
ENRICO MARZADURI

**A trenta anni dall'entrata in vigore del c.p.p.:
le disposizioni generali sulle
misure cautelari personali**

L'Autore ripercorre le principali riforme che negli anni hanno interessato i presupposti applicativi delle cautele personali giungendo ad un bilancio che non lascia intravedere segnali incoraggianti.

Thirty years after the entry into force of the Tax Code: the general provisions on personal precautionary measures.

The author retraces the main reforms that over the years have affected the application assumptions of personal precautions, reaching a budget that leaves no glimpse of encouraging signs.

SOMMARIO: 1. I presupposti per l'applicazione delle misure cautelari personali: una panoramica sulle principali novità sistematiche e contenutistiche introdotte con l'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988. - 2. Le modifiche apportate alla versione originaria delle disposizioni generali del titolo I del libro IV: la riduzione degli spazi riservati al principio di adeguatezza, una perdita di garanzie non neutralizzata dalle novelle concernenti gli artt. 273 e 274 c.p.p. - 3. Uno sguardo al presente, senza particolari speranze nel prossimo futuro.

1. *I presupposti per l'applicazione delle misure cautelari personali: una panoramica sulle principali novità sistematiche e contenutistiche introdotte con l'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988.* Nella Relazione al progetto preliminare, prima di procedere alla delineazione dei contenuti del libro IV, veniva sottolineata l'importanza della scelta operata con l'intitolazione di "un intero libro alle misure che possono essere disposte nel corso del processo penale in funzione di esigenze cautelari e con effetti limitativi delle libertà o delle disponibilità di beni da parte dell'imputato". Era stata così superata "l'impostazione minimizzante adottata in proposito" dal codice Rocco che recava nel libro dedicato all'istruzione la maggior parte delle disposizioni in materia. In effetti, l'inserzione della tematica *de libertate* all'interno della disciplina di una specifica fase procedimentale risultava inadeguata a fronte di "problemi di equilibrio tra le esigenze che possono definirsi (...) "cautelari" (e che coinvolgono il processo penale nel suo insieme) e le esigenze di rispetto di quel diritto alla libertà personale che nella Costituzione trova tutela primaria ed autonoma in quanto tale"¹. E peraltro non si

¹ Cfr. Relazione al progetto preliminare, in *G.U.* n. 250 del 24 ottobre 1988, Suppl. ord. n. 2, 70. Sul punto, v. CHIAVARIO, *Una "carta di libertà" espressione di impegno civile: con qualche squalcitra (e qualche...patinatura di troppo)*, in *Commento Chiavario al nuovo c.p.p.*, vol. III, Torino, 1990, 3, che ricorda come la sistemazione tra le norme relative all'istruzione avesse suggerito, tra l'altro, la sconcertante congettura che "di quest'ultima" i provvedimenti sulla libertà rappresentassero "un mezzo operativo": FASSONE, *La coercizione personale*, in *Mag. Dem.*, 1978, 14. Più in generale, sul significato della

può non ricordare come la caratterizzazione istruttoria del provvedimento di cattura fosse stata confermata, se non accentuata, a seguito della modifica apportata con la legge n. 330 del 1988 al testo dell'art. 273 c.p.p. 1930, disposizione che oltre a delimitare i poteri di cattura dopo il rinvio a giudizio sul piano teleologico, ne stabiliva l'operatività solo per imputazioni che comportavano in precedenza la cattura obbligatoria.

Nel nuovo testo codicistico, come venne subito rilevato, non compariva più l'espressione *libertà personale dell'imputato*², con la quale nel c.p.p. precedente veniva invece contrassegnato il capo II del libro *Dell'istruzione*. Ma ciò in conseguenza innanzitutto dell'attenzione per la caratterizzazione 'cautelare', che aveva consentito di "raccolgere le varie misure sotto un'etichetta comune, con una normativa che si articola (...) sulla bipartizione tra misure destinate ad incidere più direttamente sulla personalità dell'individuo e misure che colpiscono i beni materiali"³, ma altresì alla luce della presenza anche per il primo gruppo di misure di provvedimenti destinati ad incidere su situazioni soggettive sicuramente non riconducibili alla sfera giuridica tutelata nell'art. 13 Cost. Pertanto, nell'art. 272 c.p.p., nella disposizione d'esordio del titolo *Misure cautelari personali*, si allude correttamente nella rubrica e nel testo a limitazioni riguardanti le "libertà della persona", libertà che possono non coincidere con la libertà personale e che, per l'appunto, vengono in specifica considerazione in caso di applicazione delle misure interdittive⁴.

Quanto ai profili contenutistici, si doveva osservare come l'attuazione della direttiva concernente la previsione di "misure diverse di coercizione personale, fino alla custodia in carcere" (art. 2 n. 59 legge delega del 1987), in buona parte avesse già ricevuto anticipata traduzione nelle novelle degli anni ottanta,

collocazione riservata nel codice 1930 alle previsioni sulla libertà personale dell'imputato, v., volendo, MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. Pen.*, IV, v. VIII, Torino, 1994, 62 s.,

² Così CHIAVARIO, *Una 'carta di libertà'*, cit., 4, segnalava la peculiarità terminologica costituita dalla scomparsa dell'espressione *de qua*: "C'è un dato che può addirittura suonare come paradossale, a fronte della rimarcata sensibilità che la riforma dimostra per l'importanza, di principio e concreta, che anche il linguaggio ed il sistema possono rivestire, come segnali di attaccamento a determinati valori".

³ Relazione, cit., 71.

⁴ Cfr. PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano, 1992, 78 ss. Una limitazione della libertà personale sembrerebbe invece sempre individuabile in caso di applicazione di misure coercitive, "solo che si tenga presente come tutte, sia pure in termini sensibilmente differenziati, si traducono in limiti della libertà di disposizione della persona nello spazio": MARZADURI, *Misure cautelari*, cit., 64, cui si rinvia per ulteriori considerazioni sui rapporti tra gli artt. 13 e 16 Cost. ai fini di una corretta collocazione sistematica dei provvedimenti che danno corpo ad un semplice vincolo obbligatorio e non ad una coazione fisica, coazione fisica a ben vedere rinvenibile nel solo caso della custodia in carcere.

con la introduzione di ‘alternative’ in funzione limitativa del ricorso alla misura carceraria. Tuttavia, se era senza dubbio “un merito della ‘cultura della riforma’ l’aver spezzato il pregiudizio secondo cui soltanto il carcere sarebbe ‘naturalmente’ in grado di venir incontro ad esigenze cautelari effettive durante il procedimento penale”, appariva ben chiaro ai commentatori più attenti come “la strada” fosse “ancora lunga perché gli sforzi fatti (...) sul piano strettamente normativo” potessero “trovare, in un contesto strutturale auspicabilmente meno inadeguato, l’aggancio per portare frutti di una qualche consistenza”⁵.

La varietà dei provvedimenti cautelari personali adottabili si coniugava con l’assoluta identità delle previsioni dettate in tema di condizioni di applicabilità, sia a livello di *fumus commissi delicti* sia sul piano dei *pericula in mora*, come pure, almeno nel caso delle misure coercitive, con riferimento alla gravità del reato richiesta per la relativa utilizzazione. Difatti, era stata respinta, in sede di redazione del testo definitivo, pur dopo un intenso dibattito, la proposta di mantenere un trattamento differenziato per gli imputati di delitti di particolare gravità, trattamento che proprio a meno di tre mesi dall’approvazione del codice aveva trovato traduzione nella previsione dell’obbligo per il giudice di emanare un provvedimento motivato in caso di mancata applicazione della custodia dell’imputato, per la ritenuta insussistenza delle esigenze cautelari, rispetto alle fattispecie di reato un tempo assoggettate al regime della cattura obbligatoria (art. 254 c.p.p. 1930, come modificato dalla l. 5 agosto 1988, n. 330)⁶.

Per addivenire all’adozione di una qualsiasi misura cautelare personale, risultava quindi imprescindibile una concreta valutazione del pubblico ministero, prima, del giudice, poi, in forza della quale doveva essere attestata, accanto alla sussistenza della gravità indiziaria, la presenza almeno di una delle esigenze cautelari indicate nell’art. 274 c.p.p.; e solo a quel punto si profilava la scelta della misura da utilizzare nel rispetto del principio di adeguatezza, alla natura ed al grado del *periculum*, e del principio di proporzionalità, all’entità del fatto ed alla sanzione irrogabile, riservato comunque il ricorso alla custodia cautelare in carcere esclusivamente alle ipotesi in cui ogni altra misura fosse risultata inadeguata in base ai suddetti canoni.

⁵ V., ancora, CHIAVARIO, *Una ‘carta di libertà’*, cit., 8.

⁶ “A sconsigliare la recezione di un tale istituto” era “stata la ‘storia’ della legge delega del 1987, in quanto nella versione definitiva della legge medesima” era venuta “a cadere quel riferimento ad un meccanismo del genere, che, invece, era contenuto in una versione precedentemente elaborata”: Relazione al testo definitivo, in *G.U.*, cit., 184. Sul punto, v. le considerazioni critiche mosse da CHIAVARIO, *Una ‘carta di libertà’*, cit., 10 s.

Non mancavano comunque margini per riflessioni ragionevolmente preoccupate. Così il riferimento ai pur gravi, ma sempre indizi di colpevolezza, non poteva non favorire il prevalere della tesi dell'assoluta irrilevanza delle regole sulla inutilizzabilità e sulla valutazione delle prove contenute, tesi che sarebbe stata ben presto formulata sull'indimostrato presupposto che i principi valutativi in questione dovevano riferirsi alle sole prove in senso stretto, e cioè agli elementi utilizzabili per la decisione dibattimentale sulla responsabilità dell'imputato⁷. Il che veniva a contrastare il significato intimamente garantistico della previsione dell'art. 273 c.p.p., da individuarsi nel contenimento entro limiti accettabili del pericolo che l'iniziativa cautelare potesse incidere sulle libertà di soggetti poi non raggiunti da declaratoria di colpevolezza al termine del procedimento penale⁸.

Quanto poi alle esigenze cautelari, dopo l'intervento della Corte costituzionale con la sent. n. 1 del 1980, risultava ormai 'sdoganata' la finalizzazione preventiva, a dispetto dell'innegabile contiguità con una teleologia tipica delle sanzioni penali. Invero, in tale decisione i giudici di Palazzo della Consulta avevano fornito una lettura più che estensiva dei riferimenti espressi nella sent. n. 64 del 1970, dove si chiariva come il carcere dell'imputato poteva giustificarsi "unicamente in vista della soddisfazione di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo"⁹. Per l'appunto, si arrivò ad asserire che "le finalità della custodia preventiva, che non possono in alcun modo risolversi in anticipata espiazione di pena, sono segnate da esigenze di carattere cautelare, rispetto a ragioni di giustizia penale che per la durata del processo

⁷ Per un'accurata ed ampia rassegna, cfr. GUARINIELLO, *Schede su Corte di cassazione e codice di procedura penale: misure cautelari personali e gravi indizi di colpevolezza*, in *Foro It.*, 1992, II, 310 ss.

⁸ Sottolineava l'importanza dell'accertamento del *fumus commissi delicti*, "fondamento naturale" di ogni misura limitativa della libertà personale dell'imputato, VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Giust. pen.*, 1978, I, 13. In sintonia con questa impostazione, poco tempo dopo, si sarebbe espressa la Corte costituzionale nella sent. n. 1 del 1980, dove si segnala come "presupposto generale della custodia preventiva" sia "l'esistenza, in punto di fatto, di "sufficienti indizi di colpevolezza", (...) valutazione" che "dietro l'apparente contrasto con la presunzione di non colpevolezza, è al contrario necessaria a ridurre al minimo il rischio che l'anticipato sacrificio della libertà dell'imputato si riveli ingiustificato, vulnerando la presunzione di non colpevolezza nel suo contenuto più sostanziale".

⁹ La formula adottata dalla Corte nella sent. n. 64 del 1970, pur nella genericità del riferimento ad esigenze di carattere cautelare, genericità che almeno in parte poteva reputarsi attenuata dall'accostamento alle esigenze strettamente inerenti al processo, pareva egualmente legittimare un'interpretazione contrastante l'utilizzo della carcerazione preventiva per finalità di prevenzione speciale. Tuttavia, era anche vero che nella medesima occasione era stato ritenuta non manifestamente irragionevole la presunzione assoluta di pericolosità su cui si fondava l'istituto del mandato di cattura obbligatorio: cfr., per alcuni rilievi, MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, co. 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di DINACCI, Milano 2010, 320 s.

penale sarebbero pregiudicate ove non potesse cautelativamente provvedersi anche prima della sentenza definitiva”. E questa operazione interpretativa, consistente nell’immotivato collegamento della logica cautelare con non meglio precisate ragioni di giustizia penale emerse nell’iter processuale, portava la Corte costituzionale ad affermare che non vi sarebbe “sostanziale differenza fra esigenze ‘strettamente inerenti al processo’, ed altre che comunque abbiano fondamento nei fatti per cui è processo, posto che anche la tutela di queste ultime abbia rilievo costituzionale, e giustifichi quindi il sacrificio della libertà personale dell’imputato”¹⁰.

2. Le modifiche apportate alla versione originaria delle disposizioni generali del titolo I del libro IV: la riduzione degli spazi riservati al principio di adeguatezza, una perdita di garanzie non neutralizzata dalle novelle concernenti gli artt. 273 e 274 c.p.p. Queste preoccupazioni, tuttavia, dovevano ben presto essere soverchiate da altre preoccupazioni, provocate dagli interventi di un legislatore che, a distanza di poco più di un anno dall’entrata in vigore del codice, con l’art. 2 d.l. n. 324 del 1990, avrebbe stabilito che, per una nutrita serie di fattispecie delittuose, individuata la presenza di gravi indizi di colpevolezza, doveva essere disposta la custodia cautelare in carcere, a meno che non fossero stati acquisiti elementi dai quali risultasse che non sussisteva alcuna esigenza cautelare. Il provvedimento governativo non sarebbe stato convertito in legge, ma sarebbe stato seguito da altri tre decreti-legge, solo l’ultimo dei quali, il d.l. n. 152 del 1991, avrebbe avuto un fausto percorso parlamentare, nei quali anche l’acquisizione di elementi dai quali risultasse che le esigenze cautelari potevano essere soddisfatte da misure meno invasive, avrebbe evita-

¹⁰ Come giustamente rilevava ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale. I cinquant’anni della Corte costituzionale*, Napoli, 2007, 389, dopo il richiamato intervento della Corte costituzionale il dibattito dottrinale sul tema si sarebbe “quasi completamente sopito”. L’estraneità al percorso tipicamente processuale della finalizzazione preventiva della custodia dell’imputato aveva portato più di un interprete ad assumere con nettezza posizioni lontane da quelle che sarebbero state espresse nella sent. n. 1 del 1980: v., in particolare, GREVI, *Libertà personale dell’imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 49, per il quale “non sembra possano esservi dubbi nel concludere che lo stesso art. 27, co. 2, Cost. conduca decisamente al ripudio di una concezione della custodia preventiva in funzione di prevenzione speciale”. Arrivava a riconoscere al più un ruolo accessorio all’esigenza specialpreventiva, ritenendola rilevante solo se congiunta ad altra esigenza cautelare VASSALLI, *Libertà personale*, cit., 24. Nel senso di un possibile contemperamento tra detta finalità e la presunzione di non colpevolezza dell’imputato, cfr. invece CHIAVARIO, “Controllo giudiziario” e libertà individuali: riflessioni in margine ad un’importante “novità” della legislazione francese, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 265 ss.

to il ricorso alla misura carceraria¹¹. Questa apertura al principio di adeguatezza sarebbe comunque venuta meno con l'art. 1 comma 1 d.l. n. 152 del 1991, convertito in l. n. 356 del 1991, disposizione con la quale avrebbe trovato conferma integrale la rammentata modifica dei contenuti dell'art. 275 c.p.p., con l'inserzione di un periodo nel terzo comma nel quale, per l'appunto, sussistenti gli indizi di cui all'art. 273 c.p.p. e non acquisiti elementi escludenti ogni esigenza cautelare, si prevedeva l'applicazione della custodia in carcere per un ancor più ampio ventaglio di imputazioni di quello individuato nel d.l. n. 324 del 1990.

La controriforma del 1991 non solo eliminava ogni rilevanza del principio di adeguatezza, ma, introducendo una regola di giudizio estremamente impegnativa per la difesa, dal momento che era stata subordinata l'astensione dall'emissione del provvedimento di incarcerazione alla presenza in atti della prova positiva della mancanza anche della più tenue esigenza cautelare¹², finiva per reintrodurre nella sostanza il mandato di cattura obbligatorio, e, quindi, consentiva una surrettizia anticipazione del trattamento sanzionatorio: l'unico substrato in positivo del provvedimento cautelare si individuava nell'accertata sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza¹³. E questa lettura trovava puntuale traduzione nella giurisprudenza di legittimità, per la quale l'ordinanza restrittiva non necessitava, sotto il profilo delle esigenze cautelari, di alcuna specifica motivazione¹⁴.

¹¹ Al d.l. n. 324 del 1990 avrebbero fatto seguito i dd.ll. nn. 5 e 76 del 1991, non convertiti, ed il d.l. n. 152 del 1991, invece convertito in l. n. 203 del 1991, nei quali l'applicazione della custodia cautelare in carcere non si sarebbe avuta non solo in seguito all'acquisizione di elementi dai quali risultava l'insussistenza delle esigenze cautelari, ma anche nel caso in cui le stesse potessero essere soddisfatte con altre misure. Sui contenuti dei provvedimenti normativi appena richiamati, v., in particolare, DI CHIARA, *Il carcere come 'extrema ratio': emergenze normative, emergenze giurisprudenziali e recenti polemiche*, in *Foro It.*, 1992, II, 1 ss.; SCHELLINO, sub *art. 275 c.p.p.*, in *Commento Chiavario*, cit., *Primo aggiornamento*, Torino, 1992, 123 ss.

¹² Come segnalava SCHELLINO, sub *art. 275 c.p.p.*, cit., 129, "nella generalità dei casi, sarebbe illusorio attendersi che elementi di tal fatta possano scaturire dalle circoscritte sorgenti gnoseologiche (...) cui al giudice per le indagini preliminari è consentito attingere".

¹³ Con estrema chiarezza individua il significato della presunzione relativa in questione CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di GIULIANI, Torino, 2015, 128 s., quando ricorda come nella prima fase del procedimento cautelare "il giudice ha come unico interlocutore il pubblico ministero, che tratterà il perimetro cognitivo della decisione: pur essendo tenuto ad allegare anche il materiale favorevole all'indiziato, difficilmente presenterà dati capaci di scardinare alle radici le ragioni della richiesta".

¹⁴ Così, tra le tante, Cass., Sez I, 6 febbraio 1992, Gammone, in *Giur. it.*, 1992, II, 653; Cass., Sez. un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Cass. pen.*, 1995, 842.

Una così clamorosa lesione delle previsioni costituzionali, *in primis*, dell'inviolabilità della libertà personale, inviolabilità che impone l'individuazione di concrete esigenze legittimanti il sacrificio del bene tutelato nell'art. 13 Cost., ma altrettanto della presunzione di non colpevolezza, presunzione che non consente l'utilizzo della custodia in carcere a fini punitivi, doveva tuttavia essere convalidata dalla Corte costituzionale con una decisione, presa nelle forme dell'ordinanza, in cui si sarebbe giunti ad affermare che la garanzia espressa nell'art. 27, co. 2, Cost. risultava "estranea (...) all'assetto e alla conformazione delle misure restrittive che operano sul piano cautelare, che è piano del tutto distinto da quello concernente la condanna e la pena"¹⁵. Invero, emergeva *ictu oculi* il preoccupante vizio logico nel quale erano incorsi i giudici di Palazzo della Consulta: "la distinzione di piano richiamata nell'ordinanza tra cautele processuali e sanzioni penali, è assicurata proprio (non solo ma sicuramente anche) dal rispetto della presunzione di non colpevolezza"¹⁶.

Ridotta nel 1995 la lista dei delitti per i quali operava la doppia presunzione al solo art. 416 *bis* c.p. ed ai reati aggravati dal contesto mafioso¹⁷, detto catalogo doveva essere scompostamente riesteso nel 2009, così da ridurre nuovamente ad "un vuoto proclama (...) la solenne apertura dell'art. 275, co. 3, c.p.p."¹⁸. Invero, se a parziale scusante del legislatore dei primi anni novanta vi era stata la stagione dei feroci episodi criminali consumati dalle organizzazioni di stampo mafioso, i contenuti del d.l. n. 11 convertito in l. n. 38 riflettevano chiari e bassi intenti elettoralistici, perseguiti attraverso una novellistica pronta ad assecondare allarmi sociali, spesso fomentati da mirate campagne mediatiche¹⁹. Appariva a quel punto davvero utopistico sperare in una revisione normativa volta a ridurre quantomeno il profondo *vulnus* che era stato arrecato all'impianto garantistico voluto dal Costituente e sviluppato nel primo e sinora unico codice repubblicano.

¹⁵ Cfr. Corte cost., ord. n. 450 del 24 ottobre 1995, annotata criticamente da NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 1996, 2839 ss.

¹⁶ MARZADURI, *Law in the books e law in action: la libertà personale tra rispetto della presunzione di non colpevolezza ed anticipata esecuzione delle sanzioni detentive*, in *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, a cura di De Francesco e Gargani, Milano, 2017, 222 nt. 18.

¹⁷ Si rinvia, volendo, per un commento alle modifiche apportate dalla l. n. 332 del 1995, a MARZADURI, sub *art. 275 c.p.p.*, in *Commento Chiavario*, cit., *Terzo aggiornamento*, Torino, 1998, 181 ss.

¹⁸ Sul punto, per un'approfondita disamina delle varie fattispecie inserite nel 2009 nell'art. 275 comma 3, v. CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, cit., 105 ss.

¹⁹ Cfr. ancora CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, cit., 108 s., che ricorda altresì l'appassionata denuncia di GIOSTRA, *Carcere cautelare 'obbligatorio', la campana della Corte costituzionale, le 'stecche' della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, 4904 s.

Fortunatamente allontanatasi dallo sconcertante precedente del 1995, sarebbe stata la Corte costituzionale, tra il 2010 ed il 2015, ad intervenire con ben nove decisioni di accoglimento delle censure mosse nei confronti del regime della doppia presunzione²⁰, decisioni nelle quali si è affermata l'irragionevolezza della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per una significativa serie di ipotesi delittuose. Pur dovendosi riconoscere l'importanza dell'apporto così assicurato ad un riallineamento della disciplina codicistica con i principi costituzionali, non si può fare a meno di rilevare come le declaratorie di illegittimità siano rimaste strettamente collegate al *devolutum*, senza prendere in considerazione alcuna la presunzione relativa riguardante la sussistenza delle esigenze cautelari. Non solo. La valutazione circa l'irragionevolezza della presunzione assoluta non discendeva *tout court* da un'incompatibilità con gli artt. 13, co. 1, e 27, co. 2, Cost., ma era conseguente ad una verifica operata caso per caso dell'esistenza di dati d'esperienza generalizzati, tali da impedire di formulare in modo agevole ipotesi contrarie e, per tale ragione, idonei a giustificare un regime di massima severità, implicante l'adozione sempre e soltanto della custodia carceraria. Il che lasciava spazio, evidentemente, alla sopravvivenza altrove del richiamato meccanismo presuntivo. Inoltre, con soluzione vistosamente creativa, i giudici della Corte, invece di fermarsi alla constatazione dell'irragionevolezza della soluzione normativa denunciata, hanno limitato gli effetti demolitivi delle pronunce alla parte in cui la previsione *sub iudice* non consentiva al giudice di evitare il ricorso alla custodia in carcere, oltre che in presenza di elementi dai quali risultava l'insussistenza delle esigenze cautelari, altresì in presenza di elementi dai quali emergeva la possibilità di soddisfare dette esigenze con una diversa misura. È stata così introdotta una presunzione relativa di adeguatezza della detenzione dell'imputato, sostitutiva della presunzione assoluta, "suggerita da" non meglio identificati "aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato"²¹.

La risposta alle decisioni del giudice delle leggi si sarebbe tradotta nei contenuti dell'art. 4 legge 16 aprile 2015, n. 47, dove "il legislatore, al di là dei proclami, si è limitato a recepire pedissequamente i meri dispositivi delle sentenze costituzionali che (...) avevano smembrato il previo provvedimento novellatore, senza trarre da quelle censure reiterate il dovuto stimolo a ripensare con

²⁰ Si allude alle sentt. n. 265 del 2010, mm. 164, 231 e 331 del 2011, n. 110 del 2012, mm. 57, 213 e 232 del 2013, n. 48 del 2015.

²¹ Per un cenno, cfr. MARZADURI, *Continua la bonifica costituzionale nei confronti dei meccanismi presuntivi di accertamento della sussistenza delle esigenze cautelari*, in *Leg. pen.*, 2013, 1070.

più freddezza l'intera materia"²². Così le presunzioni assolute finiscono per coinvolgere esclusivamente i reati di associazione mafiosa, terroristica e sovversiva, mentre le residue fattispecie che la riforma del 2009 aveva ricondotto nella sfera di operatività del regime speciale, vengono disciplinate in ossequio ai *decisa* della Corte costituzionale, con la previsione di una presunzione adesso solamente relativa di adeguatezza della custodia in carcere²³.

La tematica sin qui considerata, almeno teoricamente, si colloca in una posizione subordinata a quella della individuazione e della descrizione delle esigenze cautelari. Tuttavia, non è affatto un caso quello per cui il legislatore, per operare in sede processuale consistenti opzioni di politica criminale, abbia preso in considerazione i criteri di scelta delle misure e non la disciplina delle esigenze cautelari. Questa distinta problematica, per l'appunto, oltre ad aver raggiunto, come si è già accennato, una significativa stabilità dopo la sent. n. 1 del 1980 della Corte costituzionale, si mostrava anche assai meno vicina alle tensioni applicative, e, quindi, assai meno apprezzabile a livello di sensibilità pubblica.

Pertanto, senza ricevere particolare attenzione se non dagli addetti ai lavori, si sono susseguite modifiche al testo dell'art. 274 c.p.p., con la l. n. 332 del 1995, con il d.l. n. 78 del 2013, convertito in l. n. 94 del 2013, poi con la l. n. 47 del 2015, per lo più in una direzione di *favor* per la tutela delle libertà dell'imputato.

Invero, relativamente al pericolo di inquinamento probatorio, con la novella del 1995 si è inteso dare innanzitutto risposta a prassi applicative secondo cui l'esercizio del diritto al silenzio da parte dell'inquisito poteva essere valutato dal giudice come circostanza concretizzante l'attualità del pericolo per l'acquisizione delle fonti di prova. L'intervento del legislatore, nel ribadire "un principio già esistente ma talvolta misconosciuto", tuttavia, "al di là del chiarimento teorico", nella misura in cui intendeva contrastare comportamenti devianti dell'autorità giudiziaria, era destinato ad esiti decisamente modesti, "poiché difficilmente l'uso improprio della custodia in carcere viene dichiarato nella motivazione del provvedimento"²⁴. Al fine di evitare la sopravvivenza di eccessivi spazi di discrezionalità nell'applicazione delle misure cautelari, si

²² CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, cit., 103.

²³ Almeno sul piano formale, peraltro, la novella del 2015 è andata al di là di quanto strettamente imposto dall'ossequio ai dispositivi delle sentenze costituzionali, dato che nella previgente versione dell'art. 275, co. 3, c.p.p. comparivano ipotesi di reato che non erano ancora state sottoposte al sindacato della Corte, anche se non appariva difficile pronosticare l'accoglimento dell'eventuale questione di legittimità.

²⁴ V., in questi termini, ILLUMINATI, *Commento all'art. 31. n. 332 del 1995*, in *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, 66 ss.

era fatto ricorso per lo più ad “un ridondante uso di specificazioni e aggettivazioni, che, come l’esperienza insegna, mentre favoriscono la fioritura di bizantine esercitazioni esegetiche, difficilmente determinano reali conseguenze sul piano applicativo”²⁵. In effetti, appariva decisamente pleonastico l’aver precisato che le esigenze probatorie devono attenersi “ai fatti per i quali si procede”; ed analogo giudizio poteva essere esteso alla statuizione per cui le situazioni di pericolo devono essere fondate su “circostanze di fatto espressamente indicate”, anche alla luce di una giurisprudenza consolidata che già così aveva stabilito. Quanto alla comminatoria di nullità rilevabile anche d’ufficio che accompagnava l’ultima precisazione, questa si sovrapponeva a quella inserita nell’art. 292, co. 2, lett. c) c.p.p. Assai meno irrilevante di quanto si era ritenuto all’indomani dell’approvazione della novella del 1995²⁶, invece, la previsione del requisito dell’attualità collocato accanto a quello della concretezza del pericolo²⁷.

Quanto alla riscrittura della lett. c) dell’art. 274 c.p.p., questa aveva comportato la delimitazione della categoria dei delitti della stessa specie, categoria rispetto alla quale la gravità delle singole fattispecie veniva individuata attraverso il riferimento ai limiti edittali stabiliti nell’art. 280, co. 2, c.p.p., così da impedire l’applicazione delle misure di custodia cautelare a fini di prevenzione speciale se il delitto della stessa specie non era un delitto per il quale risultava adottabile la custodia in carcere, quindi punibile con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni; limite poi innalzato a cinque anni a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 78 del 2013. Coinvolgeva invece il substrato del giudizio sulla personalità dell’indagato o dell’imputato il secondo profilo di modifica, substrato che il legislatore aveva chiaramente inteso sottrarre all’eventualità di letture nelle quali il significato dei dati obiettivi poteva essere soffocato dal ricorso a riferimenti unicamente di carattere ambientale.

Tutte e tre le esigenze cautelari sono state interessate, infine, dalla novella introdotta con la l. n. 47 del 2015. Per l’appunto, si è esteso il connotato dell’attualità del pericolo alle situazioni considerate nella lett. b) e nella lett. c)

²⁵ Così, CONTI, sub art. 3 l. n. 332 del 1995, in *Guida al Diritto*, 1995 (33), 44. V., altresì, volendo, MARZADURI, sub art. 274 c.p.p., in *Commento Chiavario*, cit., *Terzo aggiornamento*, Torino, 1998, 154 ss.

²⁶ FRIGO, sub art. 3 l. 332/95, in *Il Sole-24Ore (suppl.)*, 4/8/1995, 6, esprimeva in questi termini la superfluità dell’aggettivo aggiunto: “caso mai a qualcuno venisse in mente di dare rilievo a un pericolo (...) passato o futuro”.

²⁷ V., ad es., GIOSTRA, *Per una migliore disciplina della custodia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 304 s.

dell'art. 274 c.p.p., con la precisazione che la loro sussistenza non può essere desunta dalla sola gravità del reato. Probabilmente “una lettura attenta della disciplina consentiva già di raggiungere i medesimi obiettivi”, ma non si può certo negare che le innovazioni apportate rappresentino comunque “un segnale chiaro utile a invertire un atteggiamento, educando la giurisdizione cautelare al minor sacrificio necessario della libertà personale”²⁸.

Un'unica modifica ha invece interessato il tema del *fumus commissi delicti*, modifica avutasi con l'art. 11 della legge 1° marzo 2001, n. 63, attuativa della legge costituzionale di riforma dell'art. 111 Cost.

L'inserimento di un co. 1-*bis* nell'art. 273 c.p.p., con il quale si è stabilito che nel giudizio sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli artt. 192, co. 3 e 4, 195 co. 7, 203 e 271, co. 1, c.p.p., mirava indubbiamente ad un rafforzamento delle garanzie stabilite nel codice di rito per le libertà individuali, sancendo l'operatività di regole valutative e divieti di utilizzazione talora esclusa dalla giurisprudenza²⁹. Tuttavia, la tecnica utilizzata a tal fine, attraverso il richiamo a specifiche disposizioni, esponeva l'intervento normativo a più di una censura. In particolare, il riferimento ai soli co. 3 e 4 dell'art. 192 c.p.p. pareva fornire argomenti a sostegno dell'inapplicabilità in materia cautelare dei criteri contenuti nel 2° co. della medesima, così da avallare l'irragionevole conclusione per cui si sarebbe potuto asserire l'esistenza di una gravità indiziaria sulla scorta di indizi non precisi e non concordanti. Ma più in generale nella disposizione novellata continuava a mancare l'attenzione per il significato garantistico riconducibile all'accertamento della gravità indiziaria: nella misura in cui la piattaforma probatoria richiesta dall'art. 273 c.p.p. deve consentire la formulazione di una prognosi attendibile in ordine alla futura condanna dell'indagato, il giudizio cui è chiamato il giudice delle cautele non potrà non adeguarsi al diverso stadio processuale, così da coinvolgere volta per volta le regole riferibili al giudizio sulla responsabilità³⁰. E pertanto, la qualificata probabilità sulla responsabilità, se richiesta in sede dibattimentale, per lo più nella prospettiva di una revoca della misura restrittiva adottata in fase investigativa, potrà essere asserita solo sulla base di materiale utilizzabile anche ai fini del responso finale. Invero, la stesura dell'art. 273 c.p.p., sotto questo profilo, sembra ancora risentire

²⁸ Così CIAVOLA, *La valutazione delle esigenze cautelari*, in *La riforma delle misure*, cit., 63.

²⁹ Sul punto, v., tra gli altri, BRONZO, *Tutela cautelare e giusto processo*, in *Guida alla riforma del giusto processo*, a cura di LATTANZI, Milano, 2002, 140 s.; MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, in *Il giusto processo, tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Kostoris, Torino, 2002, 242 s.

³⁰ Cfr., volendo, MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, cit., 265 s.

proprio della caratterizzazione istruttoria dei provvedimenti *de libertate* tipica del codice Rocco.

3. *Uno sguardo al presente, senza particolari speranze nel prossimo futuro.* Si tratta a questo punto di dare una sia pure veloce valutazione dell'attuale disciplina espressa negli artt. 273, 274 e 275 c.p.p., al fine di verificarne il livello di compatibilità con i principi costituzionali, tenendo nel dovuto conto una prassi applicativa che ha portato amaramente ad affermare che il *restyling* di una norma “non riuscirà a impedire che i giudici, quando riterranno di dover applicare una misura cautelare, lo faranno a prescindere dai vincoli contenuti nel testo normativo”³¹. In effetti, si deve convenire con chi ha segnalato il rischio che “le regole contenute nelle norme di diritto positivo, o nelle specificazioni che di queste ha operato la giurisprudenza di legittimità(…)” siano considerate “inutili” e siano “tenute presenti solo come *base formale* per *motivare* ex post decisioni fondate su valutazioni ancorate a *ragioni sostanziali* rimaste inespresse e che sono determinate in modo pressochè esclusivo e non generalizzabile dal ‘*sensu di giustizia*’ o, nella migliore delle ipotesi, dall’esperienza maturata dal singolo giudice nella trattazione di casi analoghi”³².

Quanto alla valutazione sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, pur dovendo lasciare al ‘libro dei sogni’ e non all’attenzione del legislatore una considerazione sistematica di tale requisito, si deve constatare come, complice la tecnica di redazione del co. 1-*bis* dell’art. 273 c.p.p., si continui talora a ritenere che i criteri richiesti nell’art. 192, co. 2, c.p.p. non trovino applicazione ai fini dell’adozione di una misura cautelare personale³³. Ma è pur vero che, nonostante l’ostacolo testuale, non mancano pronunce nelle quali si riconosce come il canone posto nel codice per la valutazione della prova indiziaria non possa non riferirsi al giudizio cautelare, a nulla rilevando il mancato richiamo, in quanto il codice di rito nell’esigere l’esistenza di gravi indizi di colpevolezza non può che richiamare tale disposizione che, oltre a codificare una regola di inutilizzabilità, costituisce un canone di prudenza nella valutazione della probabilità di colpevolezza necessaria per adottare una misura restrittiva³⁴.

³¹ Così CIAVOLA, *La valutazione delle esigenze cautelari*, in *La riforma delle misure*, cit., 63.

³² Cfr. EPIDENDIO, *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, in *DirPenCont on line*, 21 novembre 2013, 2.

³³ V., ad es., Cass., 8 marzo 2017, Carrubba, in *Mass. Uff.*, n. 270172.

³⁴ Così Cass., 21 giugno 2012, p.m. in c. Tritella, in *Mass. Uff.*, n. 253723; Cass., 26 novembre 2018, Pittella, *ivi* n. 274690.

Sul terreno delle esigenze cautelari, in questi ultimi anni dovrà segnalarsi il ridestato dibattito dottrinale sulla dubbia legittimità costituzionale di una finalità specialpreventiva dell'apparato cautelare³⁵, senza peraltro alcun riflesso sulla realtà applicativa. Un rilievo non secondario ha invece assunto la previsione dell'attualità del pericolo già definito concreto nella lett. c) dell'art. 274 c.p.p. In effetti, questa inserzione, talora ritenuta superflua da interpreti forse troppo ottimisti, meritava di essere apprezzata alla luce di una giurisprudenza di legittimità che, nel valutare il pericolo di commissione da parte dell'imputato di ulteriori reati della stessa specie, sottolineava come il requisito della concretezza richiamato dal codice non potesse identificarsi con quello dell'attualità, attualità del pericolo derivante solo dall'esistenza di occasioni prossime favorevoli per la commissione di nuovi delitti³⁶. Ebbene, a seguito della riforma, la Corte di cassazione ha ben presto mutato atteggiamento. Smentendo un orientamento interpretativo ventennale, si è osservato come il requisito dell'attualità del pericolo di reiterazione del reato costituisse già prima dell'entrata in vigore della l. n. 47 del 2015 "un presupposto implicito per l'adozione della misura cautelare, in quanto necessariamente insito in quello della concretezza del pericolo". E ciò in quanto l'attualità deve essere intesa "non come imminenza del pericolo di commissione di nuovi reati, ma semplicemente come "prognosi di commissione di delitti analoghi, fondata su elementi concreti - e non congetturali - rivelatori di una continuità ed effettività del pericolo di reiterazione, attualizzata al momento dell'adozione della misura"³⁷.

Infine, poche speranze per una crescita degli spazi riservati al principio di adeguatezza. La compatibilità della presunzione assoluta di adeguatezza per gli imputati di associazione a delinquere di stampo mafioso è stata di recente confermata dalla Corte costituzionale, che, con l'ordinanza n. 136 del 2017, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità del nuovo art. 275 comma 3 c.p.p., richiamando considerazioni in parte già formulate dal giudice delle leggi sul peso che assumono nel motivare il regime cautelare le caratteristiche del vincolo, "capace di rimanere inalterato nonostante le vicende personali dell'associato e di mantenerne viva la pericolosità", ma irrobustite dal rilievo per cui "la diversa graduazione di gravità e di pericolosità tra le condotte dei singoli appartenenti all'associazione rileva ai fini della deter-

³⁵ V., per tutti, ZACCHE', *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, Milano, 2018, 95 s.

³⁶ Cfr., tra le tante, Cass., 26 marzo 2004, p.m. in c. Torsello, in *Cass. pen.*, 2006, 4138.

³⁷ In questi termini, Cass., 16 febbraio 2016, C., in *Mass. Uff.*, n. 266421.

minazione della pena da irrogare in concreto, ma non incide sulle esigenze cautelari”.

Pare davvero lontana la Corte dal percepire l'inevitabile contrasto tra una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere, operante anche al di fuori di una situazione emergenziale al più apprezzabile nell'immediatezza dell'intervento coercitivo, ed il principio di inviolabilità della libertà personale. Piuttosto non appariva azzardata la speranza che nella prassi applicativa ci si rendesse conto dell'incompatibilità concettuale tra la presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari ed il tipo di giudizio demandato al giudice da una disposizione che lo autorizza a verificare se siano stati acquisiti elementi dai quali risulti che, in relazione al caso concreto, il *periculum in mora* possa essere soddisfatto con misure diverse dalla custodia in carcere. In effetti, una tale valutazione presuppone necessariamente la previa individuazione delle esigenze cautelari, in quanto, ove mancasse questo passaggio, non potrebbe svilupparsi una riflessione analoga a quella richiesta nel novellato art. 275, co. 3, c.p.p.³⁸. Ma anche sotto questo profilo non si intravedono segnali incoraggianti.

³⁸ Così MARZADURI, *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, in *Leg. pen.*, 2010, 506 s.