma valutazione rispetto a quella compiuta dalla p.g., ma anche della necessità di svolgere coincise esposizioni degli stessi. Non a caso la pubblica accusa riversa spesso in modo ciclopico, nelle proprie richieste, informative di polizia giudiziaria e centinaia di pagine di intercettazioni prive di un'elaborazione utile all'esame del giudice.⁷⁰¹ Il testo dell'art. 292, c.p.p. è stato interpolato, inserendo come se già non fosse "ovvio", che il giudice deve dar luogo ad un' autonoma valutazione degli elementi posti a fondamento dell'applicazione di qualsiasi misura coercitiva ed interdittiva.⁷⁰² Nella prassi e in giurisprudenza, ci si è molto affannati nel ridefinire il campo delle motivazioni apparenti ovvero quelle per *relationem*.⁷⁰³ Tale tema avente ad oggetto la tecnica di redazione dei provvedimenti cautelari, ha trovato, nel corso degli anni, sempre maggior spazio, mediante l'estensione dell'uso delle tecnologie da parte della magistratura (utilizzo del copia ed incolla, utilizzo degli atti trasmessi a mezzo dei sistemi TIAP ecc..).⁷⁰⁴ Il legislatore ha mantenuto l'elemento dell'esposizione degli elementi di fatto, che ben potrà essere ripreso, pedissequamente dalla richiesta del pubblico ministero purché la stessa non escluda aspetti difensivi acquisiti agli atti, ma soprattutto, sia seguita da un' autonoma e tangibile⁷⁰⁵ valutazione del giudice.⁷⁰⁶ La riaffermazione dell'esigenza che il giudice valuti autonomamente non può dunque essere interpretata come divieto della motivazione *per relationem*, perché si limita a codificare le condizioni già imposte dalla giurisprudenza per l'ammissibilità di una tale modalità di motivazione. Infatti proprio perché si tratta di una giurisprudenza consolidata da oltre vent'anni, è probabilmente da escludere che si avvertisse il bisogno di un intervento in tal senso dal legislatore.⁷⁰⁷

⁷⁰¹ Cass. Sez. VI, 30 aprile 2014, n. 36422.

⁷⁰² E.Campoli, op. cit., 309 s.

⁷⁰³ La motivazione "*per relationem*" di un provvedimento giudiziale è da considerarsi legittima quando: a) faccia riferimento ad un altro atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione, b) fornisca la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto delle ragioni del provvedimento di riferimento ritenendole coerenti con le sue decisioni, c) l'atto di riferimento sia conosciuto dall'interessato o almeno a lui ostensibile (fattispecie relativa all'integrale recepimento da parte del Gip della richiesta del p.m. circa l'applicazione della misura cautelare, così Cass. Sez. IV, 28 novembre 2012, 4191.

⁷⁰⁴ E.Campoli, op. cit., 309 s.

⁷⁰⁵ Cass. Sez. II, 6 febbraio 1996, Filoni.

⁷⁰⁶ E.Campoli, op. cit., 309 s.

⁷⁰⁷ A.Nappi, *Tra retorica ed effetti collaterali*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015.

Secondo il rapporto “Antigone”⁷⁰⁸ al 30 giugno 2016 negli istituti di pena italiani vi erano 54.072 presenze, 1.318 in più rispetto a giugno dell’anno scorso (52.754). L’incremento è imputabile sorprendentemente, nonostante la riforma sia “a regime” da oltre un anno, ad un maggiore ricorso alla custodia cautelare in carcere. Si evince, da tale bilancio statistico, un aumento allarmante della popolazione detenuta, che seppur distante dal picco “sconcertante” raggiunto nel 2010 (69.155), rivela una sostanziale inefficacia della riforma. Il fallimento parziale della novella in materia di misure cautelari è ancor più avvalorato, se si guarda al numero sostanzialmente “invariato” delle denunce pervenute all’autorità giudiziaria nei due anni di riferimento.

Lo sconcertante dato statistico, se “esplosivo” nel dettaglio, fa emergere con chiarezza la dimostrazione di tali conclusioni. Complessivamente sono 18.908 i detenuti in custodia cautelare, pari al 34,9% della popolazione detenuta. Al 30 giugno 2015 erano 17.830, pari al 33,7% della popolazione reclusa. Dunque è da registrare una crescita del 1,2%. E’ qui purtroppo che risiede la causa della crescita globale della popolazione detenuta nell’anno trascorso: crescono i “presunti innocenti”. I detenuti in custodia cautelare sono complessivamente cresciuti di 1.078 unità, ovvero la quasi totalità dei 1.318 detenuti in più nell’ultimo anno. Dal rapporto Antigone emerge che al 30 giugno 2016 erano 9.120 i detenuti in attesa di primo giudizio, erano invece 8.878 al 30 giugno 2015. Di questi 4.566 i detenuti appellanti, contro i 4.618 del 30 giugno 2015, mentre sono 3.481 i ricorrenti in Cassazione al 30 giugno 2016 contro i 3.107 di un anno prima.

Ritengo che il dato empirico metta incontrovertibilmente in crisi le aspettative “gloriose” maturate *ante* riforma, le quali pronosticavano ottimisticamente un considerevole affievolimento delle presenze negli istituti penitenziari italiani. Insomma è innegabile che quell’onda “d’urto”, che doveva essere incarnata dalla riforma, non si è realizzata. Tale asserzione conclusiva è suffragata dai dati *ictu oculi* emergenti, a dimostrazione del necessario

⁷⁰⁸ “Torna a crescere il numero dei detenuti in Italia”; Conferenza stampa svoltasi alla Camera dei deputati il 28 luglio 2016 tenuta dall’Associazione “Antigone” in www.vita.it.

cambiamento “culturale” piuttosto che normativo. E’ fallace “scomodare” sistematicamente l’elegante architettura dell’impianto cautelare, senza stigmatizzare criticamente prassi giurisprudenziali e pratiche operative che ne mortificano il funzionamento. La distorsione applicativa delle norme, quand’anche siano codificate con la miglior tecnica redazionale, mostrano il fianco sul “terreno” dell’interpretazione. Difatti su tale versante, il giudice manterrà inevitabilmente un potere ricognitivo dei requisiti legali, i quali potranno essere facilmente aggirabili a causa di una connotazione “naturale” del processo, che attribuisce sempre e comunque un margine di discrezionalità esercitabile dall’organo giudicante. Certo, è utopico pensare di inibire integralmente gli spazi decisionali del giudice, allo stesso tempo però, non si può non recriminare un intervento “ondivago” del legislatore, che sull’altare della necessità contingente, ha “limato” schizzofrenicamente nel tempo i confini operativi dell’autorità decidente. Difatti, mentre da un lato pone in essere una riforma ispirata alla valorizzazione della libertà, dall’altro continua ad erodere codicisticamente spazi di “manovra” del giudice solo per impedirgli di optare per la libertà.

A dimostrazione di ciò, risultano sopravvissute alcune delle presunzioni assolute di adeguatezza carceraria, mentre una “mitigazione” troppo timida degli automatismi, seppur “feriti” nella loro aggressività applicativa, rivela una sostanziale incapacità del legislatore a neutralizzare una volta per tutte quei residui normativi che dimenticano “colpevolmente” il principio della custodia in carcere come rimedio estremo.

BIBLIOGRAFIA:

AA.VV. *Le fragili garanzie della libertà personale. Per un'effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Trento, 11-13 ottobre, 2013.

AA.VV., *La procedura penale*, (a cura di) G.Riccio, G.Spangher, Napoli, 2002.

Abbamonte G., *Libertà e convivenza*, Napoli 1954.

Adorno R., *L'inarrestabile ragionevolezza del carcere cautelare "obbligatorio": cade la presunzione assoluta anche per i reati di "contesto mafioso"*, in *Giur. Cost.*, 2013, p. 2413.

Aiuti V., *Esigenze cautelari e discrezionalità giudiziale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015, p. 1.

Alonzi F., *Note critiche a margine del nuovo intervento sulla disciplina delle misure cautelari*, in *Le nuove norme sulla sicurezza dei cittadini (c.d. Pacchetto sicurezza)*, coord. Da G.Spangher, Milano, 2001.

Alonzi F., *Un ripensamento opportuno, ma poco coraggioso*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015, p. 1.

Amato G., *Arresti domiciliari con braccialetto elettronico*, in *Guida dir.*, 2014, p. 47.

Amato G., *Commento all'art. 13 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, (a cura di) G.Branca, Bologna, 1977.

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

Amato G., *Le nuove misure cautelari: istruzioni operative. Dalla valutazione delle esigenze cautelari ai criteri di scelta: il primo appuntamento con la legge 47/2015*, in *Guida al Diritto*, 2015, p. 22.

Amato G., *Prove generali per il braccialetto elettronico*, In *Guida al Diritto*, 2000, p. 80.

Amodio E., *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1967, p. 864.

Amodio E., *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cassazione penale*, n. 1, 2014, p. 20.

Aprile E., Canzio G., *Codice di procedura penale*, Volume IV, Milano, 2013.

- Aprile E., *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, 2003.
- Aprile E., *Le misure Cautelari nel processo penale*, Torino, 2006.
- Aprile S., *Il sistema per il controllo elettronico delle persone sottoposte alla misura degli arresti domiciliari previsto dall'art. 275-bis, c.p.p.: "braccialetto elettronico". L'esperienza del Gip di Roma*, in *Rass. Pen. crim.*, 2013, p. 53.
- Barbera A., *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Commentario della costituzione*, (a cura di) G.Branca, artt. 1-12, Bologna, 1975.
- Barbera A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967.
- Barile P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.
- Bartole S.-Bin R., *Commentario breve alla Costituzione*, II edizione, Padova, 2008.
- Bartoli R., *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 maggio 2016, p. 1.
- Bassi A.-Von Borries C., *Il braccialetto elettronico: un dispositivo dimenticato*, in www.questionegiustizia.it, 12 dicembre 2013.
- Baudi A., *il potere cautelare nel nuovo processo penale*, Torino, 1990.
- Belluta H., *Processo penale e violenza di genere: tra pulsioni preventive e maggiore attenzione alle vittime di reato*, in *legisl. Pen.*, 2014, p. 70.
- Betti E., *Interpretazione della legge degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949.
- Biscardi G., *Tempi delle misure interdittive*, in A.Diddi-R.M.Geraci (a cura di) *Misure cautelari personali ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015.
- Bonini V., *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015.
- Borrelli G., *Il metodo mafioso mutuato da modelli in uso in diverse aree geografiche*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 2781.
- Borrelli P., *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 giugno 2015, p. 1.
- Bresciani L., *Libertà personale dell'imputato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*. Vol. VII, Torino, 1993.

Bricchetti R.-Pistorelli L., *Al pericolo concreto si aggiunge il canone dell'attualità*, in Guida al diritto n. 20, 9 maggio 2015, p. 38.

Bricchetti R.-Pistorelli L., *Valutazione autonoma del quadro indiziario da parte del giudice*, in Guida dir., 2015, p. 46.

Bricola F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965.

Bronzo P., *Le modifiche alle misure cautelari interdittive*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015.

C.Riviezzo, *Pacchetto sicurezza. Commento alla legge 26 marzo 2001, n.128*, Milano, 2001.

Caianiello M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale* in www.penalecontemporaneo.it, 18 giugno 2014, p. 143.

Calamandrei P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936.

Campoli E., *L'ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali: prime osservazioni e primi approcci pratici*, in Archivio della Nuova Procedura Penale, Fascicolo IV, 2015, p. 306.

Canzio G., *Il processo penale: le riforme "possibili"*, in Criminalia, 2013, p. 513.

Carcano D.-Manziona D., *Custodia cautelare e braccialetto elettronico. Le nuove norme in materia di separazione dei processi, giudizio abbreviato, custodia cautelare e controllo elettronico delle persone sottoposte a misura detentiva (d.l. 341/2000)*, Milano, 2001.

Carnevale S., *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015.

Ceresa M.- Gastaldo, *Il concetto di fuga ex art. 274 comma 1 lett. b c.p.p. tra irreperibilità ed irraggiungibilità dell'imputato*, in Cass. pen. 1996, p. 2278.

Ceresa M.-Gastaldo, *Sostituzione e ripristino della custodia cautelare dopo la scarcerazione*, in AA.VV., *Il decreto antiscarcerazione*, a cura di M.Bargis, Torino, 2001.

Ceresa-Gastaldo M., *Tempi duri per i legislatori liberali*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 luglio 2014.

Cesaris L., *Dal Panopticon alla sorveglianza elettronica*, in M.Bargis (a cura di), *Il decreto "antiscarcerazioni"*, Torino, 2001.

Chiavario M., *Commento all'art. 275 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M.Chiavario, III Agg., Utet, Torino, 1998.

Chiavario M., *Commento all'art. 276*, in *commento al codice di procedura penale*, diretto da M.Chiavario, vol. III, Utet, Torino, 1990.

Chiavario M., “*Controllo giudiziario*” e libertà individuali, in *RDPR* 1973, p. 275.

Chiavario M., *Diritto processuale Penale*, Torino, 2015.

Chiavario M., *Indagini preliminari e libertà personale dell'imputato nel nuovo processo penale*, Rimini, 1989.

Chiavario M., *Processo e garanzie della persona*, I e II, Milano, 1982-1984.

Chiavario M., *Profili di disciplina della libertà personale nell'Italia degli anni Settanta*, in L.Elia-M.Chiavario (a cura di), *la libertà personale. Studi di diritto pubblico comparato pubblicati da G.Treves*, Vol. V, Torino, 1977.

Chiavario M., *Variazioni comparatistiche sul tema delle alternative alla detenzione obbligatoria in corso di processo*, in *Foro italiano*, Vol. 98, n.5, Maggio 1975.

Chiavario M., voce *Favor libertatis*, in *Enc. Dir.*, vol. XVII, Milano, 1968.

Chinnici D.-Pardo I., *La modifica dell'art. 275, comma 2-bis c.p.p tra punti fermi e zone d'ombra*, in *Archivio penale*, 2014, p. 4.

Ciavola A., *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, in *dir. pen. cont.*, 2013, n.1.

Ciavola A., *La Valutazione delle esigenze cautelari*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015.

Cisterna A., *Tracciata sul principio di legalità la linea seguita dalle Sezioni Unite*, in *Guida al diritto*, 2006, p. 39.

Cisterna A., *Una figura autonoma da collocare in posizione mediana*, in *Guida dir.*, 2015, p. 70.

Conso G., Grevi V., Bargis M., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014.

Coppetta M., *Le modifiche al comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p. e il d.l. 26 giugno 2014, n. 92*, in L. Giuliani, *La Riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015.

Cordero F., *Procedura Penale*, Milano, 1987.

- Cordero F., *Procedura penale*, Milano, 2012.
- Cortesi M.F., *Arresti domiciliari*, Torino, 2012.
- Cortesi M. F., *Interventi sulle misure custodiali*, in A.Diddi-R.M.Geraci (a cura di), *Misure cautelari “ad personam” in un triennio di riforme*, Torino, 2014.
- Cortesi M.F., “*Braccialetto elettronico*”: *un'inaccettabile lettura del rinnovato art. 275 bis c.p.p.*, in giur. it., 2014, p. 1741.
- Curtotti D., *Custodia cautelare (presupposti, vicende, estinzione)*, in Dig. Disc. Pen., Agg. III, t. 1, 2005, p.304.
- D’Arcangelo F., *Le misure cautelari personali (l. 16 aprile 2015, n.47)*, Milano, 2015.
- Dalia A.-Ferraioli M., *Manuale di diritto processuale penale*, Vicenza, 2016.
- Daniele M. , *Regole di esclusione e regole di valutazione nel processo penale italiano*, Torino, 2009.
- Daniele M., *Il Palliativo del nuovo art. 275 comma 2 bis c.p.p. contro l’abuso della custodia cauelare*, in www.penalecontemporaneo.com, 22 settembre 2014, p. 114.
- De Caro A., *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000.
- De Caro A., *Presupposti e criteri applicativi*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. II, *Prove e misure cautelari*, T.2., A.Scaffati (a cura di) *Le misure cautelari*, Torino, 2008.
- De Santis G., *Gli effetti del tempo nel reato. Uno studio tra casistica e dogmatica*, Milano, 2006.
- Della Bella A., *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014. Aggiornato al d.l. 20 marzo 2014, n. 36*, Torino, 2014.
- Della Torre J., *Per la Suprema Corte l’indisponibilità del “braccialetto elettronico” comporta l’applicazione degli arresti domiciliari “semplici”*: *una discutibile lettura dell’art. 275 bis c.p.p.*, in Proc. pen. e giust., 2016, n. 1, p. 80.
- Di Bitonto M.L., *Le Sezioni unite individuano il pericolo di fuga legittimante il ripristino della custodia in carcere ai sensi dell’art. 307 comma 2 lett. b c.p.p.*, in Cassazione penale, 2002, p. 107.

Di Chiara G., *Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2003, p. 246.

Di Gennaro G., *i diritti umani ieri ed oggi* in www.rassegnapenitenziaria.it, n.1, 2007, p. 23.

Di Stefano M. e Di Meo C., in www.archiviopenale.it. n. 2, 2013, 1.

Didi A.-Geraci R.M., *Introduzione*, in A.Diddi-R.M.Geraci (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015.

Dolcini E., *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontani da accettabili standard di umanità* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 marzo 2016, p. 1.

Dominioni O., Corso P., Spangher G., Gaito A., Caruti G., *Procedura Penale*, Torino, 2015.

Dragone S., Fortuna E., Giustozzi R., Fassone E., *Manuale pratico del processo penale*, Padova, 2007.

Epidendio T., *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 novembre 2013, p. 1.

Epidendio T.E., *Presunzioni e misure cautelari personali*, in S. Corbetta, A. Della Bella ,(a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": la riforma del 2009*, Milano, 2009.

Esposito C., *La Costituzione italiana: saggi*, Padova, 1954.

F.Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012.

Fanuele C., *Pericolo concreto di fuga e ripristino della custodia cautelare per i delitti ex. Art. 275 c.p.p.*, in *Cassazione Penale*, Vol. 42, Fascic. IV, 2002. P. 1450.

Faso I., *La libertà di domicilio*, Milano, 1968.

Ferraioli M., *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, Vol III, Padova, 2006.

Ferraioli M., voce *Misure Cautelari*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, 1996.

Ferrajoli L., *Diritto e ragione*, Bari, 2000.

Ferrajoli M., *Il riesame dei provvedimenti sulla libertà personale*, Milano, 1989.

Fiore S., *Maneggiare con cautela. Per un uso consapevole dei limiti normativi all'uso della custodia in carcere(ancora a proposito dell'art. 275 comma 2-bis c.p.p)* in www.penalecontemporaneo.it, 10 novembre 2014, p. 1.

Fiorentin F., *Con il nuovo svuota carceri 3 mila detenuti in meno e braccialetto elettronico esteso ai non domiciliari*, in *Guida dir.*, 2014, p. 18.

Gaito A., *Disorientamenti in tema di attualità del pericolo di reiterazione*, in www.archiviopenale.it , 2015, n. 2, p. 3.

Gargani A., *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. Pen. Proc.*,n. 5,2012, p. 637.

Gialuz M., *Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali*, in *Processo penale e giustizia*, 2013, p. 6.

Giostra G., *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte Costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 4903.

Giostra G., *Modifiche al codice di procedura penale: nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995.

Giostra G., *Per una migliore disciplina della custodia cautelare*, in *DPP*, 1995, p. 529.

Giuliani L., *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova, 2012.

Giuliani L., *Violenza sessuale di gruppo e discrezionalità del giudice de libertate: dalla Corte di cassazione una quinta declaratoria di incostituzionalità della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare*, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 922.

Grevi V., Conso G., Bargis M., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014.

Grevi V., *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, in *Giust. Pen.*, 1988, I, p. 489.

Grevi V., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976.

Grevi V., *Libertà personale dell'imputato*, in *ED*, XXIV, 1974, p. 315.

Grevi V., *Misure Cautelari*, Conso G., Grevi V., Bargis M., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014.

Grevi V., *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995, n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in ID. (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, Milano, 1996.

Grilli L., *La Procedura Penale*, Padova, 2009.

Guerini I., *Più braccialetti (ma non necessariamente) meno carcere: Le sezioni unite e la portata applicativa degli arresti domiciliari con la procedura di controllo del braccialetto elettronico*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 giugno 2016. par. 5., p. 1.

Iacoviello M., *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013.

Illuminati G., *Presupposti delle misure cautelari*, in V.Grevi, *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, Milano, 1996.

Illuminati G.-Conso G., *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2015.

Illuminati G., *Commento all'art. 3*, in AA. VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995.

Illuminati G., *Esigenze cautelari, proporzionalità, adeguatezza: quali traguardi?*, in AA.VV., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per un'effettiva tutela dei principi costituzionali*, Milano, 2014.

Illuminati G., *Introduzione alla riforma*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, XIVss.

Illuminati G., *Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 marzo 2015.

La Rocca E., *le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali*, in www.archiviopenale.it, 2015, vol II., p. 2.

Laronga A., *La riforma dell'art. 275, co. 2 bis, cp.p.: una nuova preclusione all'impiego della custodia cautelare in carcere*, in *Misure cautelari e libertà personale*, in *Questione Giustizia*, 6 ottobre 2014, p. 49.

Leo G., *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2015, par 6.

Lozzi G., *Lezioni di procedura penale*, IX ed., Torino, 2014.

Lupo E., *Resoconti stenografici delle indagini conoscitive*, 27 settembre 2012, p. 5.

- Luzzati C., *L'interprete ed il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999.
- Luzzati C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990.
- Luzzati C., *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino 2012.
- Macchia A., *Provvedimenti de libertate, no al cumulo. Ma il nodo è l'equilibrio del sistema*, in *Dir. e Giust.*, 2006, p. 36.
- Macchia A., *Spunti in materia di misure interdittive*, in *Cass. Pen.*, 1994, II, p. 3151.
- Magi R., *Norme processuali, garanzie dell'individuo e custodia cautelare obbligatoria*, in *Quest. Giust.*, 2009, p. 182.
- Mandrioli C., *Corso di diritto processuale civile*, Vol. I, Torino, 1985.
- Marandola A., *Associazione per narcotraffico e negazione della "ragionevolezza" della carcerazione obbligatoria fra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 2968.
- Marandola A., *Carcere, arresti domiciliari e braccialetto elettronico*, in *Giur. It.*, p. 1725.
- Marandola A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, p. 949.
- Marchetti M., *Commento all'art. 20*, in F.Della Casa-G.Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, V edizione, Milano, 2015.
- Mari A., *Prime osservazioni sulla riforma in materia di misure cautelari personali*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 2544.
- Marzaduri E., *Art. 275*, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M.Chiavario, III Agg., Utet, Torino, 1998.
- Marzaduri E., *Commento all'art. 16 l. 19 gennaio 2001, n.4*, in www.la legislazione penale.eu, 2001, p. 444.
- Marzaduri E., *Commento all'art. 4 l. n. 332 del 1995*, in www.la legislazione penale.eu 1995, p. 619.
- Marzaduri E., *In commento all'art. 16 d.l. 24 novembre 2000*, in *Leg. Pen.*, 2001, p. 450.

Marzaduri E., *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in Dig. Pen., VII, 1993, p. 73.

Marzaduri E., Voce: *Misure cautelari personali. Principi generali e disciplina*, in DigDPen, VIII, Torino, 1994.

Marzaduri E., *Note di sintesi del forum sulla disciplina delle misure cautelari personali*, in La legislazione penale, 2006, p. 393.

Marzaduri E., sub art. 274, in *Commento Chiavario*, agg. III, Torino, 1998.

Marzaduri E., *L'applicazione della custodia in carcere alla luce della nuova disciplina delle presunzioni in materia cautelare*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015, par. 6.

Mazza O., *Le persone pericolose, (in difesa della presunzione d'innocenza)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 20 aprile 2012, p. 1.

Minnella C., *La mancanza di scorte può creare discriminazioni*, in Guida dir., 2015, p. 78.

Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1960.

Mortati C., *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940.

Nappi A., *Guida al codice di procedura penale*, Torino, 2007.

Nappi A., *I presupposti per l'applicazione delle misure cautelari reali e personali*, in *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, (a cura di G.Canzio-D.Ferranti-A.Pascolini, Milano, 1989.

Nappi A., *Il regime delle misure cautelari personali a vent'anni dal codice di procedura penale*, in Cass. Pen., fasc. 11, 2009, p. 4100

Nappi A., *Tra retorica ed effetti collaterali*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015, p. 1.

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

Neppi Modona G., *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, Volume IV, Padova, 1990.

Nobili M., *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989.

P.Calamandrei, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, Napoli, 1965.

- Pace A., *Libertà personale*, in Enciclopedia Dir., Vol. XXIV, Milano, 1974.
- Pace A., *Problematica delle libertà costituzionali*, parte speciale, Padova, 1992.
- Papagno C., *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Milano, 2009.
- Patanè C., Strano M., Masoero M., *Diritto processuale penale*, Vicalvi, 2016.
- Paulesu P.P., *Reati di mafia e automatismi cautelari*, in Riv. Dir. Proc., 2012, p. 1493
- Pazienza V.-Fidelbo G., *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, Rel. n. III/03/2015, in www.cortedicassazione.it, par. 1.
- Peroni F., *Le altre misure coercitive ed interdittive*, in M.Chiaavario (coordinato da), *Libertà e cautele nel processo penale, Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, 1993.
- Peroni F., *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano, 1992.
- Pilla E., *I criteri di scelta*, in AA.VV., *Il Rinnovamento delle misure cautelari. Analisi della legge n. 47 del 16 aprile 2015*, (a cura di T.Bene), Torino, 2015.
- Pittiruti M., *Le modalità di controllo elettronico negli arresti domiciliari e nell'esecuzione della detenzione domiciliare*, in (a cura di) R. Del Coco-L. Marafioti-N.Pisani, *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*. Atti del convegno di Teramo, 6 marzo 2014, Torino, 2014.
- Potetti D., *Arresti domiciliari e mancanza dei mezzi elettronici per il controllo a distanza*, in Cass. Pen., 2015, p. 4151.
- Presutti A., *Le cautele nel processo penale come forma di anticipazione della pena*, in *Rivista di diritto processuale penale*, 2014, p. 47.
- Rafaraci T., *Omicidio volontario ed adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta*, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 3725.
- Randazzo E., *I diritti della difesa e i rimedi della legge "antiscarcerazioni"*, in M.Bargis, (a cura di) *Il decreto "antiscarcerazioni"*, Giappichelli, 2001, p. 72.
- Riccio G., *Introduzione allo studio del sistema sanzionatorio nel processo penale*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, II, Napoli, 2006.

Rigo F., *La nuova disciplina del divieto di concessione degli arresti domiciliari*, in *Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*, a cura di P.Gaeta, Padova, 2001.

Rinaldi M., *Misure cautelari e criterio di proporzionalità*, in www.altalex.com, 8 aprile 2010.

Ruggeri S., *Art. 2 d.l. 23 febbraio 2009 n. 11*, in *Legisl. Pen.*, 2009, p. 452.

Russillo G., *Provvedimenti cautelari nel processo*, Rimini, 2008.

Sarti M., *Carceri Italiane un detenuto su tre è ancora in attesa di sentenza definitiva*, in www.abuondiritto.it, 22 aprile 2016.

Scalfati A. e A.Bernasconi, *Manuale di diritto Processuale Penale*, Torino, 2015.

Scalfati A., in Diddi A., Geraci R., *Misure cautelari “ad personam” in un triennio di riforme*, Torino, 2015.

Scalfati A., *Legislazione “a pioggia” sulle cautele ad personam: l’effervescente frammentarietà di un triennio*, in *Proc. pen. e giust.*, 2014, p. 4.

Scalfati A., *Scaglie legislative sull’apparato cautelare*, in A.Diddi, R.Geraci, *Misure cautelari “ad personam” in un triennio di riforme*, Torino, 2015.

Schellino D., *Commento all’art. 275*, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M.Chiavario, I Agg., Utet, Torino, 1993.

Scomparin L., *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi*, in *Giurisp. Cost.* 2011, p. 3733.

Siracusano D.-Tranchina G.-Zappalà E.-Galati A., *Diritto Processuale Penale*, Milano, 2013.

Spagnolo P., *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015.

Spagnolo P., *Il tribunale delle libertà: tra normativa nazione e normativa internazionale*, Milano, 2008.

Spagnolo P., *Per un’effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, in *Leg. Pen.*, 2014, p. 337.

Spagnolo P., *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015.

- Spagnolo P., *Sub art. 276 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, IV, Milano, 2013.
- Spangher G., *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la N. 47 del 2015* in *Diritto Penale contemporaneo*, 6 luglio 2015, p. 1.
- Spangher G., *Sub art. 272*, in *Codice di procedura penale commentato*, Giarda A., Spangher G., Vol, I, 3° edizione, Milano, 2007.
- Spangher G., *Un restyling per le misure cautelari*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, p. 530.
- Todaro G., *Custodia cautelare e presunzioni*, in www.ojs.uniurb.it, Atti del Convegno, Rimini, 15 marzo 2014.
- Tonini P., *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, p. 265.
- Tonini P., *Manuale di procedura penale*, 16° edizione, Milano, 2015.
- Tramontano L., *Introduzione al Libro IV, Codice di procedura penale Studium* (a cura) di L.Tramontano, Piacenza, 2016.
- Turco E., *La Riforma delle misure cautelari*, in *Processo penale e giustizia*, n. 5, 2015, p. 112.
- Ubertis G., *Sistema di procedura penale*, Vol. I. *Principi generali*, Torino, 2013.
- Ubertis G., *Sistema di procedura penale*, Vol. I, *Principi generali*, Torino, 2004.
- V.Manes, *Lo "sciame" di precedenti della Corte Costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, vol. 4, p. 457.
- Valentini E., *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni unite*, in www.penalecontemporaneo.it , 27 aprile 2016, par. 4.
- Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, nuova edizione, 2012, Bologna.
- Valentini E., *Le premesse e i lavori preparatori*, in L. Giuliani, *La Riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015.
- Valentini E., *Prospettive de Iure condendo in materia cautelare personale*, in Studi Urbinati, A-Scienze giuridiche, politiche ed economiche, Vol.65, n.1, 2014, p. 172.

Valsecchi A., *La cassazione sulla nozione di "violenza terroristica", e sul rapporto fra il reato di associazione sovversiva (art. 270 c.p.) e il reato di associazione terroristica (art. 270 bis c.p.)*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 maggio 2012.

Viganò F., *Una norma da eliminare: l'art. 8 del d.l. 92/2014*, in www.penalecontemporaneo.com, 7 luglio 2014, (editoriale).

Viggiano F., *Cautele personali e merito*, Padova 2004.

Vispo D., *La cumulabilità delle misure coercitive ed interdittive nella fase genetica e nelle ipotesi di aggravamento delle esigenze cautelari*, in www.laegislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015, p. 1.

Von Spee F., *I processi contro le streghe*, (a cura di) A.Foa, Salerno, 2004.

Zacché F., *Il detenuto in attesa di giudizio: profili di una riforma incompiuta*, in Arch. Pen., 2014, p. 378.

Zacché F., *le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2015, p. 662.

Zacché F., *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in AA.VV., *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O.Mazza e F. Viganò, Torino, 2009. P. 285.

Zaina C., *Custodia cautelare: dichiarazioni del coimputato e gravi indizi di colpevolezza*, in www.altalex.com, 7 novembre 2006.

SITOGRAFIA

www.abuondiritto.it

www.altalex.com

www.archiviopenale.it

www.camera.it

www.cortedicassazione.it

www.giustizia.it

www.lalegislazionepenale.eu

www.osservatorioantigone.it

www.penalecontemporaneo.it

www.questionegiustizia.it

www.rassegnapenitenziaria.it

www.senato.it

www.vita.it