



Revista
Brasileira de
**Direito
Processual
Penal**

Volume 7 - Nº 03 - set./dez. 2021

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3>

Dossiê

“Liberdade pessoal do imputado e medidas cautelares restritivas à liberdade individual no processo penal”



IBRASPP


Editoriale del Dossier “Libertà personale dell’imputato e misure cautelari restrittive della libertà individuale nel processo penale” – La libertà personale dell’imputato tra principi e prassi in attesa di una riforma organica della giustizia penale italiana

Editorial of the dossier “Personal freedom and precautionary measures in criminal proceedings” – The personal freedom of the accused between principles and practices pending an organic reform of Italian criminal justice

Livia Giuliani¹

Università degli Studi di Pavia, Italia

livia.giuliani@unipv.it

 <https://orcid.org/0000-0002-7802-8527>

ABSTRACT: Il saggio offre una sintesi del decorso evolutivo della disciplina delle misure cautelari personali alla luce dei diritti sanciti nella Carta costituzionale italiana e nelle Carte sovranazionali, ponendo in luce come il perimetro normativo già da tempo segnato al riguardo – ed oggi inserito nel contesto di un sistema multilivello – non abbia impedito prassi applicative discusse e cicliche fluttuazioni legislative. Pregevole nel suo impianto originario, sebbene perfettibile, la disciplina delle misure cautelari personali resta una normativa di settore, delineando un sottosistema fortemente sensibile agli equilibri del processo penale che non può trovare autonoma pacificazione senza una contestuale revisione del sistema penale e processuale. La congiuntura politico-economica eccezionale determinata dall'emergenza sanitaria induce a sperare che la legge delega di riforma della giustizia in corso di approvazione lasci infine apparire l'araba fenice di una efficienza del processo penale

¹ Professore ordinario di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Pavia.

sconosciuta – a memoria di uomo vivente – al nostro ordinamento.

PAROLE CHIAVE: Libertà personale; misure cautelari personali; diritto di difesa dell'imputato; efficienza della giustizia.

ABSTRACT: *The paper summarizes the evolutionary course of the discipline of personal precautionary measures in the light of the rights enshrined in the Italian Constitutional Charter and in the supranational charters, noting how the regulatory perimeter already marked for some time in this regard - and today inserted in the context of a multilevel system - did not prevent discussed application practices and cyclical legislative fluctuations. Valuable in its original structure, although always perfectible, the discipline of personal precautionary measures remains a sectoral legislation, outlining a subsystem highly sensitive to the balance of the criminal process that cannot find autonomous pacification without a contextual revision of the penal and procedural system. The exceptional political-economic situation caused by the health emergency gives hope that the delegated law for the reform of justice that is currently being approved will finally let the phoenix appear of an efficiency of the criminal process unknown - in the memory of a living man - to our legal system.*

KEYWORDS: *Personal freedom; precautionary measures; right of defense of the accused; efficiency of justice.*

SOMMARIO: Introduzione; 1. La disciplina della libertà personale dell'imputato tra Carta costituzionale e principi fondamentali nelle carte sovranazionali dei diritti; 2. Giusto processo e procedimenti *de libertate*; 3. Quale contraddittorio?; 4. Le impugnazioni cautelari come baricentro del diritto di difesa; 5. Fluttuazioni politico-legislative e interventi di riforma settoriali; 6. La discrezionalità del giudice tra politiche della paura, sollecitazioni pedagogiche e supporti tecnologici *de futuro*; 7. Tempi del processo e dinamiche cautelari in attesa della "grande riforma"; Conclusioni; Bibliografia.

INTRODUZIONE

È un dato ben noto che nessuna tra le Carte fondamentali dei singoli ordinamenti e tra le Carte internazionali dei diritti umani trascura di considerare che la libertà personale dell'individuo, pur sancita come

diritto inviolabile, possa nondimeno essere limitata per scopi di giustizia². Si comprende pertanto come la restrizione della libertà dell'imputato nel corso del processo finisca per essere uno strumento indefettibilmente presente e largamente utilizzato all'interno di ciascun ordinamento: anche quella che prende le forme della misura custodiale, di regola considerata la misura maggiormente incidente sui diritti individuali. E tuttavia, è affermazione ricorrente, nella consapevolezza della "immoralità" del sacrificio dei diritti di un presunto innocente³, che le restrizioni della libertà personale per scopi cautelari dovrebbero essere rimedi estremi, limitati a non altrimenti affrontabili ragioni di tutela dell'accertamento, nel contesto di un rigoroso principio di proporzionalità⁴.

Alla luce di queste premesse, i principali ordinamenti democratici, ormai saldamente avvinti nei circuiti di garanzie sanciti dalle principali Carte internazionali dei diritti, nel corso dei decenni successivi alla fine della seconda guerra mondiale, hanno in larga parte adeguato le legislazioni interne e realizzato una tavola di regole volte ad attuare un nucleo significativo di garanzie, a presidio della libertà dell'imputato.

Ciò non ha impedito che, pur di fronte a legislazioni progredite e nettamente inclinate verso la tutela delle garanzie individuali – e da tempo sorvegliate dalle istituzioni degli ordinamenti sovranazionali – si siano ciclicamente riproposte con vigore censure rispetto ad usi eccessivi ed arbitrari della custodia cautelare in carcere, strumento supremo di afflizione della libertà dell'imputato, sovente aggravato dalle condizioni di sovraffollamento del sistema penitenziario.

² Sui rapporti tra presunzione di non colpevolezza e restrizione della libertà dell'imputato, v. GREVI, Vittorio. *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano: Giuffrè, 1976, p. 36 s.

³ Secondo la nota espressione di CARRARA, Francesco. *Immoralità del carcere preventivo*. In: *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Lucca, 1874, p. 299 s., [ora In: CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale, Del giudizio criminale* (a cura di NOBILI, Massimo). Bologna: Il Mulino, 2004, p. 401 s.].

⁴ Sui rapporti tra principio di proporzionalità e misure cautelari personali, v. TABASCO, Giuseppe. *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 27 s.; nonché più di recente le considerazioni di NEGRI, Daniele. *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2020, p. 3 s.

1. LA DISCIPLINA DELLA LIBERTÀ PERSONALE DELL'IMPUTATO TRA CARTA COSTITUZIONALE E PRINCIPI FONDAMENTALI NELLE CARTE SOVRANAZIONALI DEI DIRITTI

Così è accaduto nell'ordinamento italiano, dove le progressive (non sempre univoche) iniziative di riforma, intervenute nei decenni successivi alla approvazione della carta costituzionale, sono culminate, nell'ambito della codificazione repubblicana, in un assetto completamente rinnovato dei rapporti tra libertà dell'imputato e potere cautelare. Una disciplina organica racchiusa in un apposito libro del codice sembrava mostrare, fin dalla inedita collocazione sistematica, l'importanza di una tematica che – da sempre nevralgica in ogni disciplina processuale – diveniva centrale nell'ambito di un modello nel quale la tutela dei diritti dei singoli veniva indicata quale obiettivo primario.

Nel contesto originario del nostro ordinamento processuale, l'attuazione del principio di legalità sancito dall'art. 13 della Costituzione è stata realizzata alla luce degli standard minimi di garanzia imposti dalle Carte sovranazionali⁵, cui la nostra dottrina processuale aveva da tempo riservato sensibile attenzione⁶.

La determinazione dei “casi e modi” previsti dalla legge, già imposta dall'art. 13 comma 2 Cost., è stata condotta attraverso una regolamentazione degli strumenti restrittivi della libertà in prospettiva strettamente cautelare, idonea a colmare il “vuoto dei fini” che la nostra legislazione aveva costretto gli interpreti a registrare per lungo tempo. Fissati gli scopi delle cautele, vengono meno quelle regole di carattere presuntivo che caratterizzavano la previgente disciplina per lasciar posto ad una valutazione delle necessità del caso concreto, da soddisfare ledendo nella minor misura possibile i diritti dell'imputato: adeguatezza, gradualità e proporzionalità della misura da applicarsi sono i principi che esprimono tale esigenza. In questo

⁵ Per una prima lettura della nuova disciplina condotta alla luce dei principi sovranazionali, CHIAVARIO, Mario. voce *Libertà*, III) Libertà personale - Dir. proc. pen. In: *Enciclopedia giuridica*, Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, 1990, p. 1 s.

⁶ Per tutti, CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*, vol. II, 3^a ed. Milano: Giuffrè, 1984, p. 299 s.; GREVI, Vittorio. *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 24 s.

contesto – mostrando marcata sensibilità verso i diritti individuali – una peculiare attenzione è stata serbata a ragioni di tipo umanitario: le istanze del processo cedono rispetto all'interesse del minore e al diritto alla salute. Solo eccezionali esigenze cautelari giustificano la custodia rispetto al genitore di un minore di età non superiore ai (tre anni prima ed ora) sei anni o ad una persona in età avanzata o colpita da gravi patologie.

È al giudice che viene riservata ogni decisione volta a sacrificare la libertà, eccezion fatta per il vincolo provvisorissimo delle misure precautelari, ove l'intervento giurisdizionale viene assicurato dalla convalida successiva. Veicolato in un sistema di carattere accusatorio, il procedimento cautelare si articola in una struttura triadica: la richiesta dell'inquirente è rivolta ad un soggetto terzo e imparziale, garante del principio di legalità.

I diritti dell'imputato – sempre incastonati nella tradizionale fattispecie dell'atto a sorpresa – riflettono il catalogo dettato nell'art. 5 C.e.d.u. Fermo restando, infatti, che il provvedimento restrittivo della libertà personale viene emesso *inaudita altera parte*, il legislatore del 1988 ha assicurato il diritto di difesa nel procedimento cautelare tramite la previsione di una serie di garanzie miranti ad informare l'imputato dei motivi che fondano la misura e a consentire al medesimo di esporre le proprie ragioni davanti ad un giudice in un momento quasi immediatamente successivo all'esecuzione del provvedimento.

In particolare, con la consegna *brevi manu* all'imputato, contestualmente alla sua cattura (ovvero con la notificazione nei casi previsti dal comma 2 dell'art. 293 c.p.p.), dell'ordinanza cautelare (che ex art. 292 c.p.p. deve essere assistita a pena di nullità da una articolata motivazione), si è voluto garantire una immediata informazione al diretto interessato dei motivi della restrizione della sua libertà, in coerenza con l'art. 5 § 2 C.e.d.u., là dove si prescrive che la persona arrestata debba essere informata delle ragioni dell'arresto e di ogni accusa a suo carico «*promptly*» ovvero «*dans le plus court délai*»⁷. Inoltre, con il c.d. interrogatorio di garanzia ex art. 294 c.p.p. si è istituito un momento di controllo giurisdizionale indefettibile

⁷ Al riguardo cfr. PISANI, Mario. Commento all'art. 5 C.e.d.u. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (a cura di). *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001, p. 131.

e pressoché immediato sul provvedimento restrittivo⁸ (restando salvi i successivi controlli in sede di impugnazione, nonché il potere di revoca sollecitabile dalle parti in ogni tempo, oltretutto esercitabile d'ufficio nelle ipotesi espressamente previste), in aderenza, tra l'altro, con le prescrizioni derivanti dall'art. 5 § 3 C.e.d.u., là dove questa disposizione impone che ogni persona arrestata o detenuta debba essere tradotta «*promptly*» ovvero «*aussitôt*» dinanzi ad un giudice o ad un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie.

Ed ancora, il diritto al ricorso previsto sulla scorta dell'art. 5 § 4 C.e.d.u., si sgrana nel codice di procedura penale del 1988 in una molteplicità di strumenti di impugnazione che consentono all'imputato (ma pure al pubblico ministero che non sia soddisfatto del provvedimento del giudice), di contestare legittimità e merito dello stesso provvedimento. Per l'imputato, il diritto di difesa si esplicita altresì nella possibilità di richiedere al giudice procedente la revoca o la sostituzione della misura tutte le volte in cui ritenga che, anche per fatti nuovi, la misura sia inadeguata.

Quale estremo lembo del diritto di difesa, successivo alla lesione del diritto che l'ordinamento non abbia saputo evitare, a colui che – condannato o prosciolto – abbia subito una detenzione cautelare “ingiusta”, sulla scorta della previsione di cui all'art. 5 § 5 C.e.d.u., il legislatore ha riconosciuto infine una somma pecuniaria a titolo di riparazione⁹.

2. GIUSTO PROCESSO E PROCEDIMENTI *DE LIBERTATE*

L'assetto così conquistato, riflettente la scaletta di presidi dettata in chiave minima dalle carte dei diritti rappresentava ben più di un catalogo di “buone intenzioni”, delineando – per opinione diffusa – un sistema di straordinaria raffinatezza e di cospicui punti fermi¹⁰. Nondimeno

⁸ Una tempestività che il legislatore ha voluto sanzionare con la perdita di efficacia della misura nel caso di mancato svolgimento dell'interrogatorio nei tempi previsti, ex art. 302 c.p.p.: sul punto si rinvia a GIULIANI, Livia, voce Interrogatorio di garanzia. In: *Enciclopedia del diritto, Annali*, III, Milano: Giuffrè, 2010, p. 780 s.

⁹ Sul punto, v. COPPETTA, Maria Grazia. *La riparazione per ingiusta detenzione*. Padova: Cedam, 1993, p. 127 s.

¹⁰ In argomento, sulle opzioni legislative del legislatore del 1988, v. GIULIANI, Livia. *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*. Padova:

pur pregevole per la sua «ammirevole architettura» e per «lo spessore concettuale dei principi recepiti»¹¹, la normativa italiana segnava un equilibrio precario, rivelandosi ben presto manifestamente carente sotto il profilo della parità delle armi e necessitando di una sostanziale implementazione del diritto di difesa. Punto debole – nella nuova concezione della fase preliminare – proprio quel giudice che nel corso delle indagini avrebbe dovuto garantire, tra l’altro, i diritti di libertà, intorno al quale pubblico ministero e persona sottoposta alle indagini agivano essendo dotati di strumenti fortemente sperequati.

Ciò fu ben presto evidente, complice un turbolento periodo di conflitto tra politica e magistratura, sfociato in un intervento legislativo di riforma a largo raggio del sistema cautelare. Alla legge 8 agosto 1995, n. 332 – intervenuta nel *clou* delle polemiche sviluppatasi intorno ad una cronaca giudiziaria costellata da suicidi di detenuti più o meno eccellenti – si devono una serie copiosa di interpolazioni della disciplina codicistica: prevalentemente incentrate sul libro concernente le misure cautelari, esse si inarcavano dalle condizioni di applicabilità, alle cadenze del procedimento applicativo della misura cautelare, fino alla revisione dei meccanismi di impugnazione.

D’altro canto, intorno all’assetto primigenio cristallizzato in un codice di ispirazione accusatoria sarebbero sopravvenute rilevanti mutazioni di contesto. Non più relegate a principi ispiratori del sistema, le garanzie del giusto processo europeo sarebbero state dapprima riscritte – con impostazione parzialmente originale – nel nostro quadro costituzionale, per poi acquisire ben diversa consistenza nell’ambito del sistema delle fonti interno al nostro ordinamento, grazie alla giurisprudenza costituzionale dei primi anni del terzo millennio. Le prospettive del giusto processo *italian style* hanno così cominciato a convivere, arricchendosi, con i principi della “grande Europa”, incessantemente interpretati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo; mentre di lì a poco epocali cambiamenti nella

Cedam, 2012, p. 3 s.

¹¹ Così ancora di recente, sul punto, AMODIO, Ennio. Inviolabilità della libertà personale e coercizione minima. In: Aa.Vv., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale, Trento, 11-13 ottobre 2013. Giuffrè: Milano, 2014, p. 20.

“piccola Europa” avrebbero attratto il legislatore italiano nell’orbita di una legiferazione coatta sotto l’egida della armonizzazione delle legislazioni legate dal vincolo unitario.

L’esplicitazione a livello costituzionale nell’ordinamento italiano dei principi del giusto processo attraverso la l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 ha richiamato l’attenzione sui nessi tra il coagulo di garanzie di importazione europea e le restrizioni della libertà, rinnovando la domanda di quanti – ancora ragionando sull’*an* della restrizione – evidenziavano come la stessa caratterizzazione accusatoria del processo italiano dovesse condurre a ritenere la custodia cautelare non solo come non necessaria ma anche come «dannosa all’accertamento della verità per il tramite del contraddittorio»¹².

Ma soprattutto la riscrittura *per tabulas* di principi, pur già espressione della tutela giurisdizionale sancita nell’art. 24 comma 2 Cost., aveva fornito un ulteriore impulso ad un *iter* di progressivo affinamento delle garanzie, che già era stato incentivato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e poi sarebbe stato successivamente spinto dalla legislazione eurounitaria.

Alla Corte europea si deve il riconoscimento – dopo antiche incertezze¹³ – della pertinenza alla sfera cautelare delle garanzie dettate per l’accusato dall’art. 6 C.e.d.u.¹⁴: un approccio *soft* ordito sulla consapevolezza di un necessario bilanciamento tra esigenze di celerità¹⁵ e garanzie di *fair*

¹² In tal senso, FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione, Teoria del garantismo* penale. Bari: Laterza, 1989, p. 569 s., il quale, nel riallacciare la tematica della libertà dell’imputato ai caratteri di un processo accusatorio afferma: «l’imputato deve comparire *libero* davanti ai suoi giudici, non solo perché ne sia assicurata la dignità di cittadino presunto innocente, ma anche – e direi soprattutto – per necessità processuali: perché egli sia su un piede di parità con l’accusa, perché dopo l’interrogatorio e prima dell’udienza definitiva possa organizzare efficacemente le sue difese; perché l’accusa non sia in condizione di barare al gioco, costruendo accuse ed inquinando prove alle sue spalle».

¹³ Corte eur., sentenza 27 giugno 1968, Neumeister c. Austria, § 24 (la si può leggere nella traduzione italiana in DE SALVIA, Mario; ZAGREBELSKY, Vladimiro. *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, I, Milano: Giuffrè, 2006, p. 116).

¹⁴ Sottolineano il rapporto tra gli artt. 5 e 6 C.e.d.u., Corte eur., 30 marzo 1989, Lamy c. Belgio, § 29; Corte eur., sentenza 31 gennaio 2002, Lanz c. Austria, § 41.

¹⁵ Corte eur., sentenza 21 febbraio 1990, Ven der Leer c. Olanda, § 35, in *Riv. int. dir. uomo*, 1990, p. 348, sottolinea come l’art. 5 § 4 consacra il diritto ad una decisione che ponga fine alla detenzione se illegittima in breve tempo;

*trial*¹⁶. Secondo tale approccio, tempi e modi del diritto di difesa, variamente modulabili, devono essere improntati al principio di parità delle parti¹⁷: ne sono immediati corollari l'attribuzione delle precondizioni per l'effettività della difesa (quali la piena cognizione del compendio probatorio, non scevra da eventuali deroghe a tutela del segreto investigativo¹⁸, e adeguati tempi per la difesa) e il diritto di interloquire dinanzi al giudice, quando la medesima possibilità sia riconosciuta al pubblico ministero, previa conoscenza delle conclusioni avanzate da quest'ultimo¹⁹.

Sulle coordinate così tracciate fin dai primi anni '90 dello scorso secolo e alla luce del *basket of rights* come importato, alla fine del medesimo decennio, nell'art. 111 comma 3 Cost., possono incastonarsi molti dei provvedimenti riformatori della disciplina codicistica.

Tra i primi e i più significativi, quelli volti a garantire – dando risposta alla esigenza di rivedere i rapporti di forza instaurati al riguardo – le precondizioni per il diritto di difesa. È alla già citata legge n. 332 del 1995 che si deve – nel contesto di una molteplicità di interventi non tutti

ma Corte eur., sentenza 21 ottobre 1986, Sanchez Reisse c. Svizzera, § 55, precisa che la nozione di breve termine – così come la nozione di termine ragionevole di cui agli artt. 5 § 3 e 6 § 1 – non può essere definita in astratto ma sia da valutarsi alla luce delle circostanze di ciascun caso.

¹⁶ Corte eur., sentenza 13 febbraio 2001, Schops c. Germania, § 44; sentenza 31 gennaio 2002, Lanz c. Austria, § 41.

¹⁷ Corte eur., sentenza 13 luglio 1995, Kampanis c. Grecia, § 47.

¹⁸ Così, in relazione a reati di terrorismo, Corte eur., sentenza 15 novembre 1996, Chahal, c. Gran Bretagna § 131, la Corte ha riconosciuto che l'uso di informazioni riservate può rivelarsi indispensabile quando è in gioco la sicurezza nazionale; occorrendo, in questi casi, conciliare, da un lato, la preoccupazione legittima della sicurezza in ordine alla natura e alle fonti di informazione e, dall'altro, la necessità di concedere quanto basta a colui che è sottoposto alla giustizia il beneficio delle norme processuali.

¹⁹ Corte eur., sentenza 19 ottobre 2000, Wloch c. Polonia, § 129-131; sentenza 31 luglio 2003, Hristov c. Bulgaria, § 63. Sul punto cfr. UBERTIS, Giulio. *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra Cedu e Trattato di Lisbona*. Cassazione penale, Milano, 2010, p. 2508 anche per talune notazioni sul contrasto con i principi europei dell'art. 299 comma 3 bis c.p.p., là dove «senza prevedere informazioni alla controparte», riconosce «al pubblico ministero la possibilità di interloquire, rispettivamente sulla revoca o sostituzione di misure cautelari».

significativi²⁰ – il diritto del difensore di prendere cognizione, in un momento immediatamente successivo alla esecuzione del provvedimento, non solo – come in precedenza – dell’ordinanza applicativa emessa dal giudice ma anche della richiesta del pubblico ministero nonché del compendio probatorio a supporto della stessa. Veniva così imposta una anticipazione della *discovery* degli atti di indagine – limitatamente a quelli selezionati dal pubblico ministero in funzione della decisione *de libertate* – prima rinviata alla fase della impugnazione, con il proposito e l’effetto di rendere funzionale la conoscenza così acquisita ad una immediata realizzazione del contraddittorio sulla cautela. Ci sarebbe peraltro voluto un decennio perché la giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione desse corpo alla garanzia affermando il carattere necessariamente prodromico della conoscenza degli atti rispetto all’interrogatorio di garanzia: ne risultò ribadito che «l’omesso deposito dell’ordinanza applicativa di una misura cautelare, della richiesta del pubblico ministero e degli atti allegati, compromette ingiustificatamente il debito esplicarsi del diritto di difesa e pertanto determina la nullità dell’interrogatorio dell’indagato o dell’imputato ai sensi degli artt. 178 comma 1 lett. c, 180 e 182 c.p.p.»²¹, con la conseguente perdita di efficacia della misura.

Un contestuale intervento, volto ad assicurare un maggiore equilibrio tra le parti di fronte ad un giudice privo di poteri istruttori, si tradusse in un onere di allegazione del pubblico ministero (tenuto a farsi carico della necessità di informare il giudice chiamato ad applicare la misura degli elementi a favore dell’imputato) e in un’embrionale regolamentazione delle investigazioni del difensore che, solo dopo ancora un lustro, avrebbe trovato più articolata definizione nell’ambito della normativa codicistica, a seguito della l. 7 dicembre 2000, n. 397.

²⁰ Cfr. per tutti GREVI, Vittorio. Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995, n. 332 tra istanze garantistiche ed efficienza del processo. In: GREVI, Vittorio (a cura di). *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano: Giuffrè, p 3 s.

²¹ Cass., sez. un., 28 giugno 2005, Vitale. *Cassazione penale*, Milano, p. 3260 s., 2005, con nota di GIULIANI, Livia. *Nullità dell’interrogatorio “di garanzia” per omesso deposito degli atti ex art. 293 comma 3 c.p.p.: le Sezioni unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare. Cassazione penale*, Milano, 2005, p. 3265 s.

Sarebbero passati ancora circa due decenni, inoltre, perché il legislatore operasse per il recupero di un altro caposaldo del diritto di difesa, finendo per ridurre drasticamente la disciplina delle deroghe al diritto ad un immediato colloquio del detenuto con il proprio difensore, di cui all'art. 104 c.p.p. Subito segnalato come indefettibile conseguenza delle garanzie del riformato art. 111 comma 3 Cost.²², l'intervento per la riaffermazione del diritto alla difesa tecnica avrebbe atteso ancora quasi un ventennio. Solo con la l. 23 giugno 2017, n. 103 il legislatore avrebbe inciso sulle disposizioni derogatorie di cui all'art. 104 c.p.p., riconducendo una normativa da tempo discussa e discutibile²³ ad un ambito applicativo più ortodosso, sulla scorta di indicazioni da tempo individuate dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ad una stagione non troppo lontana risalgono pure ulteriori messe a punto del diritto di difesa; il legislatore – questa volta su input europolitani – ha garantito il diritto alla informazione sui diritti e il diritto all'interprete. Più esattamente, in attuazione della direttiva 2012/13/UE, il d. legisl. 1° luglio 2014, n. 101 ha, tra l'altro, modificato il testo dell'art. 293 stabilendo che l'autorità incaricata dell'esecuzione debba consegnare all'imputato una comunicazione scritta, redatta in forma chiara e precisa e, per la persona che non conosce la lingua italiana, tradotta in una lingua a lei comprensibile, con cui lo informa di una variegata serie di *chances* a lui riservate dalla normativa processuale. Ancora in attuazione di una direttiva europea, i diritti linguistici, già in qualche misura garantiti dalla

²² A proposito del diritto, riconosciuto all'imputato dall'art. 111 comma 3 Cost., di disporre «del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa» si era subito posto in luce come il disposto dell'art. 111 comma 3 paresse «costituzionalizzare il diritto della persona accusata *in vinculis* ad avere un immediato contatto con il proprio difensore, così come stabilito nell'art. 104 c.p.p.»: v. MARZADURI, Enrico. Commento alla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2. *Legislazione penale*, Torino, 2000, p. 782.

²³ Rilievi critici avevano investito la disciplina in esame anche a seguito di una prima rivisitazione normativa, risalente alla l. 332 del 1995 apparsa tutt'altro che risolutiva poiché nel diminuire i tempi della dilazione non si era escluso «né la possibilità che l'indagato possa essere sottoposto a interrogatorio da parte del giudice o del pubblico ministero prima di aver potuto conferire con il suo difensore né l'astratto pericolo di differimenti disposti ricorrendo a clausole di stile»: cfr. D'AMBROSIO, Loris. La riforma dell'8 agosto 1995. *Diritto penale e processo*, Milano, 1995, p. 1163.

disciplina codicistica e dalla giurisprudenza, sono stati pure ridefiniti, dopo il formale riconoscimento del diritto all'interprete tra i principi costituzionali²⁴. Nel riformulare il testo dell'art. 143 c.p.p., accanto ad un ampio riconoscimento all'imputato che non conosce la lingua italiana del diritto a farsi assistere da un interprete, il d. legisl. 4 marzo 2014, n. 32, con il quale è stata data attuazione alla direttiva 2010/64/UE, ha regolato il diritto alla traduzione di un nucleo di atti tra i quali i «provvedimenti che dispongono misure cautelari personali».

È ancora *in itinere*, invece, il decreto legislativo con il quale viene tardivamente data attuazione alla direttiva in tema di presunzione di innocenza, che disciplina con alcuni ritocchi codicistici, tra l'altro il diritto dell'imputato destinatario di un provvedimento diverso «da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato» a non apparire colpevole: attraverso un nuovo art. 115 *bis* comma 2 c.p.p., si vorrebbe stabilire al riguardo che nei provvedimenti che «presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza» – tra i quali è facile individuare il riferimento ai provvedimenti *de libertate* – l'autorità giudiziaria debba limitare «i riferimenti alla colpevolezza della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato alle sole indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti, i requisiti e le altre condizioni richieste dalla legge per l'adozione del provvedimento»²⁵.

²⁴ Attraverso il d. legisl. 4 marzo 2014, n. 32, è stata data attuazione alla direttiva 2010/64/UE, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali (per tutti, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BARGIS, Marta. L'assistenza linguistica per l'imputato. in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Torino: Giappichelli, 2013, p. 91 s.). Tale direttiva obbliga gli Stati membri ad adottare misure idonee a tutelare il diritto dell'imputato all'oglotto, individuando, tra l'altro, un nucleo di atti fondamentali – tra i quali i provvedimenti che privano una persona della libertà – rispetto ai quali tale diritto deve necessariamente concretarsi in un livello di assistenza adeguata e gratuita, dovendosi estendere non solo agli atti provenienti dalla a.g. ma anche alle comunicazioni tra l'imputato e il suo difensore (profilo di garanzia quest'ultimo recepito dalla legge di attuazione, nel nuovo co. 4 *bis* dell'art. 104 c.p.p., che riconosce all'imputato in stato di custodia cautelare, all'arrestato e al fermato, che non conoscono la lingua italiana, il diritto all'assistenza gratuita di un interprete per conferire con il difensore).

²⁵ Cfr. lo Schema di decreto legislativo recante disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza

3. QUALE CONTRADDITTORIO?

Tra i temi ineludibili posti all'attenzione di studiosi e operatori dalla implementazione delle garanzie del giusto processo, di matrice europea prima e nostrana poi, si stagliava netto quello delle forme di confronto tra accusato detenuto e autorità inquirente. Il nuovo testo del comma 2 dell'art. 111 Cost., nel delineare le coordinate essenziali del processo giusto, aveva iscritto *per tabulas* la garanzia di un contraddittorio "argomentativo", apparentemente senza temperamenti: il tenore normativo - «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti...» - sembrava evocare un confronto dialettico indefettibile rispetto ad ogni provvedimento da adottarsi.

Di fronte al nuovo testo potevano, dunque, ancora dirsi legittimi quei procedimenti strutturati nel senso di metter capo ad una decisione senza un previo ascolto delle parti? Poteva dirsi ancora compatibile con il testo costituzionale un contraddittorio asincrono, postulante un intervento postumo della risposta difensiva? La risposta positiva fornita, in linea generale, dalla dottrina e dalla giurisprudenza²⁶, non ha impedito di ragionare su quale forma di confronto potesse garantire al destinatario della misura strumenti di difesa più soddisfacenti rispetto al modello tradizionale di procedimento cautelare. Ne risultò rinfocolato, in particolare, un discorso già da tempo intavolato tra gli addetti ai lavori circa la appetibilità di un sistema fondato sul contraddittorio "anticipato", sulla falsariga del *débat contradictoire* nell'ordinamento francese.

Nondimeno, la vivace attenzione dottrinale per il tema non si è tradotta in innovazioni normative: forse perché – questa sembra convinzione se non diffusa, acclarata dalla stasi legislativa in materia – una attenta analisi ne aveva posto in luce i punti deboli: la necessità di una precautela che non avrebbe risparmiato il contatto con il sistema detentivo all'imputato, i tempi ristrettissimi in cui sarebbe stata compressa la difesa, la delicatezza dei rapporti che si sarebbero instaurati – non potendosi ignorare,

e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, *Atti parlamentari, Camera dei deputati*, (n. 285), il cui *iter* dovrebbe concludersi entro l'8 novembre 2021, termine di scadenza per l'esercizio della delega.

²⁶ Cfr. MARZADURI, Enrico. Commento alla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2. *Legislazione penale*, Torino, 2000, p. 767 s.

sul piano della concreta attuabilità, la ristrettezza delle risorse – tra un nuovo procedimento applicativo garantito e il diritto all’impugnazione²⁷.

D’altro canto, anche in sede europea la configurazione del diritto di difesa non imponeva – né impone – soluzioni a rime obbligate: al contrario la Corte europea sembra forgiare un modello dotato di garanzie indefettibili ma ad articolazione flessibile. Il profilo che risalta dalla lettura combinata delle disposizioni della C.e.d.u. e delle decisioni che sulle stesse disposizioni si impernano è quello di una tutela assicurata attraverso procedure di “controllo” *ex post* sulla detenzione, essendo evocato chiaramente uno scenario che colloca quella udienza (ritenuta garanzia minimale ed indefettibile) in un momento successivo alla privazione della libertà²⁸. Da questo punto di vista, la tutela ruotante intorno al diritto al ricorso riconosciuto nel § 4 dell’art. 5 C.e.d.u., se non sembra pretendere garanzie anticipate rispetto all’adozione del provvedimento, non sembra neanche imporre che sia accordato all’imputato un diritto di doglianza qualora l’intervento di un giudice risulti garantito nel momento applicativo della misura²⁹; né qualora il soggetto sia stato tradotto davanti ad una autorità giurisdizionale ai sensi del § 3 ed il relativo controllo sia

²⁷ Anche per una sintesi del dibattito dottrinale italiano e dei progetti di riforma, in tema di contraddittorio anticipato, si rinvia a GIULIANI, Livia. *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*. Padova, Cedam, 2012, p. 215 s.

²⁸ In sostanza, pur in un contesto di garanzie nettamente orientato ad assicurare l’effettività della tutela difensiva, nelle decisioni della giurisprudenza di Strasburgo non si riesce ad intravedere nessuno spunto che faccia ritenere la garanzia del contraddittorio preventivo rispetto alla decisione come una necessaria componente del bagaglio di garanzie indefettibili, assicurate dalla tutela sovranazionale. E un analogo silenzio, per verità, sembra serbato dalle altre istituzioni del Consiglio d’Europa: v. più ampiamente in GIULIANI, Livia. *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*. Padova: Cedam, 2012, p. 194 s.

²⁹ Sul punto v. PISANI, Mario. Commento all’art. 5 C.e.d.u. In: BARTOLE Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (*a cura di*). *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001, p. 141, nonché MAZZA, Oliviero. La libertà personale nella Costituzione europea. In: COPPETTA, Maria Grazia (*a cura di*). *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Torino: Giappichelli, 2005, p. 68; UBERTIS, Giulio. Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo, 2 ed., Milano: Cortina, 2009, p. 119 s.; nonché da ultimo, MAGGIO, Paola. *Judicial reviews against deprivation of liberty*, in RUGGERI, Stefano. *Liberty and Security in Europe: A comparative analysis of pre-trial precautionary measures*, Vandenhoeck and Ruprecht, 2012, p. 33 s.

sfociato in una decisione di conferma o applicazione della limitazione della libertà³⁰ (salvi gli ulteriori controlli periodici sulla protrazione della misura, imposti dall'art. 5 § 3 C.e.d.u.).

Ciò che viene più volte ribadito è il principio secondo il quale – comunque modulato il procedimento di controllo – talune garanzie non debbano difettare, essendo necessario che esse siano parimenti riconosciute nei gradi di impugnazione eventualmente previsti dall'ordinamento. A tal riguardo, muovendo dalla premessa che i principi dell'art. 6 C.e.d.u. devono trovare applicazione pure nelle fasi anteriori al dibattimento – la Corte ha più volte affermato che gli ordinamenti nazionali possono rispettare quei principi in diversi modi, purché il metodo adottato garantisca che la parte avversa sia a conoscenza del deposito di memorie e abbia una effettiva possibilità di replicare³¹. Emerge di rado, poi, cosa debba intendersi per “effettiva possibilità di replicare” e che tipo di garanzie debbano essere reputate indefettibili sotto il profilo del diritto alla prova. In una occasione, tuttavia, la Corte sembra spingersi fino a riconoscere il diritto ad una istruzione probatoria orale, con escussione dei testimoni nella udienza: in una circostanza «nella quale può essere in gioco un lungo periodo di reclusione e dove elementi inerenti alla personalità ed al grado di maturità del detenuto sono importanti per decidere sulla sua pericolosità, l'art. 5 § 4 richiede un'udienza contraddittoria nell'ambito di un procedimento che comporta la rappresentanza di un difensore e la possibilità di citare e interrogare testimoni»³².

Quanto alle garanzie di contesto che devono connotare quella possibilità di confronto assunta come nucleo indefettibile, più in generale, facendo leva sulla nozione di “tribunale” di cui all'art. 5 § 4, la Corte ha in più

³⁰ Sui rapporti tra le due garanzie v. Corte eur., sentenza 22 maggio 1984, De Jong, Baljet, Van den Brink c. Paesi Bassi, § 57. Quanto meno, «la lettura coordinata dei n. 3 e 4 dell'art. 5 Ce.d.u., quale è data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, non sembra pretendere che il “tribunale” cui il detenuto ha diritto di rivolgersi per far verificare la legalità della sua detenzione sia un soggetto diverso dal “giudice” di quella prima presa di contatto»: così CHIAVARIO, Mario. *La parte dei privati: alla radice (e al di là) di un sistema di garanzie*. In DELMAS-MARTY, Mireille. *Procedure penali d'Europa*, Padova: Cedam, 2ª ed. it., 2001, p. 551.

³¹ Cfr. in particolare Corte eur., sentenza 1º giugno 2006, Fodale c. Italia, § 41 (sintetizzata in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1043 s.).

³² Corte eur., sentenza 21 febbraio 1996, Hussain c. Regno Unito, § 58.

occasioni affermato che il giudice investito del controllo sulla restrizione della libertà personale debba godere di talune fondamentali caratteristiche (al primo posto delle quali si pone l'indipendenza dall'esecutivo e dalle parti)³³, e che, inoltre, i relativi procedimenti debbano essere caratterizzati dalle garanzie di un procedimento giudiziario³⁴. Circa l'individuazione di tali garanzie, la Corte sottolinea come esse non debbano coincidere *in toto* con quelle che l'art. 6 § 1 prescrive per le controversie civili e penali³⁵. Ciò che deve essere senz'altro garantito è la possibilità dell'imputato di aver accesso ad un tribunale e di essere ascoltato personalmente³⁶ o, se necessario, mediante una certa forma di rappresentanza³⁷ e su basi di parità con l'organo di accusa.

In sintesi, la difesa dell'imputato deve essere assicurata tramite la convocazione di una udienza nel corso della quale si svolga il contraddittorio tra le parti³⁸, non necessariamente pubblica³⁹, svolgentesi davanti ad un giudice imparziale, indipendente e costituito per legge, cui l'imputato abbia diritto di partecipare⁴⁰, essendo assistito e rappresentato da un avvocato quando le peculiarità del caso richiedano l'intervento della difesa tecnica⁴¹. Sotto il profilo temporale, particolare attenzione

³³ Così, Corte eur., sentenza 18 giugno 1971, De Wilde, Ooms, e Versyp c. Belgio, § 76. Si deve trattare più precisamente di un giudice imparziale, indipendente (Corte eur., sentenza 5 novembre 1981, X c. Regno Unito, § 53), ma anche «costituito per legge»: cfr. Corte eur., sentenza 28 novembre 2002, Lavents c. Lituania, § 81.

³⁴ Corte eur., sentenza 26 maggio 1993, Brannigan e Mc Bride c. Regno unito, § 58, in *Riv. int. dir. uomo*, 1993, p. 492.

³⁵ Corte eur., sentenza 26 maggio 1993, Brannigan e Mc Bride c. Regno unito, § 58, cit.; al contrario si ritiene che, fatta salva la garanzia della celerità, le garanzie procedurali del procedimento di controllo sullo *status libertatis* siano più flessibili, di quelle desumibili dall'art. 6 Cedu: cfr. in tal senso Corte eur. 25 ottobre 2007, Lebedev c. Russia, § 84.

³⁶ Corte eur., sentenza 2 marzo 1987, Weeks c. Regno unito, § 66.

³⁷ Corte eur., sentenza 24 ottobre 1979, Winterwerp c. Paesi Bassi, § 60.

³⁸ Corte eur., sentenza 28 ottobre 1998, Assenov e altri c. Bulgaria, § 162; Grande camera, sentenza 25 marzo 1999, Nikolova c. Bulgaria, § 58.

³⁹ Corte eur., sentenza 15 novembre 2005, Reinprecht c. Austria, § 38-41.

⁴⁰ Corte eur., sentenza 3 aprile 2003, Klamecki c. Polonia, § 129 s.

⁴¹ Corte eur., sentenza 29 febbraio 1998, Bouamar c. Belgio, § 60.

è prestata al tema del breve spazio temporale⁴²: il controllo sul profilo detentivo deve corrispondere ai requisiti di celerità richiesti dall'art. 5, § 4 ma la celerità della procedura va valutata con approccio flessibile ed un apprezzamento globale.

4. LE IMPUGNAZIONI CAUTELARI COME BARICENTRO DEL DIRITTO DI DIFESA

Non eversivo, dunque, né dei principi ormai scolpiti al livello supremo delle fonti né delle linee tracciate dalla Corte europea, il nostro ordinamento ha continuato ad individuare nei meccanismi di impugnazione – dopo l'immediata garanzia dell'interrogatorio del giudice *ex art. 294 c.p.p.* – il baricentro del diritto di difesa. A seconda del tipo di misura applicata, il riesame o l'appello costituiscono la sede di un contraddittorio postumo dai tratti garantistici più o meno stringenti⁴³; il ricorso per cassazione – oltre che rimedio successivo – può essere il mezzo alternativo al riesame per contestare la legittimità di un provvedimento applicativo di una misura coercitiva.

Su questo strumentario articolato ma non sempre impeccabile di *chances* difensive si sono incentrate le principali azioni di riforma mosse dall'aspirazione ad un irrobustimento delle garanzie di tutela della libertà: a cominciare dalla celerità della procedura. Protagonista assoluto del campo e oggetto delle attenzioni legislative è sempre stato in particolare il riesame, strumento concepito come funzionale ad un controllo immediato sul provvedimento che dispone una misura coercitiva, mentre fin troppo in ombra sono rimasti i diritti dell'appellante, sulla scorta di una non del tutto centrata gerarchia della afflittività tra misure coercitive e interdittive.

Sulla premessa della più grave lesione dei diritti provocata dalle misure coercitive, il legislatore – intervenendo a più riprese, anche in opposizione ad una giurisprudenza riottosa – ha cadenzato il procedimento di riesame secondo scansioni rigorose con l'obiettivo di assicurare effettività alla garanzia di immediatezza della verifica sulla restrizione della libertà.

⁴² Corte eur., sentenza 4 décembre 2018, *Ilmseher c. Allemagne*, §§ 251-256.

⁴³ Per tutti SPAGNOLO, Paola. Il tribunale della libertà. Milano: Giuffrè, 2010, p. 57 s.

L'iter appena segnalato ha preso le mosse dalla già menzionata legge n. 332 del 1995⁴⁴, per trovare ulteriore definizione nel più recente intervento di segno garantistico operato dalla legge 16 aprile 2015, n. 47⁴⁵. Il procedimento di riesame si snoda ora in attività da svolgersi in termini brevi e di carattere perentorio: alla presentazione della domanda (pur essa cadenzata a pena di inammissibilità della impugnazione), seguono segmenti temporali rigidamente regolati: la trasmissione degli atti al tribunale chiamato a decidere, la decisione, il deposito della motivazione e, i tempi per l'eventuale giudizio di rinvio, sono ormai stabiliti a pena di perdita di efficacia della misura. A suggello della tutela garantita dalla rigida predeterminazione temporale del procedimento, il legislatore ha infine irrigidito le condizioni per la rinnovazione del provvedimento, quando la misura abbia perso efficacia a causa della mancata osservanza dei termini stabiliti per il procedimento.

Inoltre, così come era accaduto rispetto al termine per la impugnazione, dove la possibilità di un rinvio del colloquio tra difensore e assistito detenuto aveva suggerito la necessità di introdurre una regola come quella trasfusa nell'art. 309 comma 3 *bis* c.p.p., il legislatore ha mostrato di tener conto che l'interesse alla prontezza del giudizio di controllo confligge con l'interesse alla difesa, lasciando allo stesso imputato (e al suo difensore, visto il carattere tecnico dei presupposti dell'opzione) di calibrarne in concreto il bilanciamento: l'art. 309 comma 9 *bis*, attribuisce ora all'imputato il diritto di chiedere un rinvio della data di udienza, incidendo nel contempo sul termine stabilito per la decisione e per il deposito dell'ordinanza.

Alla legge n. 47 del 2015 si deve infine un riconoscimento del diritto alla partecipazione personale alla udienza di riesame (non di appello); da un canto, l'art. 309 comma 6 primo periodo c.p.p. stabilisce che «con la

⁴⁴ D'AMBROSIO, Loris; FIDELBO, Giorgio. L'incidenza del fattore «tempo» nella disciplina delle misure cautelari personali. In: GREVI, Vittorio (a cura di). *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*. Milano: Giuffrè, p. 169 s.

⁴⁵ Cfr. MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 211 s.; ed ora, anche per gli sviluppi interpretativi, v. il contributo di BARGIS, Marta. Le impugnazioni cautelari nel recente "attivismo" delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in questo *Dossier*, *infra*.

richiesta di riesame» l'imputato «può chiedere di comparire personalmente», dall'altro, il comma 8-bis secondo periodo del medesimo articolo dispone che l'imputato il quale «ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha diritto di comparire personalmente». Risulta così espressamente sancito un principio che, fino agli ultimi tempi, era stato in balia di una ambigua riaffermazione da parte della giurisprudenza della Corte costituzionale, e che pur a seguito della cristallizzazione normativa non ha mancato di provocare incertezze e oscillazioni interpretative sulla sua effettiva portata⁴⁶.

5. FLUTTUAZIONI POLITICO-LEGISLATIVE E INTERVENTI DI RIFORMA SETTORIALI

Sebbene la progressiva messa a punto di molteplici profili della disciplina codicistica abbia fatto registrare la conquista al procedimento *de libertate* di tratti garantistici qualificanti, deve evidenziarsi come non si sia trattato di un *trend* né lineare né risolutivo.

Sotto il primo profilo, il legislatore non si è sottratto all'andamento pendolare in qualche misura fisiologico della materia del processo penale, perseguendo ora politiche di stampo securitario indotte da reali o supposte situazioni di emergenza, ora da politiche garantiste⁴⁷.

Cifra costante degli interventi di natura securitaria è stata la reintroduzione dei meccanismi presuntivi, la cui eliminazione aveva costituito il principale vessillo della codificazione riformata. Emblematica la vicenda dell'art. 275 comma 3 c.p.p.⁴⁸, disposizione che ha accolto –

⁴⁶ V. il contributo di BARGIS, Marta. Le impugnazioni cautelari nel recente “ativismo” delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in questo *Dossier*, *infra*.

⁴⁷ NAPPI, Aniello. Oscillazione e punti fermi nel regime delle misure cautelari personali. In AA.VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 14, ne annoverava ben ventidue al termine del primo decennio del nuovo millennio; (pochi, egli osservava, se comparati alle diverse discipline) e a quelli hanno da aggiungersi quelli delle ultime stagioni di riforma di cui sta per dirsi.

⁴⁸ Per una sintesi del tema, di recente, v. DI CHIARA, Giuseppe. Politiche della sicurezza e libertà personale dell'accusato tra incubazione dell'insicurezza sociale e manovre reattive. *Diritto penale e processo*, Milano, 2019, p. 1586 s.; e da ultimo, v. ADORNO, Rossano. L'art. 275 c.p.p. a trent'anni dalla “grande riforma”. *Foro italiano*, V, 2020, p. 137 s.

insieme al principio che vi campeggiava *ab origine* predicando la custodia cautelare come *extrema ratio* – un elefantiaco elenco di deroghe che hanno significativamente contribuito ad eroderne le fondamenta. Da subito dimostratasi terreno appetibile per più o meno necessari interventi di contrasto alla grande criminalità, si è rivelata disciplina dalle sorti alterne ed è infine caduta sotto la scure della Corte costituzionale. E tuttavia una teoria di sentenze di illegittimità hanno solo edulcorato i contenuti della disposizione, legittimando la sopravvivenza di schemi presuntivi sia pur nella forma attenuata della presunzione relativa.

Il legislatore, a sua volta, pressato dai richiami provenienti dalla Corte europea alla riduzione del sovraffollamento carcerario, non ha saputo cogliere l'occasione per una reale revisione della materia, limitandosi a recepire le scelte compromissorie della Corte costituzionale, senza riuscire a rimediare alle anomalie ereditate dalle redazioni antecedenti della disposizione e men che meno a ritrovare quella purezza di forme, e quel rigore di scelte, proprie dell'impostazione originaria⁴⁹. Alla seconda novella garantista approvata nel 2015, è sopravvissuto il duplice regime derogatorio già insediato nell'art. 275 comma 3° c.p.p., modulato su una presunzione relativa di sussistenza delle esigenze, accompagnata, per alcuni reati da una presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare e, per altri, da una presunzione solo relativa circa la adeguatezza della stessa misura, suscettibile di essere smentita quando siano acquisiti elementi dai quali risulti che, «in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

Il regime più rigido è stato riservato – oltre che all'unico reato (art. 416 *bis* c.p.p.) passato indenne al vaglio di costituzionalità (ord. n. 450 del 1995) – a due fattispecie (artt. 270 e 270 *bis* c.p.p.) delle quali, la seconda rappresenta una novità nel novero dei reati trattati meno favorevolmente (rispetto ai due reati in questione occorrerebbe interrogarsi, tra l'altro, sull'esito di un nuovo incidente di legittimità costituzionale che li riguardasse). Invece, nell'ambito del regime edulcorato dalla relatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare

⁴⁹ Così CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 103 s.

vengono ricondotti ed assoggettati tutti i reati già contemplati dalla medesima norma nel testo anteriore alla novella: ne risulta che quel regime resta applicabile ad una pletora eterogenea di reati, indicati, in parte specificamente, e in parte con un rinvio all'art. 51 comma 3 *bis* e *quater* c.p.p., prospettando «un elenco, defatigante e disordinato», che «aggrega al suo interno ipotesi diversissime, per caratteristiche intrinseche, beni offesi, severità del trattamento sanzionatorio, grado della condotta»⁵⁰. Si tratta di un panorama sconfortante – se si pensa che il precipitato normativo lascia sul fondo libertà personale e diritto di difesa – sul quale occorrerebbe compiere un attento ripensamento alla luce dei canoni di ragionevolezza e di uguaglianza sanciti dall'art. 3 Cost.⁵¹.

Per tutti i reati considerati, la legge continua dunque ad invertire i termini essenziali della grammatica costituzionale: l'art. 13 Cost. richiede un atto motivato dell'autorità giudiziaria che limiti la libertà personale dell'imputato sulla scorta di casi e modi fissati dalla legge. Mentre, secondo la disciplina che qui si perpetua, pubblico ministero e giudice continuano ad essere sollevati dall'onere dell'allegazione e della motivazione sui più elementari presupposti che legittimano la restrizione: essendo il giudice chiamato a motivare, semmai, in ordine alla scelta della libertà o del regime meno afflittivo.

Quel che più val la pena di notare, davanti alla ultima sistemazione normativa, è che il declassamento della presunzione non incide in maniera eclatante sulle opportunità di difesa dell'imputato. Riguardato dal punto di vista del destinatario della misura, non può dirsi che il suo diritto di difesa ne risulti davvero rigenerato. Pure in rapporto al meno gravoso dei regimi qui considerati, il giudice continua a non dover motivare: basterà che nel provvedimento limitativo della libertà ci si limiti a dichiarare che dagli atti non risultano elementi idonei a dimostrare l'assenza delle esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. o che non risulta che le stesse possano essere fronteggiate con altre misure. Inoltre, se è ben vero che il carattere relativo della presunzione lascia all'imputato la possibilità di scalzare

⁵⁰ CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 113.

⁵¹ V. ora VALENTINI, Elena. Il «doppio binario cautelare»: la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall'art. 275 comma 3 c.p.p. In questo *Dossier*, *infra*.

gli assunti del pubblico ministero, ottenendo che il giudice applichi una misura meno grave, è anche vero che la possibilità per l'imputato di fornire elementi che scardinino le presunzioni si realizza su un percorso irto. Difficilmente quegli elementi saranno forniti in tempo perché il giudice possa tenerne conto ai fini del provvedimento applicativo: è infatti la stessa struttura del procedimento cautelare a proiettare alle fasi successive all'applicazione della misura la possibilità di ogni deduzione favorevole da parte dell'imputato (salvo il previo deposito di atti di indagine difensiva, forniti al pubblico ministero o al giudice, «al buio» rispetto ad una successiva richiesta ed applicazione di misura). Si tratterà dunque il più delle volte di *chances* difensive che potranno trovare attuazione in sede di revoca o di impugnazione. Dopo di che, l'inversione dell'onere della prova pone l'imputato (salvo che non si contesti l'imputazione, riuscendo a sottrarsi al regime derogatorio, magari in forza del riconoscimento di una circostanza) di fronte alla difficile impresa di provare la «non sussistenza» delle esigenze cautelari ovvero la «non inadeguatezza» di altre misure, addossandogli, in negativo, un onere che – già difficile da assolvere in positivo da parte dell'organo d'accusa – assume sfumature di impossibilità.

Premesso che lo stesso approccio non risolutivo – unito ad una non impeccabile tecnica normativa – connota le soluzioni relative alla presunzione di adeguatezza della sola custodia nei casi di comportamenti trasgressivi (art. 276 comma 1° *ter* c.p.p.) e in relazione al divieto di concessione degli arresti domiciliari (art. 284 comma 5 *bis* c.p.p.)⁵², non si può che concludere per una opacità anche dell'ultimo legislatore “garantista”, rivelatosi in definitiva non troppo attento ai diritti dell'imputato e agli equilibri del sistema⁵³.

⁵² Permane in entrambi i casi il limite alla scelta della misura, ma questo viene attenuato, essendo prevista una riespansione della discrezionalità giudiziale con riguardo all'ipotesi in cui «il fatto sia di lieve entità»; cfr. BONINI, Valentina. La attenuazione degli (altri) automatismi *in peius*. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 149 s.

⁵³ Così GAETA, Piero. Esigenze cautelari ed efficienza delle indagini. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 313, il quale di fronte alle scelte operate dalla legge n. 47 del 2015, esprimeva un giudizio non confortante: «la sensazione cioè che

Una sorte in parte analoga ha segnato gli interventi sui termini massimi di custodia condotti soprattutto (ma non solo) in chiave di doppio binario, rispetto a fattispecie di criminalità organizzata, i quali sono stati interpolati a più riprese dai vari “pacchetti sicurezza” che hanno esteso, anche grazie a contorti meccanismi, gli originari termini di durata massima, già di una ampiezza più che esorbitante: qui, tuttavia, dopo un primo intervento risalente alla legge n. 332 del 1995, il legislatore delle garanzie ha osservato un silenzio rigoroso e assordante.

A voler fare un bilancio ad oltre trent’anni dall’avvento della codificazione repubblicana, appaiono sicuramente incisivi gli interventi di stampo securitario, più flebilmente efficaci quelli di natura opposta, per ragioni non tutte riconducibili ad uno stesso ordine di difficoltà. All’efficacia tagliente delle opzioni normative implicanti una sostanziale soppressione dei diritti dell’imputato si sono contrapposte risposte compromissorie – mai tali da pervenire ad una *restitutio in integrum* delle scelte originarie – o inadeguate, in quanto insistenti su scelte già compiute con l’intento di richiamare gli operatori a prassi conformi. Quando poi i nuovi provvedimenti sembravano librarsi sopra il livello di consueta inutilità, all’insuccesso ha provveduto una altra costante della nostra legislazione: operare senza un preventivo controllo di fattibilità, in primo luogo sotto il profilo dei costi. Così, per esempio, i ricorrenti tentativi di assicurare un controllo costante di natura virtuale (c.d. braccialetto elettronico) si sono infranti a più riprese con inspiegabilmente irrisolvibili ragioni di natura pratica legate alla disponibilità delle attrezzature necessarie.

6. LA DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE TRA POLITICHE DELLA PAURA, SOLLECITAZIONI PEDAGOGICHE E SUPPORTI TECNOLOGICI DE FUTURO

Un rilievo centrale in entrambi i divergenti approcci dettati dall’alternanza delle scelte politiche, è stato sempre rivestito dal ruolo

sui passaggi davvero pericolosi (abolizione integrale delle presunzioni di ogni genere; contestazioni a catena e retrodatazione della cautela; termini massimi di durata, ecc.) la riforma sia mancata, a scapito di ogni simmetria, e che invece sia intervenuta prevalentemente per correggere prassi distorte degli uffici o orientamenti giurisprudenziali reputati troppo concessivi. Insomma, una riforma prevalentemente ‘giurisprudenziale’ attuata per via normativa».

del giudice. Ed è forse questo il tema rispetto al quale la sperequazione di efficacia dei divergenti approcci appare più eclatante. Sollevare il giudice dall'onere di motivare su nodi cruciali spiana la strada al richiedente la misura, lasciando – lo si è visto – al destinatario del provvedimento al più la *chance* di una *probatio diabolica* e posticipata; al contrario, cercare di imprimere movenze fisiologiche alla discrezionalità del giudice, ostinandosi ad infierire sulla disciplina dei presupposti e della motivazione del provvedimento, è misura dagli effetti meno sicuri e prevedibili.

È, ad ogni modo un dato di fatto che la scommessa del legislatore repubblicano, incentrata su un giudice garante della personalizzazione del regime cautelare secondo indicazioni normative già da subito improntate al criterio del sacrificio minimo, si è rivelata un percorso arduo. Il giudice, esautorato nel suo ruolo di tutore delle libertà fondamentali (e per giunta sulla scorta di valutazioni per nulla ragionevoli) quando serve mostrare durezza a tutela dell'ordine pubblico, viene invece sospettato di costituire flebile garanzia dei diritti dell'individuo per inclinazione a raccogliere le istanze dell'accusa o per negligenza nel dar conto delle ragioni che giustificano la privazione della libertà. Di più: portatore insano della tendenza a sostituire con la cautela una sanzione che non verrà o verrà troppo tardi.

Alla presunta “leggerezza” del giudice, appiattito sulle richieste dell'inquirente, e svogliato nel motivare, il legislatore ha ripetutamente risposto con una esasperazione della tassatività delle regole in tema di esigenze cautelari (art. 274 c.p.p.) e dettagliando parossisticamente il modello di motivazione, che aveva ricevuto già in partenza disciplina particolarmente attenta nell'art. 292 c.p.p.⁵⁴. Una prima volta ciò era accaduto nel 1995, non raccogliendo gli entusiasmi dei commentatori, né rivelando alcuna efficacia rispetto all'obiettivo.

A vent'anni esatti di distanza, e nonostante le evidenze non lo avessero consigliato, il legislatore si è rivolto nella medesima direzione, con il dichiarato obiettivo di porre un freno a interpretazioni giurisprudenziali

⁵⁴ Sul particolare rigore con cui il legislatore ha disciplinato l'obbligo di motivazione dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare personale, cfr., per tutti, CIANI, Gianfranco. *Commento all'art. 292 c.p.p.*, in CHIAVARIO, Mario (a cura di). *Commento al nuovo codice di procedura penale*. Torino: Utet, 1990, vol. III, p. 167.

troppo disinvolte: il catalogo annovera ancora nuovi interventi sul già contorto testo dell'art. 274 c.p.p., per insistere, questa volta, sulla "attualità" del pericolo nel definire le esigenze cautelari fondate sul pericolo di fuga e sulla prevenzione speciale; e ancora modifiche dell'art. 292 c.p.p. per precisare che nel dettagliato modello di motivazione debba rientrare altresì la "autonomia" della stessa.⁵⁵

Quanto a quest'ultimo profilo, più esattamente, interpolato nuovamente, l'art. 292 lett. *c* e *c bis* pretende ora accanto alla *esposizione*, altresì l'*autonoma motivazione* delle esigenze cautelari, degli indizi di colpevolezza (entrambi accompagnati dalla indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti, e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato), dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, nonché, nel caso di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'art. 274 non possono essere soddisfatte con altre misure. È opinione sostanzialmente unanime che la nuova disposizione non abbia aggiunto "nuovi contenuti" a quanto già previsto originariamente (e successivamente chiosato dal legislatore del 1995) ma si limita a sottolineare la necessità che il giudice prenda visione degli elementi necessari e dia conto delle ragioni che essi esprimono, per rispondere all'obiettivo non sottaciuto del legislatore: quello di far fronte a carenze motivazionali, escludendo motivazioni appiattite su quelle del pubblico ministero richiedente. Il *quid novi* dell'intervento normativo del 2015, rispetto a quello che lo aveva preceduto due decenni prima, sta nell'aver agito contestualmente sui poteri del giudice del riesame incidendo sulla antica *querelle* concernente il potere di integrazione della motivazione da parte di quest'ultimo giudice. Stando al riformulato art. 309 comma 9 c.p.p.: il tribunale ha l'obbligo di «annulla[re] il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'art. 292, delle esigenze

⁵⁵ Cfr. ILLUMINATI, Giulio. Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2015, p. 1149 s.; per una attenta analisi della nuova disciplina v. soprattutto CAPRIOLI, Francesco, Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 179 ss.

cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa». Bisogna tuttavia osservare che – pur a seguito della nuova manovra – la giurisprudenza ha continuato a esprimere un indirizzo sostanzialmente costante.

Con riguardo alle esigenze cautelari, si è operato su entrambe le lettere espressive delle due ragioni di cautela già menzionate attraverso una analoga interpolazione: da un lato, si è puntualizzato che il pericolo di fuga o di reiterazione del reato per poter giustificare la misura deve essere non solo «concreto» ma anche «attuale» e dall'altro, si è precisato che le situazioni di concreto e attuale pericolo di fuga di cui alla lett. *b* «non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede»; similmente, si è operato sulla lett. *c*, sul cui testo si è inciso per sottolineare che le situazioni di concreto e attuale pericolo di reiterazione di un reato «anche in relazione alla personalità dell'imputato, non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede»⁵⁶. Nel suo complesso la giurisprudenza ha dato mostra di prendere atto dei profili di novità recati dalla novella in punto di esigenze cautelari, intravedendo la *ratio* dell'intervento normativo nell'obbligo di una specifica valutazione dell'attualità. Nondimeno è sull'oggetto di quell'obbligo (o meglio sul significato del requisito «attuale») che non casualmente, si riaffaccia il contrasto che vede contrapposti due indirizzi della giurisprudenza di legittimità⁵⁷, confermando la sensazione che la valutazione prognostica richiesta, in linea generale in rapporto ad ogni esigenza cautelare e in particolare in ordine alla pericolosità dell'imputato resta terreno scosceso e sfuggente⁵⁸.

⁵⁶ Sul punto, anche per gli opportuni ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia a GIULIANI, Livia. La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47. In: *Rivista di diritto processuale*, Milano, 2017, p. 165 s.

⁵⁷ Sul complesso panorama giurisprudenziale al riguardo, v. GIULIANI, Livia. *Sull'attualità del pericolo di reiterazione del reato*. In: *Cassazione penale*, Milano, 2019, p. 400-415.

⁵⁸ Sulle difficoltà oggettive connaturate al giudizio di accertamento dei presupposti della misura cautelare, soprattutto con riguardo alle circostanze sintomatiche della pericolosità, v. le note, in margine a Cass., sez. VI, 6 dicembre 2012, M.P.V., n. 17346, con nota di CAPPARELLI, Bruna. *Riflessioni sull'obbligo di motivare i provvedimenti de libertate*. In: *Cassazione penale*, Milano, 2014, p. 222 s.; nonché, più in generale, sulla valutazione delle esigenze cautelari, nel senso che il relativo giudizio sia a tal punto svincolato da regole verificabili da presentarsi come un «vaticinio logico»: v. GAETA Piero; MACCHIA

Ancora una volta, insomma, il legislatore non ha voluto tener conto che «l'adozione di una misura cautelare, proprio perché funzionale al soddisfacimento delle specifiche esigenze selezionate dalla legge processuale, è forse più di qualsiasi altra decisione giudiziaria ancorata alle particolarità del caso concreto, il che rende incompressibile uno spazio autonomo di valutazione del giudice e sostanzialmente inutili regole calibrate su fattispecie tipologiche inidonee ad abbracciare un orizzonte applicativo caratterizzato da variabili pressoché infinite»⁵⁹.

Quale apporto potrà addurre l'uso della tecnologia al riguardo è scenario ancora da monitorare con attenzione: a detta degli studiosi del tema, l'uso della intelligenza artificiale sembra annoverare, tra i molti rischi, quelli derivanti da spazi discrezionali che si innestano nei criteri di selezione dei casi e infine nella valutazione dei risultati, accanto a non minori difficoltà per assicurare il rispetto delle garanzie difensive⁶⁰.

Resta sullo sfondo la *vexata questio* della incompatibilità, in radice, della esigenza cautelare fondata su esigenze di prevenzione speciale. Com'è ben noto, tuttavia, da tempo, con l'avallo della Corte costituzionale, tali esigenze non sono sconosciute dal nostro ordinamento. La tutela della vittima, poi, fortemente promossa dagli atti internazionali sembra costituire – così come attuata nel nostro ordinamento – una macroscopica ipotesi di uso delle cautele in funzione di prevenzione speciale nella prospettiva di evitare il ripetersi di atti lesivi nei suoi confronti (ma forse anche una conferma della difficoltà di garantire la medesima protezione

Alberto. L'ordinanza cautelare ed il suo controllo in Cassazione. *Diritto penale e processo*, 2008, p. 1172 s.

⁵⁹ PISTORELLI, Luigi. Discrezionalità del giudice e ruolo di garanzia della motivazione. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 337 s., non meno nettamente, GAETA, Piero. Esigenze cautelari ed efficienza delle indagini, In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 306 s.

⁶⁰ Cfr. QUATTROCOLO, Serena. Artificial Intelligence, Computational Models and Criminal Proceedings. A Framework for a European Legal Discussion, Cham: Springer, 2020, spec. p. 135 s., 151 s. V. inoltre, da ultimo, V. MAUGERI, Anna Maria. L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale: una sfida tra evidence-based practises e tutela dei diritti fondamentali. *Archivio penale*, n. 1, 2021, p. 14 s.

in altro modo e in diversa sede)⁶¹. Per prevenire la commissione di atti delittuosi nei confronti del soggetto già individuato come vittima, continuando a trattare l'aggressore come un presunto innocente, bisognerebbe pesantemente incidere sui diritti della stessa vittima limitandone la libertà di circolazione – come un testimone di giustizia, si legge nelle cronache – e forse non sarebbe abbastanza; quale bilanciamento, ci si potrebbe chiedere, tra i diritti degli individui contrapposti nella vicenda? e – sempre che non si acceda alla idea che sia sempre la vittima a dover patire ulteriori sconquassi alla propria vita – quale altra sede, diversa da una procedura giurisdizionale ampiamente garantita – come il processo penale – potrebbe meglio assicurare i diritti del presunto innocente, nei casi di conflitto tra i suoi diritti e quelli della vittima?

Senonché i dubbi intorno alla difficile convivenza della lett. c con il testo costituzionale restano e il rinnovarsi delle doglianze ha preso ora le sembianze di un quesito referendario⁶², e non è detto che una società oltremodo pronta alla rivendicazione dei diritti individuali – ma troppo spesso dimentica del risvolto della medaglia – chiamata ad esprimersi sulla lett. c dell'art. 274 c.p.p., non riesca in un'impresa che ha visto sconfitte generazioni di dottrina dotta e avveduta⁶³.

7. TEMPI DEL PROCESSO E DINAMICHE CAUTELARI IN ATTESA DELLA “GRANDE RIFORMA”

Lungo lo scorrere di politiche legislative male orientate o perdenti, nel desolante *tapis roulant* legislativo sul quale operatori e

⁶¹ Cfr. sul tema BONINI, Valentina. Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale. Milano: Wolters Kluwer - Cedam, 2018, p. 183 s.

⁶² Il quesito referendario mira alla soppressione della parte della disposizione concernente il pericolo di commissione di un reato della stessa specie di quello per cui si procede: v. la scheda di LAZZERI, Francesco. Referendum sulla giustizia: guida alla lettura dei sei quesiti. In: *Sistema penale*, 21 settembre 2021.

⁶³ La bibliografia è molto ampia; per tutti, ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli, 1979, p. 31 s.; tra i contributi più recenti CAPRIOLI, Francesco. Pericolosità sociale e processo penale In: PAVARINI, Massimo; STORTONI, Luigi (a cura di). *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna: BUP, 2013, p. 21 s.

interpreti hanno fin qui marciato malfermi, le maggiori tensioni, inutile dirlo, si sono accentrate sulla custodia cautelare in carcere, misura rispetto alla quale la pena in sé rilevante della privazione della libertà si accompagna alle condizioni di sovraffollamento – endemiche nel nostro ordinamento al pari della irragionevole durata del processo – e di generale degrado dei luoghi di detenzione. Di fatto, e nonostante il largo ventaglio di misure cautelari alternative, la misura custodiale è rimasta il perno del sistema cautelare: la sua incisività e il suo uso diffuso sul piano quantitativo sono stati oggetto di costante dibattito, sfociato ciclicamente in confronti dai toni accesi, coinvolgenti accademia, operatori e mondo politico.

Il tema dunque resta tutto intatto e nelle solite coordinate dinanzi agli occhi degli operatori e, per quanto fin qui osservato, è ragionevole ritenere che nessuna ulteriore rivisitazione di settore sia in grado di sistemare un meccanismo cronicamente inefficiente, essendo necessario non tanto un ulteriore sforzo di fantasia – e men che meno pedissequi innesti di esperienze altrui – quanto una seria ristrutturazione *ab imis* della giustizia penale.

Non si può ignorare, infatti, che il sistema cautelare è un ganglio sensibile di un meccanismo processuale più ampio di cui è pronto ad assorbire ogni tensione e a recepire ogni stortura⁶⁴. Tanto più che la funzione cautelare trova per sua natura una statistica prevalenza nelle indagini preliminari, fase in cui risulta più difficile comporre i confliggenti interessi garantendo, se non l'eguaglianza tra i soggetti quanto meno la parità delle armi. Si pensi, per restare agli ultimi eventi legislativi, al complicato intreccio tra disciplina delle intercettazioni e divieto di

⁶⁴ Riflettendo sulle interrelazioni fra regole processuali *de libertate* e funzionamento globale del processo penale, CHIAVARIO, Mario. voce Libertà, III) Libertà personale - Dir. proc. pen. In: *Enciclopedia giuridica*, Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, p. 4, già segnalava il rischio che quelle stesse regole possano finire con il «perdere mordente sino a vanificarsi se il sistema, funzionando a vuoto, finisce con l'indurre a scaricare sulle “misure cautelari” (ed in particolare su quelle limitative della libertà, più idonee ad operare emblematicamente come strumenti di tacitazione di allarmi o di esasperazioni sociali) una funzione sanzionatoria che non si riesce ad esprimere in termini di accettabile efficienza sul piano delle pene vere e proprie, e soprattutto della loro esecuzione».

pubblicazione dei relativi atti: disciplina volta ad impedire la circolazione di contenuti investigativi lesivi della *privacy*, normalmente – bisogna aggiungere – veicolati sui mass media tramite il testo di ordinanze cautelari. La singolare vicenda legislativa che ha riguardato la riforma della disciplina delle intercettazioni è esemplificativa delle difficoltà generate dal voler garantire pienamente il diritto di difesa nel procedimento cautelare, contemperando istanze confliggenti: approvata ma rimasta inefficace per circa un biennio, la legge ha mutato la pelle insieme alla temperie politica, mentre l'aspirazione alla tutela della *privacy*, difficilmente traducibile in regola, ha finito per restare depotenziata a beneficio dei diritti di difesa dell'imputato⁶⁵.

Ma il nodo essenziale di tutta la vicenda fin qui esaminata è il riflesso del tema *monstre* del processo penale italiano di oggi e dei decenni passati: la irragionevole durata del processo penale, acclarata dalle numerose condanne ricevute dal nostro Paese dalle autorità europee⁶⁶. È quasi superfluo ripetere che i tempi lunghi del processo penale non possono che riflettersi rovinosamente sulle dinamiche cautelari, rendendo fatalmente destinato ad insuccesso ogni tentativo di approntare soluzioni legislative accettabili, forgiate sulla sola disciplina di settore: una tensione netta si pone tra termini di custodia e durata del processo, ed è difficile comporre le istanze contrapposte senza ledere irrimediabilmente l'uno o l'altro dei valori in gioco. Ed è vero che la disciplina attualmente vigente finisce per far ridondare a danno del detenuto ogni variabile fisiologica ed ogni disfunzione del processo: ciò vale in via ordinaria per le regole dettate negli artt. 303 e seguenti del codice di procedura

⁶⁵ Sulla prima e sulla seconda versione delle modifiche operate intorno alla disciplina delle intercettazioni, in rapporto al procedimento cautelare v. GIULIANI, Livia. Intercettazioni, tutela della riservatezza e procedimento *de libertate*. In Giostra Glauco; Orlandi, Renzo (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 31 s., nonché GIULIANI Livia, L'uso delle intercettazioni nelle indagini preliminari tra dinamiche cautelari e tutela della riservatezza. In: GIOSTRA Glauco; ORLANDI Renzo (a cura di). *Revisioni normative in tema di intercettazioni*. Torino: Giappichelli, 2021, p. 15 ss.

⁶⁶ V. ILLUMINATI, Giulio. Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa. In *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 1 s.

ed è stato confermato dai riflessi giudiziari della difficile emergenza sanitaria dell'ultimo biennio⁶⁷.

Più in generale, poi, la lunghezza del processo finisce per ripercuotersi sulle stesse valutazioni del giudice, al quale, chiamato a decidere su una detenzione suscettibile di protrarsi a lungo, si richiedono valutazioni severe che tendono a trascendere la prospettiva cautelare. Ne sono una riprova – accanto alla accentuazione della necessità di applicazione delle ordinarie regole sulla prova⁶⁸ – i ricorrenti tentativi – senza grande successo come si è visto – di irrigidire i parametri che presidiano le finalità cautelari⁶⁹. Se la durata del processo fosse contenuta in tempi plausibili, molte delle criticità – teoriche e pratiche – che affliggono il tema perderebbero di drammaticità.

CONCLUSIONI

Se è vero che una disciplina codicistica ben congegnata e numerose riforme legislative settoriali non sono riuscite ad assicurare, nel corso dell'ultimo trentennio, un esercizio del potere cautelare scevro da tensioni e prassi critiche, il quesito che ci si pone è se la inedita congiuntura politica – che sembra insieme richiedere necessità di rilancio dell'economia e attenzione ai diritti dell'individuo – rappresenti il momento per una svolta da tanto tempo attesa.

⁶⁷ Tra i molti contributi BARGIS, Marta. Gli aspetti processuali dei provvedimenti di contrasto all'emergenza epidemiologica da covid-19, in BARGIS, Marta (a cura di). *Compendio di procedura penale*, X ed., Milano: Wolters Kluwer-Cedam, p.1141 s.; VALENTINI, Elena. Covid 19 e processo penale. Appendice on line. In ILLUMINATI, Giulio; GIULIANI, Livia. *Commentario breve al codice di procedura penale*, III ed., Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2020.

⁶⁸ TONINI, Paolo. La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria, In: Aa.Vv., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Trento, 11-13 ottobre 2013. Milano: Giuffrè, 2014, p. 66 s.

⁶⁹ Di qui la eterogenesi dei fini, fonte di ulteriori distorsioni denunciata da AMODIO, Ennio. Inviolabilità della libertà personale e coercizione minima. In: Aa.Vv., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Trento, 11-13 ottobre 2013. Milano: Giuffrè, 2014, p. 219.

Ci sono motivi per sperare che l'intensa tensione verso prospettive di riforma a largo raggio sfoci in risultati più apprezzabili delle precedenti iniziative legislative annoveranti tentativi abortiti o compromissori quando non spinti da irragionevoli obiettivi di forze politiche in cerca di legittimazione popolare. Che le innovazioni richiesteci a gran voce dalle istituzioni europee siano legate a stretto filo a prebende di natura economica (la cui elargizione è condizionata al raggiungimento di precisi obiettivi di riforma) consente quanto meno di auspicare, da un canto, che le forze politiche convergano verso soluzioni condivise – lasciando da parte consuete rissosità molto spesso funzionali a risultati dell'urna – e dall'altro che i fondi ottenuti siano utili (e utilizzati) per una effettiva realizzazione delle strutture necessarie.

La c.d. riforma Cartabia – una legge delega ancora in fase di approvazione – volta ad incidere su alcuni snodi topici ha l'intento di far fronte, ancora una volta, agli obblighi assunti con le autorità europee e si rivolge verso l'obiettivo di fondo di ridurre i tempi del processo per recuperare efficienza nel contesto di un ordinamento di aspirazione accusatoria attento alle garanzie individuali.

Anche in questa vicenda il progetto più organico e pregevole offerto dalla commissione di studio ministeriale è passato per il setaccio della politica con esiti chiaroscurali, che solo potranno essere definitivamente soppesati quanto i criteri di delega avranno ricevuto attuazione normativa. Ridurre l'input attraverso la revisione dei meccanismi incidenti sull'obbligatorietà dell'azione penale; e propiziare l'output attraverso un (per verità ennesimo) tentativo di rivisitazione dei riti speciali costituiscono linee di intervento apprezzabili i cui risultati obiettivi andranno attentamente monitorati. In questo contesto, tuttavia, provoca qualche perplessità – accanto all'abbandono di un meccanismo flessibile come l'archiviazione "meritata" proposto dalla Commissione di studio – la scelta di prevedere la definizione di criteri di priorità dell'azione penale in capo al Parlamento.

Ed ancora, qualche disappunto desta la (non) riforma delle impugnazioni che – accanto a una serie di scelte semplificative e al contestato tema della improcedibilità – persegue la via di una selezionata riduzione dell'appello, senza mettere mano ad una compiuta revisione della materia. Ciò che avrebbe posto un tassello *ab origine* mancante per fare del

nostro ordinamento processuale un sistema a miglior titolo annoverabile tra i processi accusatori: valorizzando l'oralità e l'immediatezza, e ponendo l'accento su un dibattito che si postula ad immediato ridosso del fatto, il ruolo di un controllo in sede di impugnazione dovrebbe limitarsi ad aspetti molto circoscritti, da definirsi sulla premessa della esecutività della sentenza di primo grado.

Su altro piano, attenzione alle forme (processo telematico) e alle strutture (ufficio del processo) sembrano finalmente percorrere le vie di una sostanziale innovazione della macchina giudiziaria.

Se tanto basterà per restituire al sottosistema cautelare un funzionamento ortodosso è presto per dirlo: facendo due conti con i numeri che ci si offrono, tuttavia (e pur non volendo indulgere a letture eccessivamente dietrologiche)⁷⁰, l'obiettivo della riduzione del carico giudiziario del 25 per cento in cinque anni⁷¹ - quand'anche fosse centrato - spinge in avanti nel tempo risultati che solo affievoliscono il sovraccarico degli uffici giudiziari con le sue conseguenze nefaste.

Non serve un vaticinio per immaginare che ci si ritroverà ancora una volta a discutere di efficienza del processo e custodia cautelare.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Rossano. L'art. 275 c.p.p. a trent'anni dalla "grande riforma". *Foro italiano*, V, 2020, 137 s.

AMODIO, Ennio. Inviolabilità della libertà personale e coercizione minima. In: Aa.Vv., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Trento, 11-13 ottobre 2013. Giuffrè: Milano, 2014, p. 3 s.

⁷⁰ PIERRO, Roberto. La (finta) riforma della Giustizia utile solo a sbloccare i fondi europei. In www.labparlamento.it 28 settembre 2021.

⁷¹ V. il testo dell'intervento del Ministro della giustizia, Marta Cartabia, in occasione della presentazione dei lavori della Commissione di studio sulla riforma del processo penale, della prescrizione del reato e del sistema sanzionatorio, riportato con il titolo Ridurre del 25% i tempi del giudizio penale: un'impresa per la tutela dei diritti e un impegno con l'Europa, per la ripresa del Paese. In *Sistema penale*, 31 maggio 2021.

BARGIS, Marta. Le impugnazioni cautelari nel recente “attivismo” delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in questo *Dossier*.

BARGIS, Marta. Gli aspetti processuali dei provvedimenti di contrasto all'emergenza epidemiologica da covid-19, in BARGIS, Marta (a cura di). *Compendio di procedura penale*, X ed., Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2020, p.1141 s.

BARGIS, Marta. L'assistenza linguistica per l'imputato. In: *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Torino: Giappichelli, 2013, p. 91 s.

BONINI, Valentina. La attenuazione degli (altri) automatismi *in peius*. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 149 s.

BONINI, Valentina. Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale. Milano: Wolters Kluwer - Cedam, 2018.

CAPPARELLI, Bruna. *Riflessioni sull'obbligo di motivare i provvedimenti de libertate*. In: *Cassazione penale*, Milano, 2014, p. 222 s.

CAPRIOLI, Francesco. Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 179 ss.

CAPRIOLI, Francesco. Pericolosità sociale e processo penale In: PAVARINI, Massimo; STORTONI, Luigi (a cura di). *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna: BUP, 2013, p. 3 s.

CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 103 s.

CARRARA, Francesco. *Immoralità del carcere preventivo*. In: *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Lucca, 1874, p. 299 s., ora In: Carrara, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale, Del giudizio criminale* (a cura di NOBILI, Massimo). Bologna: Il Mulino, 2004, p. 401 s.

CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*, vol. II, 3^a ed. Milano: Giuffrè, 1984.

CHIAVARIO, Mario. voce Libertà, III) Libertà personale - Dir. proc. pen. In: *Enciclopedia giuridica*, Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, 1990, p. 1 s.

CHIAVARIO, Mario. *La parte dei privati: alla radice (e al di là) di un sistema di garanzie*. In DELMAS-MARTY, Mireille, 2^a ed. it., *Procedure penali d'Europa*, Padova: Cedam, 2001, p. 551 s.

CIANI, Gianfranco. *Commento all'art. 292 c.p.p.*, in CHIAVARIO, Mario. (a cura di). *Commento al nuovo codice di procedura penale*. Torino: Utet, 1990, vol. III, p. 167 s.

COPPETTA, Maria Grazia. *La riparazione per ingiusta detenzione*. Padova: Cedam, 1993.

D'AMBROSIO, Loris. La riforma dell'8 agosto 1995. *Diritto penale e processo*, Milano, 1995, p. 1163.

D'AMBROSIO, Loris; FIDELBO, Giorgio. L'incidenza del fattore «tempo» nella disciplina delle misure cautelari personali. In: GREVI, Vittorio (a cura di). *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995*, n. 332. Milano: Giuffrè, p. 140 s.

DE SALVIA, Mario; ZAGREBELSKY, Vladimiro. Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, I, Milano: Giuffrè, 2006.

DI CHIARA, Giuseppe. Politiche della sicurezza e libertà personale dell'accusato tra incubazione dell'insicurezza sociale e manovre reattive. *Diritto penale e processo*, Milano, 2019, p. 1586 s.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*. Bari: Laterza, 1989

GAETA, Piero. Esigenze cautelari ed efficienza delle indagini, In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 306 s.

GAETA Piero; MACCHIA, Alberto. L'ordinanza cautelare ed il suo controllo in Cassazione. *Diritto penale e processo*, 2008, p. 1163 s.

GIULIANI, Livia. Nullità dell'interrogatorio "di garanzia" per omesso deposito degli atti ex art. 293 comma 3 c.p.p.: le Sezioni unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare. *Cassazione penale*, Milano, 2005, p. 3265 s.

GIULIANI, Livia. voce Interrogatorio di garanzia. In: *Enciclopedia del diritto, Annali*, III, Milano: Giuffrè, 2010, p. 780 s.

GIULIANI, Livia. Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti *de libertate*. Padova: Cedam, 2012.

GIULIANI, Livia. La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47. In: *Rivista di diritto processuale*, Milano, 2017, p. 165 s.

GIULIANI, Livia. Intercettazioni, tutela della riservatezza e procedimento *de libertate*. In GIOSTRA Glauco; ORLANDI, Renzo (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 31 s.

GIULIANI, Livia. *Sull'attualità del pericolo di reiterazione del reato*. In: *Cassazione penale*, Milano, 2019, p. 400 s.

GIULIANI Livia, L'uso delle intercettazioni nelle indagini preliminari tra dinamiche cautelari e tutela della riservatezza. In: GIOSTRA Glauco; ORLANDI Renzo (a cura di). *Revisioni normative in tema di intercettazioni*. Torino: Giappichelli, 2021, p. 15 ss.

GREVI, Vittorio. *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano: Giuffrè, 1976.

GREVI, Vittorio. Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995, n. 332 tra istanze garantistiche ed efficienza del processo. In: GREVI, Vittorio. (a cura di) *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano: Giuffrè, p. 3 s.

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli, 1979.

ILLUMINATI, Giulio. Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa. In *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 1 s.

ILLUMINATI, Giulio. Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2015, p. 1158.

LAZZERI, Francesco. Referendum sulla giustizia: guida alla lettura dei sei quesiti. In: *Sistema penale*, 21 settembre 2021.

MAGGIO, Paola. *Judicial reviews against deprivation of liberty*, in RUGGERI, Stefano. *Liberty and Security in Europe: A comparative analysis of pre-trial precautionary measures*, Vandenhoeck and Ruprecht, 2012, p. 33 s.

MARZADURI, Enrico. Commento alla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2. *Legislazione penale*, Torino, 2000, p. 782 s.

MARZADURI, Enrico. Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 211 s.

MAUGERI, Anna Maria. L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale: una sfida tra evidence-based practises e tutela dei diritti fondamentali. *Archivio penale*, n. 1, 2021, p. 3 s.

MAZZA, Oliviero. La libertà personale nella Costituzione europea. In: COPPETTA, Maria Grazia (a cura di). *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Torino: Giappichelli, 2005, p. 68.

NAPPI, Aniello. Oscillazione e punti fermi nel regime delle misure cautelari personali. In AA.VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 14.

NEGRI, Daniele. Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2020 p. 3 s.

PIERRO, Roberto. La (finta) riforma della Giustizia utile solo a sbloccare i fondi europei. In www.labparlamento.it 28 settembre 2021.

PISANI, Mario. Commento all'art. 5 C.e.d.u. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (a cura di). *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001, p. 131 s.

PISTORELLI, Luigi. Discrezionalità del giudice e ruolo di garanzia della motivazione. In: GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 337 s.

QUATTROCOLO, Serena. *Artificial Intelligence, Computational Models and Criminal Proceedings. A Framework for a European Legal Discussion*, Cham: Springer, 2020.

SPAGNOLO, Paola. *Il tribunale della libertà*. Milano: Giuffrè, 2010.

TABASCO, Giuseppe. *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2017.

TONINI, Paolo. La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria, In: Aa.Vv., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Trento, 11-13 ottobre 2013. Giuffrè: Milano, 2014, p. 66 s.

UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, 2 ed., Milano: Cortina, 2009.

UBERTIS, Giulio. *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra Cedu e Trattato di Lisbona. Cassazione penale*, Milano, 2010, p. 2508.

VALENTINI, Elena. Covid 19 e processo penale. Appendice *on line*. In ILLUMINATI, Giulio; GIULIANI, Livia. *Commentario breve al codice di procedura penale*, III ed., Milano: Wolters Kluwer-Cedam, 2020.

VALENTINI, Elena. Il "doppio binario cautelare": la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall'art. 275 comma 3 c.p.p. In questo *Dossier*.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

GIULIANI, Livia. Editoriale del Dossier “Libertà personale dell'imputato e misure cautelari restrittive della libertà individuale nel processo penale” – La libertà personale dell'imputato tra principi e prassi in attesa di una riforma organica della giustizia penale italiana. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 3, p. 1559-1596, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.648>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.