

INTRODUZIONE

Nei tre capitoli in cui è strutturata la tesi vengono tenute sempre presenti le modifiche legislative apportate dalla riforma della legge n. 47 del 2015 che ha modificato il libro IV del codice di procedura penale. Infatti l'intento principale del Parlamento nella XVII legislatura è stato quello di limitare l'ambito di applicazione della custodia cautelare in carcere, circoscrivendo i presupposti per l'applicazione della misura e modificando il procedimento per la sua impugnazione.

Il primo capitolo della tesi tratterà tutto ciò che è importante sapere sulle misure cautelari, infatti, queste ultime sono provvedimenti interinali e anticipatori adottati nel corso del procedimento penale allo scopo di evitare che durante la fase investigativa si generino situazioni di pericolo irreversibile per la collettività o per la fruttuosità dell'azione penale e della correlativa attività processuale. Per l'applicabilità delle misure occorre almeno una delle tre tipiche esigenze cautelari descritte all'art. 274 c.p.p.: pericolo di inquinamento della prova, pericolo di fuga, pericolo di reiterazione delle condotte criminose. Il giudice nell'applicare l'art. 275 c.p.p. dovrà scegliere quale misura porre in essere, tenendo conto dei principi di adeguatezza e di proporzionalità, basandosi sull'istanza presentata dal P.M. In caso di trasgressione delle prescrizioni inerenti a una misura cautelare il giudice deve procedere a una nuova valutazione discrezionale per decidere se la misura originaria può essere confermata o sostituita o annullata con un'altra più grave. La misura interdittiva, in caso di trasgressione, può essere sostituita o cumulata con una misura coercitiva a norma dell'art. 276 c.p.p.. Le misure coercitive incidono sulla libertà personale, limitandola o privandola del tutto, mentre le misure interdittive comprimono in modo variegato la capacità d'agire del soggetto traducendosi in forme temporanee di impedimento (interdizione)

dell'esercizio di talune facoltà o diritti. Esempi di misure custodiali e interdittive sono: gli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.) e la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio (art. 289 c.p.p.).

Le misure cautelari personali, coercitive o interdittive, sono applicate con ordinanza dal giudice competente, non ex officio, ma solo su richiesta del P.M., organo d'impulso della domanda cautelare. In materia cautelare vige pertanto la regola della domanda introduttiva, secondo il brocardo *ne eat judex ultra petita et alligata partis*.

Il secondo capitolo tratterà delle misure cautelari partendo dall'ordinanza cautelare che consiste nel provvedimento giurisdizionale con il quale il giudice procedente accoglie in tutto o in parte la richiesta del P.M. applicando una misura cautelare (ex art. 292 c.p.p.). In particolare ci soffermeremo sulla motivazione infatti, in caso di accoglimento, il giudice emette ordinanza cautelare e uno degli elementi essenziali che deve contenere, a pena di nullità, è la motivazione. La revoca, sostituzione e modificazione delle misure cautelari (art. 299 c.p.p.) sono vicende procedurali che si cristallizzano in appositi provvedimenti che il giudice procedente può adottare secondo valutazioni di carattere discrezionale, di cui deve rendere conto nella motivazione dell'ordinanza, impugnabile dalle parti. Tutte le misure cautelari sono sottoposte a termini di durata massima, che costituiscono un limite invalicabile per il giudice. Per le misure coercitive non custodiali e per le misure interdittive sono fissati termini di durata massima, lunghi per le prime (art. 308, comma 1 c.p.p.) e brevi per le seconde (art. 308, comma 2 c.p.p.).

Il terzo e conclusivo capitolo, invece, si soffermerà sul sistema delle impugnazioni cautelari, le quali provocano un incidente procedimentale, ciò implica che l'impugnazione avvia un procedimento incidentale de libertate

a efficacia meramente interna al procedimento penale principale instaurato. Il riesame è il mezzo d'impugnazione avverso l'ordinanza che dispone una misura cautelare coercitiva (art. 309 c.p.p.). L'appello è il mezzo di impugnazione di merito a carattere residuale esperibile innanzi al Tribunale del Riesame da qualsiasi parte processuale avverso tutte le ordinanze di libertà diverse da quelle genetiche di imposizione della misura coercitiva; nonché avverso le ordinanze impositive di una misura interdittiva. (art. 310 c.p.p.). Infine contro le decisioni emesse in sede di riesame o di appello cautelare, il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore possono proporre ricorso per cassazione entro 10 giorni dalla comunicazione o dalla notificazione dell'avviso di deposito del provvedimento. All'imputato e al suo difensore, è offerta, inoltre, una ulteriore opportunità, infatti, negli stessi termini, possono proporre direttamente ricorso per cassazione per violazione di legge contro le ordinanze che dispongono una misura coercitiva. La proposizione del ricorso rende inammissibile la richiesta di riesame, in quanto è a essa alternativa. (art. 311 c.p.p.)

CAPITOLO PRIMO

LE MISURE CAUTELARI

1. Premessa

Dall'entrata in vigore della codificazione vigente, prassi devianti e leggi securitarie hanno man mano sgretolato le pareti garantistiche costruite con geometrie tanto efficaci¹ da suscitare sensazioni rassicuranti all'idea di quel sottosistema normativo contenuto nel libro IV. Materia al centro di continue tensioni riformatrici, dovute forse all'incapacità del legislatore di mediare efficacemente logiche ispirate alla protezione di valori diversi e talvolta contrapposti.

Se, in generale, la trama repentinamente logora dell'assetto codicistico è stata incisa dal succedersi di interventi novellistici ispirati da diversi modi di intendere il rapporto di priorità tra gli interessi ritenuti meritevoli di tutela nei diversi momenti storici, il settore delle cautele ha rappresentato, più nello specifico, il facile bersaglio per il legislatore che, sulle onde emotive del bisogno di sicurezza collettiva, ha proceduto a dilatare le ipotesi di ricorso necessitato al potere cautelare per poi assistere inerte alle declaratorie di incostituzionalità delle esorbitanze dal principio del “minor sacrificio necessario” per la libertà dell'imputato.

¹ V. Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, CP, 2014, 20.

Con «deleterio pendolarismo»² il legislatore si è posto di volta in volta, a seconda della temperie culturale e degli equilibri politici del momento, dall'angolo visuale di una parte, privilegiandone e potenziandone le istanze, dimentico del delicatissimo equilibrio su cui poggia il sistema del codice di procedura penale.

Il carattere ondivago della legislazione processuale si è manifestato con interventi di segno rigorista alternate a leggi ispirate al garantismo³, «secondo un movimento ... largamente condizionato»⁴ dai protagonisti del processo in conflitto tra loro. I tratti apertamente emotivi assunti dalla decretazione d'urgenza (con i c.d. «pacchetti sicurezza») hanno connotato la politica penale in momenti di particolare e, si può dire, forse apparente, allarme della collettività, animata da inquietanti prese di posizione su vicende di cronaca rese eclatanti da campagne mediatiche ostinate⁵.

Al tempo stesso, si è resa forte l'esigenza di corrispondere a inviti di adeguamento alle realtà sovranazionali⁶, destinata a condizionare il legislatore interno sul piano delle politiche processuali penali⁷. Il vario intrecciarsi di questi

2 In tal senso Giostra, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995 n. 332*, a cura di Grevi, Torino, 1996, 229.

3 V. Amodio, *Verso una storia della giustizia penale nell'Italia repubblicana*, *Criminalità*, 2010, 2011, 19.

4 Orlandi, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, *RIDPR*, 2014, 1134.

5 Osserva bene SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, 20.

6 V. per una visione d'insieme GAITO, *L'adattamento interno alle fonti europee*, in *Procedura penale*, Torino, 2015, 30 ss.

7 V. in ordine ai recenti approdi della dottrina sul diritto penale europeo, PALIERO.

elementi ha condotto a rivalutare o a considerare come lo strumento processuale potesse costituire l'elemento più flessibile e quello da rafforzare in una logica nella quale era necessario affrontare le sfide della criminalità⁸.

Non è certo questa la sede per ripercorrere le generalizzate esperienze riformiste che si sono succedute nel recente passato e che hanno accresciuto la sensazione di incertezza dovuta all'instabilità normativa, elemento costante e duraturo nell'attuale esperienza dei sistemi penali⁹. L'attenzione deve però volgersi ai mutamenti che, a vario modo, hanno alterato il sottosistema delle cautele personali negli ultimi anni, attraverso asistematici aggiustamenti tesi per un verso ad attribuire tratti anomali alla custodia cautelare, affidandole la funzione di immediata reazione dello Stato nei confronti del delitto e, per l'altro, a promuovere repentine inversioni di tendenza all'insegna del ripristino dei contenuti costituzionali e dei principi di adeguatezza e proporzionalità¹⁰: «dentro lo schema – proprio per la sua flessibilità – è possibile incidere su alcuni snodi così da rendere più “rigidi” o più “dolci” i meccanismi restrittivi»¹¹. È anche questo l'esito del bisogno di tenere sotto controllo quel confine mobile che – in virtù dei bilanciamenti notevoli – divide l'area della tutela dei diritti fondamentali da quella della tutela della collettività che, come risaputo, può imporre il sacrificio dei primi, con intensità oscillante in virtù del clima socio-culturale dominante¹².

8 Cfr. SPANGHER, *Considerazioni sul processo*, cit., 12.

9 Così ORLANDI, *La riforma del processo*, cit., 1136.

10 Cfr. PRESUTTI, *Gli incerti confini delle esigenze cautelari: la cautela come forma di anticipazione della pena*, in *Le fragili garanzie della libertà personale. Per un'effettiva tutela dei principi costituzionali*, Milano, 2014, 57.

11 Così SPANGHER, *Considerazioni sul processo*, cit., 55.

12 V. ancora ORLANDI, *La riforma del processo*, cit., 1157.

L'imposizione di sacrifici eccessivi ha rappresentato il sintomo dell'eccesso di potere legislativo finalizzato a imporre automatismi applicativi per la restrizione della libertà o a imprimere una finalità di anticipazione della pena alla stessa¹³. A questi ha dovuto necessariamente, anche per l'irragionevolezza di certi interventi rilevata dal Giudice delle leggi, fare da contrappeso l'azione "chirurgica", sempre del legislatore, per porre rimedio al contingente e consequenziale numero di detenuti in regime di custodia cautelare. L'impianto ha subito i contraccolpi dell'involuzione delle prassi e degli orientamenti giurisprudenziali. Nel quadro variegato si è mossa verso la riduzione dell'eccesso di carcerazione preventiva tutta una serie di provvedimenti normativi frammentari e settoriali che hanno avuto l'intento di evitare gli abusi, ormai ortodossi, nel ricorrere alla detenzione cautelare inframuraria¹⁴. Del medesimo tenore, l'ultimo intervento sul libro IV del codice di rito (apportato con la l. 16-4-2015, n. 47) finalizzato, con più precisione, a puntualizzare le modalità di esercizio del potere cautelare in capo al giudice di "prima istanza", ma altresì in capo al collegio del controllo in sede di riesame, a incentivare l'applicazione di misure che consentano di evitare l'accesso agli istituti di pena – assegnando all'adeguatezza valenza non solo teorica -, a cadenzare alcuni aspetti procedurali con la codificazione di soluzioni già maturate in sede giurisprudenziale ed a riordinare alcune criticità seppure con soluzioni di compromesso. Sullo sfondo, ma solo sullo sfondo¹⁵, il problema da recidere è stato il sovraffollamento

13 Guardando solo agli interventi normativi d'urgenza degli ultimi anni, si può ricordare il d.l. 23-2-2009, n. 11, conv. nella l.23-4-2009, n. 38.

14 In generale sui singoli interventi v. *Misure cautelari ad personam. Un triennio di riforme*, a cura di A. Diddi-R.M. Geraci, Torino, 2015.

15 L'intento è stato anche quello di ripristinare una cultura delle cautele penali fondate sul pieno rispetto della presunzione di innocenza e sulla funzione strumentale al processo delle misure di contenimento. Così emerge dalla Relazione di accompagnamento alla legge n. 47 del 2015. Per approfondimenti sui lavori parlamentari v. ANDREUCCIOLI, *L'iter parlamentare della riforma, in Le misure cautelari nella strategia del minor sacrificio necessario*, a cura di Chinnici, Roma, 2015, 121 ss.

carcerario¹⁶. Quella della riforma del 2015 è una filosofia diversa, dunque, rispetto a quella che aveva guidato i settoriali interventi tendenzialmente deflattivi, forse temporanei, e incapaci di influire sul livello di credibilità dell'azione giudiziaria¹⁷ e che, per la sua incidenza, giustifica un contributo di aggiornamento che si concentri sulle molteplici modificazioni al sottosistema delle cautele.

Di certo le implementazioni normative scomposte preannunciano sempre altre riforme: ciò che è effetto di disorientamento legislativo non può non essere causa di disorientamento giurisprudenziale e di instabilità del sistema. Tuttavia, il settore delle limitazioni alle libertà mette in gioco valori troppo alti per attendere l'organica riforma di un sistema che vacilla in molti, quasi tutti, gli altri settori di quella sequenza che compone l'iter processuale. Con questa realtà ci si deve confrontare per cogliere i contenuti delle modifiche normative orientate ancora una volta al recupero della legalità degli strumenti cautelari, e comprenderne la portata operativa in una logica di innovazione rispetto alle pratiche deleterie che si contrappongono ai valori costituzionali e convenzionali.

D'altronde qualsiasi riforma potrebbe essere arginata e soffocata nel perpetrarsi di immutate ideologie.

16 A seguito delle condanne allo Stato italiano inflitte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Da ultimo si veda C. Dir. Uomo, 8-1-2013, *Torreggiani e altri c. Italia*.

17 Così SCALFATI, *Scaglie legislative sull'apparato cautelare*, in *Misure cautelari ad personam*, Un triennio di riforme, a cura di A. Diddi-R.M. Geraci, cit., 3.

2. Le condizioni generali di applicabilità delle limitazioni alla libertà della persona

In una materia già contrassegnata dal principio di legalità¹⁸, l'art. 272 introduce una ulteriore garanzia precisando che “le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni” del Titolo I del Libro IV.

Siamo di fronte a una riaffermazione della *lex generalis* contenuta nel codice rispetto alla miriade di norme speciali germinate a fianco e talora contro di essa.

¹⁸ Art. 13, co. 2, Cost.: “Non è ammessa forma alcuna di (...) restrizione della libertà personale, se non (...) nei soli casi e modi previsti dalla legge”

Questa apprezzabile scelta di fondo non ha resistito al logorio dei primi anni di applicazione del codice 1988 ed è stata intaccata dalla legislazione novellistica, ma conserva ugualmente il profondo significato di porre il codice come legge fondamentale a tutela della “inviolabilità” della libertà personale¹⁹ e a regolamento dei “casi e modi” in cui, per ragioni di giustizia, possono essere attuate limitazioni a questa e ad altre libertà della persona come quella di circolazione, di comunicazione, di espatrio, di lavoro.

Resta confermato che “la libertà dei cittadini dipende dalla procedura penale”²⁰, ma va anche dato atto che la materia è di quelle più sensibili alle contingenze del momento.

Per quanto il valore dominante sia la libertà personale, l’art. 272 considera con pari dignità anche le altre libertà costituzionalmente garantite²¹ ponendo un principio di legalità “rafforzato” con riguardo non solo alle misure coercitive ma anche alle misure interdittive, entrambe riconducibili al genus delle misure cautelari personali.

Valevoli per tutte le misure cautelari personali sono anche le “condizioni generali di applicabilità” stabilite nell’art. 273: quale che sia il carattere afflittivo della misura che si intende applicare, e quand’anche la misura incida marginalmente sulla libertà della persona, “nessuno può esservi sottoposto se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza” (fumus commissi delicti).

Nella storia del processo penale si sono alternate varie formule, con finalità ora restrittiva ora garantista, ma non vi è dubbio che l’aver richiesto “gravi indizi” invece che “sufficienti indizi” o, tout court, “indizi” di colpevolezza²²

19 Per cui la restrizione non può essere la regola: art. 13, co. 1, Cost.

20 F. Benevolo, 1886.

21 Art. 16 Cost.

22 Ad es., art. 220 disp. coord.