

INTRODUZIONE

Uno degli ambiti del processo penale che da sempre si è posto come terreno di scontro fra contrapposte esigenze è indubbiamente quello del sistema delle cautele. Qui, più che altrove, si misura la difficile operazione di bilanciamento tra la tutela della collettività, la necessità di assicurare il buon esito del procedimento, e la salvaguardia delle garanzie spettanti alla persona sottoposta alle indagini o all'imputato, il quale subisce una limitazione della libertà personale *ante iudicium*, ossia prima di una pronuncia di condanna in via definitiva. Un simile equilibrio, tuttavia, non è mai astratto, né immutabile, poiché risente inevitabilmente del contesto storico, sociale e politico in cui prende forma. In effetti, semplificando, si potrebbe affermare che il modello processuale inquisitorio era tendenzialmente orientato a prevedere, secondo rigidi automatismi, la carcerazione preventiva; mentre, con l'avvento del sistema accusatorio, si è tentato di provvedere a recuperare una serie di garanzie, che sono state imposte a livello costituzionale¹. Ciò trova conferma nella disciplina attuale prevista dal libro IV del codice di procedura penale. Superando il sistema previgente, si è ritenuto opportuno predisporre dei modelli procedurali in grado di tutelare la libertà personale del soggetto nei confronti del quale viene richiesta l'applicazione della misura, insieme alla presunzione di non colpevolezza, al diritto di difesa, e al diritto al contraddittorio².

Ecco che viene in rilievo il tema centrale di questo elaborato, ossia il tema del "contraddittorio anticipato", vale a dire il contraddittorio che dovrebbe precedere il provvedimento del giudice sulla richiesta di applicazione della misura cautelare, garantendo *ab initio* il diritto di difesa, e quindi la possibilità di interloquire con l'accusa, di fronte ad un soggetto terzo e imparziale, ancor prima dell'eventuale adozione della suddetta misura.

La regola (salvo alcune eccezioni), prima della riforma Nordio, era quella del contraddittorio "posticipato", che vedeva come istituto cardine (oltre ai mezzi di impugnazione, e quindi il riesame, l'appello cautelare e il ricorso *per saltum* in Cassazione), l'interrogatorio di garanzia, ex art. 294 c.p.p., nato per garantire un contatto il più possibile immediato tra l'indagato, già previamente sottoposto a misura cautelare (secondo uno schema procedimentale *inaudita altera parte*), e il giudice, ai fini di un controllo sulla misura.

Tuttavia, il "contraddittorio anticipato", anche in precedenza, non era del tutto sconosciuto al sistema cautelare: al di là della sua più recente previsione nel processo a carico degli enti, ai sensi dell'art. 47, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, già in precedenza era stato introdotto, nel nostro ordinamento, in relazione alla misura cautelare interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, di cui all'art. 289, comma 2, c.p.p., per la cui adozione, a pena di nullità,

¹ G. SPANGHER, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, in *Giustizia insieme*, 6 settembre 2023, p. 2.

² Alla trattazione dell'evoluzione storica del sistema cautelare, e dei diversi modelli procedurali è dedicato il capitolo primo di questo elaborato.

il giudice deve necessariamente procedere all'interrogatorio del soggetto nei cui confronti è formulata la richiesta cautelare³.

Anche sul piano dell'elaborazione dottrinale, non sono mancati tentativi di spinta verso l'adozione di vari modelli di "contraddittorio anticipato" a livello più generale, tentativi che sono approdati anche in sede parlamentare (in particolare ci si riferisce ai lavori della commissione Dalia prima, e ai lavori della commissione Riccio poi), ma con esito infausto (v. *infra*, Cap. II).

Tale premessa è quasi doverosa, in quanto aiuta a comprendere il percorso che ha portato all'adozione della Legge 9 agosto 2024, n. 114, c.d. "riforma Nordio", che ha provveduto a introdurre nel nostro ordinamento l'istituto dell'interrogatorio preventivo rispetto alla adozione delle misure cautelari personali. Attraverso la suddetta riforma, è stato significativamente ridisegnato il procedimento di applicazione delle misure cautelari, introducendo il "contraddittorio anticipato" per tutte le misure, insieme alla collegialità del giudice per le indagini preliminari per l'applicazione della custodia cautelare in carcere.

La riforma Nordio appare il naturale prosieguo delle spinte già in atto, di cui ora si è detto, considerando anche che, per esempio, durante le ultime consultazioni referendarie, i cittadini erano stati chiamati nel 2022 ad esprimersi perfino sull'abrogazione dell'esigenza cautelare prevista dalla lett. c) dell'art. 274 c.p.p.: non è un caso che l'intervento normativo che ha inciso sulla materia cautelare sia promanato da un disegno di legge del ministro Guardasigilli, che fu anche il presidente del "Comitato per il Sì" al suddetto *referendum* "giustizia giusta"⁴.

Per apportare le innovazioni al sistema cautelare, il legislatore è quindi intervenuto innestando le nuove norme nel tessuto normativo esistente (v. *infra*, Cap. III, sez. I). In particolare, all'interno dell'art. 291 c.p.p., dopo il comma 1-ter, sono stati inseriti cinque nuovi commi, da 1-quater a 1-novies. Tale scelta legislativa è volta a sottolineare la centralità dell'autodifesa e l'importanza del vaglio preventivo delle prospettazioni difensive: si introduce il principio del contraddittorio preventivo in tutti i casi in cui, nel corso delle indagini preliminari, non risulti necessario che il provvedimento cautelare sia adottato "a sorpresa". In tal modo, quindi, «ove consentito dalle concrete circostanze, da un lato si evita l'effetto dirompente sulla vita delle persone di un intervento cautelare adottato senza possibilità di difesa preventiva, dall'altro si mette il giudice nelle condizioni di poter avere un'interlocuzione (e anche un contatto diretto) con l'indagato prima dell'adozione della misura»⁵.

Perciò, a seguito dell'interpolazione operata dalla riforma, l'art. 291, comma 1-quater, c.p.p., prevede che il giudice, (ferma l'operatività dell'art. 289, comma 2, secondo periodo, c.p.p.), prima di disporre la misura cautelare, debba procedere all'espletamento dell'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini secondo le modalità previste dagli artt. 64 e 65 c.p.p., qualora venga in rilievo la sola esigenza cautelare di cui alla lett. c) dell'art. 274 c.p.p., in relazione

³ A. CHELO, *Modifiche alle misure cautelari: garanzie effettive o garanzie apparenti?*, in G. SPANGHER (a cura di), *Le novità della Legge Nordio*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024, p. 13.

⁴ *Ibidem*.

⁵ SENATO DELLA REPUBBLICA, DDL S. 808, XIX Legislatura, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare*, p. 5.

ad uno dei delitti indicati dall'art. 407, comma 2, lett. a), o dall'art. 362, comma 1-ter, ovvero a gravi delitti commessi con uso di armi o con altri mezzi di violenza personale. All'art. 291, comma 1-sexies, c.p.p. viene disciplinato l'invito a comparire per rendere l'interrogatorio, il cui contenuto e gli avvisi vengono elencati ai commi 1-septies e 1-octies dello stesso articolo. Al comma 1-novies viene invece prevista la documentazione secondo le modalità di cui all'art. 141-bis c.p.p., pena l'inutilizzabilità.

Tuttavia, nonostante la novella si ponga l'obiettivo di innalzare il livello di garanzie nei confronti della persona sottoposta alle indagini, potenziando il diritto al contraddittorio, emergono non poche problematiche applicative (v. *infra*, Cap. III, Sez. II). Infatti, l'interrogatorio preventivo, già quando la riforma era in cantiere, è stato oggetto di un'ondata di critiche da parte della maggioranza dei commentatori e degli operatori del diritto, i quali hanno, tempestivamente, evidenziato tutti i punti deboli e i tratti problematici della riforma, fra cui l'irragionevolezza delle c.d. esigenze cautelari ostative, i difetti relativi alla disciplina dei termini, e il mancato coordinamento con l'interrogatorio, posticipato, di garanzia di cui all'art. 294 c.p.p., (da cui, peraltro, potrebbero scaturire delle eventuali questioni di legittimità costituzionale, v. *infra*, Cap. III, Sez. III), nonché il sostanziale carattere eccezionale del nuovo istituto, che tuttavia si pone come regola.

Nonostante la moltitudine di difetti della riforma Nordio, sono da riconoscere anche taluni pregi all'istituto dell'interrogatorio preventivo, e perciò va salutata con favore la scelta di dare alla persona sottoposta alle indagini la possibilità di far sentire la propria voce prima che venga applicata la misura cautelare, rafforzando il diritto di difesa, inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, la presunzione di non colpevolezza (il cui corollario è costituito dal divieto di considerare l'imputato, e, a maggior ragione anche l'indagato, colpevole sino alla condanna definitiva) e il diritto al contraddittorio; d'altronde: «*Qui statuit aliquid parte inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuit*»⁶.

⁶ SENECA, *Medea*, atto II, sc. 2, v. 199-200.

CAPITOLO I – MISURE CAUTELARI PERSONALI E CONTRADDITTORIO: PREMESSE STORICHE E SISTEMATICHE

1. *Le misure cautelari personali: profili generali alla luce del quadro dell'evoluzione generale della disciplina*

1.1. *Le misure cautelari personali nel sistema previgente*

La celebre frase «il processo è pena»⁷ di Francesco Carnelutti esprimeva allora, come oggi, la portata del processo penale, il quale non si limita ad accertare la colpevolezza o meno del soggetto imputato, ma costituisce già di per sé una fonte di sofferenza per chi vi è coinvolto. «Il processo penale macina diritti e compie azioni che, effettuate altrove, sarebbero reato [...] tiene in galera imputati forse colpevoli, forse innocenti»⁸. Invero, a differenza del processo civile, il processo penale possiede degli strumenti estremamente invasivi nei confronti dei diritti fondamentali dell'individuo; tra questi, le misure cautelari personali.

Prima di circoscrivere il discorso agli aspetti che qui più direttamente interessano è utile premettere una breve ricostruzione storica di questi istituti, partendo perciò dal sistema previgente, il quale recepiva un modello di ispirazione inquisitoria, e risentiva dei retaggi culturali propri di tale tradizione in cui la colpevolezza dell'imputato era presunta fino a prova contraria, e lo *status detentionis* era la regola⁹.

Il codice di procedura penale previgente¹⁰ era ispirato alla concezione totalitaria secondo cui occorreva dare prevalenza agli interessi collettivi rappresentati dallo Stato su quelli eventualmente contrastanti dei singoli individui, nella prospettiva del potenziamento della difesa sociale¹¹. All'interno della Sezione IV del Libro II, rubricata "Della libertà provvisoria", veniva enucleata una disciplina che prevedeva i casi nei quali la libertà provvisoria era ammessa o vietata (art. 277 ss. c.p.p. abr.), così sottintendendo il carattere eccezionale dello *status libertatis* correlato a specifici presupposti. Inoltre, nella Sezione III, rubricata "Della carcerazione preventiva", si prevedeva che la scarcerazione dell'imputato avvenisse solo ove non vi fossero a carico di questi indizi sufficienti ovvero non risultasse autorizzato il mandato di cattura (art. 269 c.p.p. abr.). In tal caso, se la scarcerazione fosse stata ordinata per mancanza di sufficienti indizi, ma rimanessero motivi di sospetto, poteva essere imposta una o più delle misure cautelari reali (la sottoposizione a cauzione o malleveria ex art. 282 c.p.p. abr.).

Il procedimento di applicazione delle misure cautelari personali previsto nel sistema del 1930 si distingueva profondamente da quello attuale, poiché operava secondo rigidi automatismi, basandosi principalmente su una presunzione di

⁷ F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, p. 166.

⁸ A. CAMON, *Sfondi in AA.VV., Fondamenti di Procedura penale*, IV ed., Wolters Kluwer, Milano, 2023, p. 6.

⁹ G. SPANGHER, *Processo penale tra modello inquisitorio e modello accusatorio*, in *Pen. Dir. e Proc.*, 24 maggio 2022.

¹⁰ Regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1399; d'ora in avanti "c.p.p. abr."

¹¹ Sul punto, v. U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, 1932, p. 21 ss.

pericolosità di tipo pressoché assoluta dell'imputato, correlata più alla gravità in astratto del reato, che a valutazioni specifiche e motivate di pericolo concreto. La custodia cautelare veniva disposta automaticamente per talune tipologie di reato, senza alcun effettivo vaglio giudiziale sull'esigenza cautelare¹², con la previsione di limiti solo nella durata massima della stessa (art. 272 c.p.p. abr.), concependo le libertà degli individui come concessioni benevole del potere¹³. In particolare, la custodia preventiva veniva utilizzata non solo per scopi estranei al processo, ma anche per finalità del tutto sconnesse alle istanze di prevenzione¹⁴. La decisione sulle misure cautelari si fondava perciò sulla equazione per cui alla obbligatorietà della cattura¹⁵ corrispondeva il divieto di libertà provvisoria per gli indiziati di reati gravi, evidenziando una forte carenza di criteri ampi e flessibili in tema cautelare. I limiti di cui all'art. 272 c.p.p. abr. erano interni alla fase istruttoria, e il rinviato a giudizio perdeva ogni garanzia: colpito da una seconda cattura ed escluso dalla libertà provvisoria, ogniqualvolta il mandato fosse obbligatorio, rimaneva detenuto finché non fosse stato assolto o finché non avesse scontato la pena a cui fosse condannato¹⁶.

Per vero, il codice non forniva alcuna tipizzazione delle esigenze cautelari, e nemmeno alcuna indicazione esplicita in ordine alle finalità della custodia preventiva, la quale poteva essere disposta in presenza di "sufficienti indizi", in ottica anche anticipatoria rispetto alla pena; e non si prevedeva che, nel caso in cui fossero venute meno tali esigenze, l'imputato potesse automaticamente tornare in libertà. L'art. 277 c.p.p. abr. stabiliva soltanto che «all'imputato che si trova nello stato di custodia preventiva può essere concessa la libertà provvisoria», disciplina definita come esternazione di un potere equitativo del giudice alla cui clemenza l'imputato si rimetteva, senza poter vantare alcun diritto in ordine alla cessazione dello stato detentivo¹⁷. In tale sistema, l'imputato libero era figura atipica: libertà anomala, quindi provvisoria, tant'è vero che, ai sensi dell'art. 277 c.p.p. abr., questa veniva concessa solo al colpito da cattura c.d. facoltativa; poi cadeva l'equivalenza "cattura obbligatoria-imputato non liberabile"¹⁸.

All'automatismo appena descritto, si collegava il fatto che le misure venivano applicate dall'autorità mandante (giudice istruttore o pubblico ministero, a seconda che si fosse nell'istruttoria formale ovvero sommaria, senza un vero e proprio procedimento incidentale, e senza controlli immediati attraverso le impugnazioni). Al pubblico ministero, nel corso dell'istruzione sommaria venivano

¹² A. FURGIUELE, *Il riesame*, in *Trattato di procedura penale*, Vol. II, *Prove e misure cautelari*, Tomo II, (Le misure cautelari), G. SPANGHER (diretto da), A. SCALFATI (a cura di), Utet giuridica, Milano, 2008, p. 479.

¹³ M. NOBILI, *La teoria delle prove penali e il principio della «difesa sociale»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da G. TARELLO, vol. IV, Bologna, 1974, pp. 439-441.

¹⁴ V. GREVI, voce *Libertà personale*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 315.

¹⁵ All'art. 252 c.p.p. abr. comma 1, primo periodo, rubricato "Condizioni generali per l'emissione dei mandati od ordini", si prevedeva che «Per poter emettere un mandato o un ordine è necessario che esistano sufficienti indizi di colpevolezza a carico di colui contro il quale il provvedimento viene emesso».

¹⁶ F. CORDERO, *Procedura penale*, IV ed., Giuffrè, Milano, 1998, p. 458.

¹⁷ G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 431; A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, p. 41.

¹⁸ F. CORDERO, in *op. cit.*, p. 457.

attribuiti poteri restrittivi della libertà personale sostanzialmente coincidenti con quelli spettanti al giudice istruttore nel corso dell'istruttoria formale¹⁹. Difatti, all'art. 251 comma 2 c.p.p. abr. si stabiliva la sostanziale equivalenza tra il mandato di cattura e il mandato d'arresto, emessi dal giudice istruttore o dal pretore; e gli ordini di comparizione, di cattura e di accompagnamento, emessi dal pubblico ministero.

Difatti, l'istituto-chiave di tale sistema era il mandato di cattura obbligatorio, il quale prevedeva che, ove emesso, l'imputato fosse condotto direttamente in carcere (art. 251 c.p.p. abr.). Tale istituto era altresì fondato su una dicotomia legale, riferita a titoli delittuosi e pene edittali: nei casi enumerati dall'art. 253 c.p.p. abr., veniva emessa la cattura *tout court*, anche ove mancassero effettive esigenze cautelari; e i colpiti da mandato obbligatorio erano perciò esclusi dalla libertà provvisoria (art. 277 comma 2 c.p.p. abr.)²⁰.

Infine, come accennato prima, l'assetto del 1930 relativo alle impugnazioni in materia cautelare era meno che rudimentale: erano appellabili dal pubblico ministero, davanti agli organi della semi-giurisdizione istruttoria, decisioni negative sulla richiesta del mandato di cattura, nonché revoca dello stesso (art. 263 c.p.p. abr.); e anche dall'imputato, le ordinanze sulla libertà provvisoria (art. 280 comma 1 c.p.p. abr.). La disciplina si esauriva solamente in queste poche disposizioni: il catturato era inerme; e post 1948, gli giovavano poco i ricorsi ex art. 111 comma 2 Cost. Il segreto istruttorio opponeva uno schermo, e il giudice appariva poco incline a incursioni nel merito; tant'è vero che i provvedimenti cautelari esibivano impenetrabili motivazioni stereotipe²¹.

Dunque, le misure cautelari erano inserite in un sistema coerente con una visione prettamente autoritaria dell'ordinamento, tipica del periodo fascista, in cui prevalente era una rigida tutela dell'ordine pubblico, espressione di interessi superindividuali, i quali, in tale impianto, venivano considerati in ogni caso maggiormente meritevoli di tutela rispetto agli interessi e ai diritti propri dell'individuo²². Pertanto, lo strumento cautelare nella tradizione inquisitoria veniva impiegato in funzione anticipatoria della futura sanzione, favorendo l'identificazione della figura dell'imputato con quella del colpevole²³: «nella memoria collettiva persiste l'idea che sia "*custodiendus*" ogni coinvolto in affari giudiziari seri»²⁴.

1.2. Verso il sistema accusatorio: le premesse di un mutamento sistemico

Con l'entrata in vigore del codice di procedura penale attualmente vigente (Decreto del Presidente della Repubblica, 22 settembre 1988, n. 447)²⁵ si ha un

¹⁹ V. GREVI, voce *Libertà personale dell'imputato*, cit., p. 322.

²⁰ F. CORDERO, in *op. cit.*, p. 458.

²¹ *Ivi*, p. 519 ss.

²² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Caratteristiche e funzioni del diritto penale*, in *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Zanichelli editore, Bologna, 2019, p. 38.

²³ M. L. DI BITONTO, *La tutela cautelare*, in AA.VV., *Fondamenti di Procedura penale*, IV ed., Wolters Kluwer, Milano, 2023, p. 935.

²⁴ F. CORDERO, in *op. cit.*, p. 457.

²⁵ D'ora in poi "c.p.p.".

mutamento di paradigma²⁶. In un periodo caratterizzato da un lato, dalla fine dell'emergenza terroristica e da varie vicende giudiziarie²⁷, e dall'altro, dalla continuità alla guida del governo (1983-1987) e dalla volontà modernizzatrice delle istituzioni, si gettarono le basi per il nuovo modello a carattere accusatorio²⁸. Sulla scorta del lavoro condotto durante la fine degli anni Settanta, fu redatta la seconda legge-delega, 16 febbraio 1987, n. 81, elencante all'art. 2 una serie di direttive sulla base delle quali redigere il nuovo codice di rito. In particolare, il codice di procedura penale doveva «attuare i principi della Costituzione e [...] attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio». Tale modello è infatti imperniato su una serie di garanzie, sancite *in primis* a livello costituzionale, le quali si pongono a baluardo dei diritti dell'individuo.

Oralità, pubblicità, immediatezza²⁹, separazione dei fascicoli, parità delle armi, presunzione di innocenza e principio del contraddittorio; uniti a canoni di stretta legalità nel prevedere casi e modi delle limitazioni al bene inviolabile della libertà, confinando la custodia in carcere dell'imputato al ruolo di *extrema ratio*, rappresentano senz'altro solo alcuni dei caratteri fondanti del nuovo sistema processuale *adversary*.³⁰

Tuttavia, in questo scenario giuridico, non di rado si sono affacciate correnti dottrinali, legislative e giurisprudenziali, le quali, pur aspirando ad una tutela più vigorosa dei diritti fondamentali, hanno presto ceduto il passo a momenti di regresso, generando un costante saliscendi in cui le istanze garantiste, come flutti incostanti, si sono alternate a improvvise regressioni dell'ordinamento, in un perpetuo gioco di tensioni e contrazioni che ha segnato l'evoluzione della disciplina processuale. Già prima del codice Vassalli, vigente il codice di procedura penale del 1930, la disciplina della "carcerazione preventiva" fu modificata una decina di volte tra il 1974 e il 1988. Questi interventi legislativi annuali furono perlopiù giustificati da situazioni di emergenza; e spesso rispondevano a criteri ispiratori opposti, essendo taluni intesi a privilegiare esigenze di sicurezza collettiva, altri, esigenze di garanzia della libertà individuale³¹. Questa poco dignitosa altalena legislativa non s'è interrotta con l'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988³².

Si segnalano, a titolo esemplificativo, tra le molteplici modifiche legislative più significative: la L. n. 532/1982 (che prevede per la prima volta la possibilità di disporre misure diverse dalla carcerazione preventiva, attraverso la modifica

²⁶ Già a partire dagli anni Settanta, il dibattito dottrinale, influenzato da un lato dalla crisi della pena detentiva tradizionale quale unica e principale forma di sanzione; e dall'altro lato dalla diffusione in Italia del principio di proporzionalità, largamente diffuso nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche, si susseguirono varie riforme alla luce anche della piena consapevolezza della portata delle disposizioni costituzionali in materia di diritti inviolabili.

²⁷ V. la vicenda giudiziaria nota come "caso Tortora" (1986) e il successivo referendum abrogativo degli artt. 55, 56 e 74 del Codice di procedura civile per stabilire una responsabilità civile dei magistrati, promosso da Partito Radicale, PSI e PLI, e che ottenne circa l'80% dei consensi.

²⁸ D. NEGRI, *Modelli e concezioni*, cit., p. 47.

²⁹ M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, RomaTre-Press, XXIX ed., Roma, 2025, p. 53.

³⁰ D. NEGRI, *Modelli e concezioni*, cit., p. 49.

³¹ A. NAPPI, *Oscillazioni e punti fermi nel regime delle misure cautelari personali*, in A.A.V.V., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Atti del convegno, Lecce, 23-25 ottobre 2009, Giuffrè Editore, p. 15.

³² *Ibidem*.

dell'art. 254 comma 3 c.p.p. abr.; e che, soprattutto, istituì il tribunale c.d. della libertà, ossia «il tribunale del luogo nel quale ha sede la corte d'appello o la sezione distaccata della corte d'appello nella cui circoscrizione è compreso l'ufficio del giudice che ha emesso l'ordinanza»³³); la L. n. 33/1988 (la quale anticipò il codice Vassalli, e che introdusse la regolamentazione unificata delle misure di coercizione non custodiali, autonomamente configurate come vere e proprie misure alternative alla custodia); le quali si mostrano più "garantiste", rispetto ad altri interventi legislativi, indicativi, invece, dell'inseguimento del consenso immediato dell'opinione pubblica, quali ad esempio le modifiche dell'art. 278 c.p.p. sulla determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure (infatti, il primo intervento riformatore, con d.l. n. 60/1991, aveva esteso l'area dei reati che consentono l'adozione di misure cautelari; il secondo intervento, con L. n. 332/1995, invece, l'aveva significativamente ridotta; e infine il terzo, con L. n. 128/2001, ne ha in parte di nuovo accresciuto l'estensione)³⁴.

1.3. La disciplina costituzionale

Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana viene in parte superata la concezione fascista dell'assetto previgente. La Carta fondamentale, rifiutata l'idea della preminenza statale nei confronti dell'individuo, considera, infatti, la persona come valore dominante del sistema³⁵.

Assume rilievo centrale all'interno della disciplina sulle misure cautelari la tutela della libertà personale, considerato che la gran parte di queste misure incide su questo diritto, sancito e salvaguardato a livello costituzionale³⁶. Infatti, l'art. 13 della Costituzione (Cost.) enuncia al primo comma l'inviolabilità della libertà personale. In effetti, la salvaguardia della libertà (non solo personale) costituisce «la radice politico-costituzionale»³⁷ della procedura penale³⁸. La proclamazione dell'inviolabilità della libertà personale si integra e trova fondamento nella dichiarazione generale dei diritti inviolabili sancito all'art. 2 Cost., implicando pertanto il divieto di sottoporre questi ultimi a revisione costituzionale ex art. 138 Cost. e non ammettendone alcuna modifica in senso peggiorativo. La libertà personale costituisce il presupposto fondamentale per la concreta realizzazione di ogni altra libertà garantita dall'ordinamento³⁹; tuttavia,

³³ Si fa riferimento al c.d. Tribunale del riesame, ex art. 309 c.p.p., di cui si parlerà più avanti, v. *infra* par. 2.2.2.

³⁴ *Ivi*, p. 18.

³⁵ C. FANUELE, *La libertà personale*, in *Processo penale e Costituzione*, F. R. DINACCI (a cura di), Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 213.

³⁶ In relazione alla disciplina costituzionale più strettamente afferente alla libertà personale, la letteratura è estremamente ampia e florida, giacché in ogni opera che affronti anche marginalmente la materia si rinvengono numerosi richiami ai principi costituzionali che la regolano. Ne consegue che qualsivoglia tentativo di citazione esaustiva delle fonti sarebbe destinato all'insuccesso. In questa sede, pertanto, ci si limita ad indicare solo alcune delle opere che esaminano i profili costituzionali inerenti alla libertà personale.

³⁷ R. ORLANDI, *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in *Criminalia*, 2006, p. 294.

³⁸ M. L. DI BITONTO, *La disciplina costituzionale*, *cit.*, p. 96.

³⁹ V. GREVI, voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, 1974, p. 316; G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, vol. V, Cedam, 1958, p. 364 ss., p. 405.

in dottrina la portata di tale concetto è tutt'altro che pacifica⁴⁰. Parte degli studiosi di diritto costituzionale, in armonia con quanto espresso nei lavori preparatori alla stesura della Carta fondamentale, intende la libertà personale in maniera restrittiva,⁴¹ identificabile quindi con il concetto di libertà meramente fisica, e distinguibile dalle altre forme di libertà; posizione peraltro seguita dalla giurisprudenza costituzionale ormai consolidata⁴². Altri, invece, seguendo un'interpretazione lata del concetto, riconducono alla libertà personale anche altre forme di libertà⁴³, quali ad esempio la libertà morale.

In ogni caso, la libertà personale è indisponibile, intrasferibile, irrinunciabile e imprescrittibile⁴⁴. La caratteristica dell'inviolabilità rappresenta la pietra angolare su cui poggia il cosiddetto *favor libertatis*, principio che vincola l'interprete, il quale, tra le diverse soluzioni esegetiche deducibili dal testo normativo, deve scegliere quella meno invasiva in termini di incidenza restrittiva sulla libertà personale, comportando perciò il minimo sacrificio necessario di quest'ultima⁴⁵.

I commi successivi al primo hanno un contenuto più spiccatamente processuale. Invero, al comma secondo, il quale dispone testualmente: «Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge», viene enucleato un trittico di garanzie strettamente connesse fra loro: la riserva assoluta di legge, la riserva di giurisdizione e l'obbligo di motivazione.

In primo luogo, la riserva assoluta di legge implica la necessità di individuazione preventiva dei casi e modi della eventuale compressione della libertà personale, individuati tassativamente *ex lege*, attuando in tal modo da un lato il principio di legalità, e dall'altro il principio democratico per cui la legge è espressione diretta della volontà popolare.

In secondo luogo, la riserva giurisdizionale, deducibile dall'espressione «autorità giudiziaria» (art. 13 comma 2 Cost.), implica una procedimentalizzazione della decisione sulla libertà attraverso lo schema giurisdizionale⁴⁶, riferendosi con tale locuzione sia alla magistratura giudicante, sia alla magistratura requirente. La riserva di giurisdizione impone da un lato l'irrobustimento in chiave difensiva dei presupposti applicativi delle misure cautelari, comportando un rafforzamento delle condizioni necessarie per l'adozione di tali misure in riferimento alla tutela degli interessi e delle garanzie

⁴⁰ M. L. FERRANTE, *A proposito del principio di libertà personale*, in *Archivio Penale* n. 2/2012, p. 587-604.

⁴¹ V. DI NICOLA, *La libertà personale dell'imputato: tra regole dismesse, disciplina attuale e sistema futuro*, Boccia, Salerno, 1989, p. 11 ss.

⁴² In tal senso si vedano: Corte cost. n. 2 del 1956, n. 45 del 1960, n. 72 del 1963, n. 68 del 1964, n. 52 del 1967, n. 13 del 1972, n. 62 del 1994, n. 210 del 1995, n. 194 del 1996.

⁴³ In tal senso: A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 52; R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, G. Giappichelli, Torino, 1989, p. 69; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, Padova, 1976, p. 1040; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 12.

⁴⁴ A. PACE, voce *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, 1974, p. 303, p. 308; L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella storia del diritto*, in AA.VV., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, E. VITALE (a cura di), Laterza, 2001, p. 123 ss.

⁴⁵ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, XIV ed., Giappichelli, 2022, p. 498.

⁴⁶ M. L. DI BITONTO, *La disciplina costituzionale*, cit., p. 99.