



Introduzione

Le misure cautelari si caratterizzano per una spiccata delicatezza sul piano costituzionale, in quanto legittimano l'autorità giudiziaria a limitare diritti fondamentali prima di una sentenza di condanna definitiva. L'ordinamento le articola in due macro-categorie: le misure personali, volte a comprimere la libertà della persona, e quelle reali, che incidono sul diritto di proprietà e sugli altri diritti patrimoniali. Collocandosi in una fase processuale in cui la colpevolezza dell'indagato o dell'imputato è ancora da accertare, la loro applicazione è rigorosamente subordinata alla sussistenza di specifiche e tassative esigenze cautelari. Questi istituti richiedono un costante e complesso bilanciamento tra interessi contrapposti: se, per un verso, lo Stato deve garantire l'effettività della pretesa punitiva, impedendo che il decorso del tempo pregiudichi l'esito del processo, per l'altro è doveroso salvaguardare le garanzie fondamentali del soggetto sottoposto al procedimento, a cominciare dal principio di presunzione di non colpevolezza.

Tale forma di bilanciamento risulta particolarmente complessa nell'ambito della disciplina delle misure cautelari reali. Attraverso l'applicazione delle misure a carattere personale si incide in modo diretto sulla libertà; pertanto, la linea di equilibrio sembra essere ben definita. Nelle misure reali, invece, si incide, come già anticipato, su diritti patrimoniali, comportando una limitazione della disponibilità materiale di beni mobili e immobili, somme di denaro, quote societarie o altri cespiti economicamente rilevanti. Sebbene essi, a un primo esame, possano apparire meno problematici, nella pratica la loro applicazione non si rivela così agevole. In particolare, nell'ottica del loro utilizzo nei confronti di soggetti coinvolti in reati economici, e specialmente di tipo societario, si pongono importanti problematiche. Tali provvedimenti, infatti, possono comportare effetti particolarmente incisivi sia nella modalità ordinaria, in cui colpiscono il patrimonio del singolo, sia soprattutto nelle fattispecie caratterizzate da maggiore complessità, in cui viene attinto il patrimonio della società. Quest'ultimo aspetto è proprio quello da ritenersi maggiormente rilevante: l'applicazione degli strumenti in esame nei confronti della persona giuridica può compromettere la continuità aziendale e gli interessi di soggetti estranei alla commissione del fatto illecito che si trovano in relazione con l'impresa (creditori, risparmiatori, lavoratori dipendenti, ecc.). In altri termini, l'applicazione di una misura cautelare reale nei confronti di un patrimonio societario può incidere sul mercato e alterarne l'equilibrio.

In questo scenario assume rilievo il tema dei reati economico-finanziari. Si tratta di fattispecie illecite che presentano caratteristiche peculiari rispetto ai reati comuni, manifestandosi attraverso condotte realizzate nell'ambito della gestione d'impresa, della vita societaria e della gestione contabile, finanziaria e bancaria. La loro complessità deriva dal fatto che hanno ad oggetto il patrimonio e che sono condotte strutturalmente orientate al conseguimento di un profitto economico. Quest'ultimo rappresenta il vantaggio tratto dalla commissione del fatto illecito e costituisce, in genere, lo scopo principale dell'autore. Proprio in questo contesto le misure cautelari reali rivestono una funzione fondamentale, perché permettono di garantire la conservazione dei beni, evitare l'aggravamento delle conseguenze dannose, salvaguardare il mantenimento delle garanzie patrimoniali e, infine, nei casi previsti dalla legge, garantire la futura confisca.



Tali strumenti assumono ancora maggiore rilievo nel contesto della responsabilità amministrativa degli enti ex d.lgs. 231/2001. A seguito della sua entrata in vigore, il sistema penale italiano ha introdotto una forma di responsabilità autonoma dell'ente per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. In tal modo si è superata, almeno sul piano applicativo, la tradizionale impostazione riassunta dalla locuzione *societas delinquere non potest*. Infatti, nel contesto societario la commissione di reati economici non può più essere ricondotta in via automatica al rappresentante legale o ad altri soggetti che si occupano dell'amministrazione e della gestione dell'azienda. È possibile rinvenire fattispecie in cui l'origine del reato risiede in una carenza organizzativa o in una sua inefficienza, nella mancanza di idonei organi di controllo o, infine, nel compimento di un'attività societaria orientata all'ottenimento di vantaggi indebiti. Grazie all'applicazione degli strumenti cautelari reali in queste specifiche situazioni, si incide in maniera diretta in primis sul profitto, ma anche sull'organizzazione stessa, in quanto è tendenzialmente proprio quest'ultima che ha consentito la produzione del reato.

Il presente lavoro di tesi si prefigge dunque di analizzare il ruolo delle misure cautelari reali nell'ambito della criminalità economico-finanziaria. L'indagine si focalizza, in particolare, sul delicato bilanciamento tra l'esigenza di tutela della collettività e la salvaguardia di prerogative fondamentali quali il principio di proporzionalità, il diritto di difesa e la continuità dell'attività d'impresa. Il fulcro della ricerca consiste nell'individuare i confini di legittimità che circoscrivono l'applicazione di tali rimedi reali. Il superamento di tali limiti, infatti, rischia di snaturare la funzione propriamente cautelare dello strumento, tramutandolo in un'illecita anticipazione della sanzione penale o, surrettiziamente, in uno strumento di pressione coercitiva nei confronti del destinatario.

L'analisi dell'evoluzione storica e normativa delle misure cautelari reali evidenzia come, in origine, tali strumenti avessero una funzione prettamente anticipatoria e conservativa. Questa prospettiva è mutata radicalmente con l'introduzione del Codice Rocco e, successivamente, del Codice di procedura penale del 1988. Con l'avvento della Costituzione italiana, i principi fondamentali hanno assunto un ruolo centrale, fungendo al contempo da base concettuale e da limite invalicabile per l'applicazione di tali misure.

In particolare, l'operatività cautelare deve conformarsi ai principi di legalità, tassatività, presunzione di innocenza, libertà personale, tutela del patrimonio, diritto di difesa, proporzionalità e minor sacrificio necessario. L'applicazione della misura richiede, pertanto, il rigoroso rispetto di tali principi e dei relativi presupposti; questi ultimi variano in base alla fattispecie, pur ruotando costantemente attorno alla verifica del *fumus commissi delicti* e del *periculum in mora*, unitamente alla strumentalità rispetto alla futura confisca, ove prevista. Il quadro normativo vigente conferma, in definitiva, la natura eccezionale, provvisoria e strettamente strumentale delle misure cautelari reali rispetto al processo penale.

Al fine di comprendere le modalità di applicazione e i profili problematici delle misure cautelari nei reati economici, si ritiene fondamentale compiere un'analisi sulla disciplina in vigore. Il sequestro conservativo è lo strumento volto a garantire l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie che scaturiscono dal processo penale. Il sequestro preventivo, invece, ha lo scopo di impedire l'aggravamento o la protrazione delle conseguenze derivanti dal reato, ovvero la commissione di nuovi fatti illeciti. Proprio in relazione ai reati economici, l'analisi deve porre una



particolare attenzione sul sequestro preventivo finalizzato alla confisca, che ha la finalità di vincolare le utilità e gli altri beni riconducibili al profitto derivante dal fatto illecito. Le misure cautelari reali hanno un ruolo centrale nella criminalità economica: tale importanza deriva dalla funzione del sequestro, che costituisce lo strumento principale e più efficace per intervenire in modo diretto sul vantaggio patrimoniale indebitamente ottenuto. Nonostante ciò, la sua applicazione pone questioni complesse, in quanto vengono coinvolte società operative, beni aziendali e soggetti estranei alla condotta. Proprio per tale ragione l'analisi si è ampliata ai temi della responsabilità degli enti e della crisi d'impresa. In questa fase della ricerca, l'obiettivo si è focalizzato sulla verifica della capacità del sistema di bilanciare le esigenze repressive e preventive con la salvaguardia della continuità aziendale.

Per comprendere l'applicazione pratica delle misure cautelari reali e le loro concrete conseguenze, si è analizzato il celebre caso Parmalat. Questa vicenda costituisce un paradigma emblematico per verificare l'operatività degli istituti esaminati: il crac della società, infatti, rappresenta uno dei più significativi scandali finanziari della storia europea moderna e offre un terreno privilegiato per osservare la gestione delle cautele reali nei procedimenti per gravi reati economici. Per ricostruirne la portata, il lavoro esamina le origini del dissesto, lo sviluppo delle indagini, i reati contestati e i sequestri disposti sia a carico delle persone fisiche, sia nei confronti di società, istituti bancari ed enti di revisione. Lo studio del caso ha così permesso di evidenziare la duplice e complessa natura di tali misure. Se da un lato esse si rivelano strumenti indispensabili per tutelare il patrimonio, i creditori e gli investitori, dall'altro mettono in luce i nodi problematici legati all'estensione del vincolo e alla natura dei beni. L'ampiezza dei sequestri nel caso Parmalat ha infatti coinvolto una pluralità di soggetti e realtà economiche complesse, spingendo la dottrina e la giurisprudenza a interrogarsi sull'effettiva capacità di queste misure di mantenere una funzione strettamente cautelare, evitando di trascolorare in uno strumento di anticipazione della pena o di pressione investigativa.

In conclusione, il presente lavoro si prefigge di esaminare la disciplina delle misure cautelari reali nel contesto del diritto penale dell'economia, al fine di ricondurre tali strumenti alla loro corretta funzione processuale e provvisoria. L'indagine mira a verificare le condizioni di legittimità del vincolo reale sul patrimonio, dimostrando come la reale efficacia dell'istituto dipenda dalla rigorosa osservanza dei principi di legalità, adeguatezza e proporzionalità. Sotto questo profilo, l'analisi evidenzia come la corretta delimitazione dei presupposti applicativi da parte del giudice sia necessaria per preservare la finalità tipica della misura, evitandone un utilizzo distorto o un'anticipazione degli effetti della sanzione definitiva.





Capitolo primo

Inquadramento sistematico della cautela penale

1. Evoluzione normativa

1.1. Cenni storici: dal diritto romano all'illuminismo giuridico

Il sistema giuridico romano non conobbe una categoria dogmatica e unitaria di 'misure cautelari' paragonabile a quella del diritto processuale penale moderno. Tuttavia, l'esigenza di evitare che la durata del processo o l'inerzia di una parte rendessero inefficace la successiva sentenza era già chiaramente percepita, soprattutto a partire dall'espansione economico-commerciale dell'età Repubblicana.

Il fulcro di questa tutela risiedeva nel potere del pretore, un magistrato dotato di *imperium* e *potestas*¹, eletto dai comizi centuriati, la cui carica aveva durata di un anno solare.

Il compito principale del pretore era quello di amministrare la giustizia attraverso regole e principi da lui redatti al momento della nomina, tramite la pubblicazione di un editto. Questa attività permise la nascita di una nuova fonte del diritto, lo *ius pretorio*, denominato anche diritto onorario². Il diritto pretorio era fondato sul potere di comando del pretore e aveva una funzione integrativa, correttiva e suppletiva dello *ius civile*, introducibile, invece, tramite qualsiasi fonte di produzione del diritto.

L'applicazione del diritto onorario avveniva principalmente attraverso il processo formulare³ in cui si svilupparono una serie di strumenti che, pur non essendo qualificati in termini unitari, assolvevano una funzione sostanzialmente cautelare, in quanto diretti ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale e a prevenire situazioni pregiudizievoli nelle more del giudizio. Tra i rimedi con funzione cautelare che assumevano particolare rilevanza rientrano gli *interdicta*. Si trattava di provvedimenti pretori di natura imperativa, emanati su richiesta di parte all'esito di un contraddittorio sommario. Essi erano volti a imporre o vietare determinati comportamenti. Tali

¹ DEL GIUDICE F., 'Dizionario giuridico romano', VI edizione Napoli 2017, pp.30-89;

Per *imperium* si intende l'insieme dei poteri spettanti ad uno specifico soggetto (es. console, pretore ecc.) tra cui rientrano il potere di comando militare e il potere giurisdizionale, civile e criminale. Per *potestas*, invece, si intende il potere di un soggetto di disporre liberamente di diritti e res.

² FINAZZI G., 'Istituzioni di diritto romano', Torino 2022;

³ DEL GIUDICE F., 'Dizionario giuridico romano', cit. pp.30-89;

Il processo formulare era la forma più semplice di processo romano, formato da due fasi: la prima, eseguita davanti ad un magistrato, il quale valutava l'*actio* e redigeva la formula; la seconda, invece veniva eseguita davanti ad un giudice nominato dal magistrato, il quale basandosi sulla formula eseguiva la fase istruttoria, valutava le prove, ed infine, emetteva la sentenza.



strumenti potevano avere contenuto proibitorio, restitutorio o esibitorio, a seconda che imponessero l'astensione da una condotta, la restituzione di una *res* o la sua esibizione. Pur distinguendosi dai *decreta*, che costituivano decisioni del magistrato su singole controversie, gli *interdicta* rappresentavano uno strumento di tutela immediata, idonea ad anticipare la garanzia ed evitare, ove possibile, la *litis contestatio*⁴ e il procedimento onorario davanti al giudice. Attraverso questo istituto il magistrato, su richiesta dell'attore, intimava il convenuto ad eseguire un'azione. Se il convenuto avesse adempiuto il caso sarebbe stato risolto; mentre nel caso in cui il convenuto non obbediva si passava al vero e proprio processo davanti al giudice. Il contenuto dell'*interdicta* variava, inoltre, a seconda del soggetto a cui si riferiva in quanto poteva essere destinato ad una sola parte, ad entrambe le parti o nei confronti di soggetti terzi. Ulteriori strumenti a carattere cautelare erano le *càutiones* (dette anche *stipulationes praetoriae*). Esse consistevano in promesse formalizzate mediante *stipulatio*⁵, imposte dal pretore ad una delle parti a garanzia dell'adempimento di un'obbligazione o del verificarsi di un determinato evento-condizione. Tali strumenti svolgevano una funzione tipicamente cautelare, in quanto miravano a prevenire il rischio di inadempimento e ad assicurare il corretto svolgimento del processo. In una fase successiva, esse vennero concesse anche indipendentemente dall'instaurazione di un giudizio, su semplice istanza dell'interessato e previa valutazione delle condizioni richieste. Si trattava del rimedio cautelare principale e la sua funzione era quella di garantire il buon andamento del processo. Da ultimo rientravano le *missio in possessionem*. Si trattava di provvedimenti che il pretore immetteva un soggetto nel possesso di determinati beni al fine di garantirne la conservazione e l'amministrazione. Tale strumento, pur avendo originariamente una funzione conservativa, poteva in alcuni casi assumere anche caratteri anticipatori di effetti esecutivi, evidenziando la flessibilità e l'efficacia della tutela pretoria.

In questa prospettiva, le tecniche elaborate dal diritto pretorio, pur in assenza di una sistemazione dogmatica unitaria, rivelano una chiara funzione di tutela anticipatoria, diretta a evitare il pregiudizio derivante dal tempo del processo (*periculum in mora*). Nel diritto medievale non si assisterà ancora ad una riorganizzazione. Il loro utilizzo verrà ampliato ma in un'ottica distorta rispetto alla vera natura della cautela. Si dovrà attendere siano all'avvento dell'Illuminismo per far sì che tali esigenze trovino una più compiuta sistemazione teorica. ...

Il diritto medievale trova il suo fondamento principale nel cosiddetto *diritto comune*, ossia un sistema articolato e complesso di fonti normative, tra loro coordinate, che si affermò in Europa a partire dal XII secolo e rimase dominante sino alle codificazioni ottocentesche⁶. Nella concezione classica, viene definito come diritto intermedio e si presenta come il risultato della progressiva integrazione tra diritto romano e diritto canonico, cui si affiancano i diritti particolari, quali gli statuti comunali e corporativi, in un rapporto non di esclusione, ma di complementarità⁷. Esso, da

⁴ DEL GIUDICE F., 'Dizionario giuridico romano', cit. pp.30-89;

La *litis contestatio* consisteva in una fase processuale in iure, in cui l'attore leggeva la formula e chiedeva il parere dei testimoni.

⁵ DEL GIUDICE F., 'Dizionario giuridico romano', cit. pp.30-89;

La *stipulatio* era un contratto verbale con il quale un soggetto si impegnava a compiere una prestazione in favore della controparte.

⁶ VIDARI PENE G., 'Storia del diritto in età medievale e moderna', Giappichelli, Torino 2023, pp.33-44;

⁷ CALASSO F., 'Introduzione al diritto comune', Giuffrè Milano 1970;



un lato, rappresenta il risultato dell'eredità lasciata dal diritto romano, mentre dall'altro, un diritto che apre la porta ad una nuova epoca. In tale momento storico si inizia ad avvertire l'esigenza di avere una giustizia superiore e universale⁸, ossia valida per tutti gli individui e in grado di superare i diritti particolari di ogni singolo popolo. Pertanto, il diritto comune deriva dalla rielaborazione di concetti dei testi giustinianei e del diritto canonico⁹ ottenuti grazie all'attività del giurista dell'epoca che non si limitava a creare nuove norme, né alla mera lettura del diritto romano ma effettuava una vera e propria *interpretatio*¹⁰ complessiva del concetto, consultando tutte le fonti a sua disposizione e adattandole alle necessità dell'epoca.

All'interno di questo quadro di novità, però, non si creò una categoria autonoma e unitaria di misure cautelari, ma tuttavia, si svilupparono una serie di strumenti processuali aventi funzione essenzialmente preventiva e conservativa, riconducibili, sul piano funzionale, alle moderne misure cautelari. Esse venivano applicate durante il processo inquisitorio¹¹, applicato nel periodo dell'alto medioevo in cui ci fu una rinascita politica (nuova organizzazione politico-amministrativa grazie alla nascita dei comuni) ed economica¹².

Nato nell'alveo del diritto romano-canonico tra il XII e il XIII secolo, il modello inquisitorio fu adottato dalla Chiesa per combattere l'eresia, ma si estese rapidamente alla giustizia secolare per i reati comuni più gravi. Storicamente il processo di natura inquisitoria viene visto come espressione del principio di autorità volto alla repressione della crescente criminalità. Era un sistema in grado di garantire un processo rapido, severo ed efficace¹³. Proprio in virtù delle sue caratteristiche il processo inquisitorio romano-canonico fu protagonista di una forte espansione comportando un ridimensionamento dell'applicazione del processo accusatorio di origine germanica¹⁴.

Come è possibile rinvenire dal *Tractatus de maleficiis*¹⁵ di Alberto da Gandino, la struttura del processo inquisitorio, era fortemente orientata alla ricerca della verità materiale, grazie all'ampliamento dei poteri coercitivi del giudice. In questo contesto, diminuiscono sino a

⁸ SANTINI G., *'Materiali per la storia del diritto comune in Europa'*, Giappichelli, Torino 1990, pp. 44-49;

⁹ VIDARI PENE G., *'Storia del diritto in età medievale e moderna'*, cit. 33-44;

¹⁰ VIDARI PENE G., *'Storia del diritto in età medievale e moderna'*, cit. 33-44;

Per *interpretatio* si intende molto più della mera interpretazione intesa in senso moderno, in cui ci si limita alla spiegazione del testo normativo. Nell'epoca medievale l'attività dell'*interpretatio* è proprio ciò che permise l'evoluzione del diritto ottenendo un adattamento alle necessità dell'epoca. Essa non aveva limiti, infatti, il giurista poteva allontanarsi dal significato del testo ed individuare una regola giuridica nuova o diversa.

¹¹ Il processo inquisitorio si caratterizzava per la presenza di un unico giudice che detiene poteri di accusa, difesa e giudizio. Esso poteva avviare autonomamente le indagini che venivano svolte nel rispetto del principio di segretezza. La sua funzione principale era quella di raggiungere la verità materiale ad ogni costo ricorrendo anche a strumenti come la tortura in cui era del tutto assente il principio di presunzione d'innocenza.

¹² MALINVERNI A., *'Lineamenti di storia del processo penale'*, Giappichelli editore, Torino 1972, pp. 47-56;

¹³ DEZZA E., *'Lezioni di storia del processo penale'*, Pavia 2013;

¹⁴ Come riportato da Giulio Claro la 'procedura per via di accusa' si ha quando la vittima o un altro soggetto legittimato propone un'accusa o una querela. L'instaurazione e lo svolgimento del processo si basano interamente sul contenuto della stessa.

¹⁵ DA GANDINO A., *'Tractatus de maleficiis'*, XIII-XIV sec.

Si tratta dell'opera fondamentale del diritto penale medievale in cui viene riportata la procedura inquisitoria per i reati ritenuti gravi. Ripercorre, inoltre, il significativo passaggio dal sistema accusatorio a quello inquisitorio andando ad evidenziare vantaggi e svantaggi.



scompare tutte le garanzie nei confronti dell'imputato, in quanto la coercizione non assumeva carattere eccezionale, ma divenne elemento fisiologico del procedimento, in cui il solo e unico obiettivo era quello di ottenere la verità materiale ad ogni costo. Il principale strumento utilizzato per il raggiungimento di tale scopo era la tortura, che dopo essere scomparsa nel periodo romanico, torna ad essere utilizzata proprio attraverso il processo inquisitorio¹⁶. La funzione principale di tale violenza era quella di estorcere una confessione all'imputato pur di non lasciare impunito nessun reato che andasse a ledere l'ordinamento e l'interesse pubblico. Proprio in quest'ottica di ricerca forzata della verità si collocano quegli strumenti con funzione cautelare che vengono applicati in totale assenza dei principi fondamentali di legalità, tipicità e proporzionalità. La loro applicazione è rimessa alla discrezionalità del giudice, il quale, in virtù dell'iniziativa officiosa e dell'accentramento delle funzioni processuali, può ricorrere a strumenti coercitivi anche in una fase iniziale del procedimento e sulla base di un quadro probatorio ancora incerto¹⁷. Per comprendere meglio l'ampia discrezionalità del giudice è possibile dividere il processo inquisitorio in due fasi: la prima detta 'inquisizione generale' in cui un pubblico ufficiale, su ordine del giudice, reperiva informazioni ed eseguiva ispezioni; e una seconda fase detta 'inquisizione speciale' in cui veniva svolto l'interrogatorio sotto tortura o intimidazione. Inoltre, in presenza di specifiche condizioni (se il crimine prevedeva una pena corporale, se gli indizi erano gravi, se c'era flagranza o timore di fuga) si procedeva alla cattura e alla carcerazione dell'indagato per finalità cautelari¹⁸. In tale contesto, gli strumenti cautelari perdono la loro funzione garantistica, assumendo un ruolo strettamente funzionale alla repressione.

In questa fase storica del procedimento penale si ha quindi una crisi della distinzione tra funzione cautelare e funzione punitiva che tende progressivamente ad attenuarsi, sino a sfumare. La custodia preventiva, in particolare, finisce spesso per assumere un carattere anticipatorio della pena, mentre il ricorso a mezzi coercitivi, inclusa la tortura giudiziaria viene considerata la prova regina nel sistema probatorio. Ne deriva un significativo sacrificio delle garanzie individuali, tra cui il diritto di difesa e la presunzione di innocenza, sostanzialmente assenti nel modello inquisitorio.

Questo sistema rimase in vita per tutto il periodo in cui erano vigenti gli Stati assoluti, e soltanto dopo la Rivoluzione Francese del 1789, con la nascita del movimento illuminista ci fu un radicale cambiamento. L'illuminismo si diffuse in tutta l'Europa, permettendo la nascita di principi liberali e garantisti della legalità, del reato e della pena. Nacque, inoltre, il concetto di proporzionalità della sanzione penale rispetto al reato commesso nonché l'umanizzazione e la razionalizzazione del processo penale. Il periodo dell'illuminismo giuridico fu il momento di massimo dibattito e

¹⁶ PIFFERI M., *Le insanabili antinomie della tortura. Modelli di verità e significato del dolore nella quaestio per tormenta medievale*, Università degli studi di Ferrara, 2019 pag. 22;

¹⁷ DEZZA E. *Lezioni di storia del processo penale*, cit. p. 39;

È sufficiente la presenza di meri indizi per autorizzare l'esecuzione della tortura. Come riportato da Malinverni A. in *'Lineamenti di storia del processo penale'*, Giappichelli editore, Torino 1972, il primo grado di tortura consisteva nella minaccia di eseguirla anche attraverso dimostrazioni. Il secondo grado di tortura consisteva in un tormento di media gravità ed infine il terzo grado consisteva nell'esecuzione della tortura vera e propria. Durante l'esecuzione il giudice poneva delle domande sul caso al torturato alla presenza di un cancelliere che effettuava la verbalizzazione.

¹⁸ MALINVERNI A., *'Lineamenti di storia del processo penale'*, cit. 47-56;



riflessione sul problema penale¹⁹. Alla base di questa rivoluzione di pensiero è presente l'opera di Cesare Beccaria *'Dei delitti e delle pene'* che in poco tempo sia in Italia che in tutta Europa diventò il testo principale dell'illuminismo giuridico. In particolar modo si stabilì la funzione deterrente della pena, la distinzione tra reati e peccati ma soprattutto si sottolineò che la violenza chiamava altra violenza e che quindi anche la pena dovesse basarsi su razionalità e prevenire crimini futuri.

L'intera ideologia era fondata sulla ragione, intesa come tratto distintivo del genere umano sulla base del quale era possibile affermare l'uguaglianza tra gli uomini e il primato del diritto naturale²⁰, la cui concezione si deve per lo più a Montesquieu. Esso nello *'Lo spirito delle leggi'* individua uno stretto collegamento tra legge ed essenza delle cose²¹ secondo cui esistono dei diritti derivanti dalla natura e pertanto spettano ad ogni individuo in quanto tale. Secondo questa concezione il diritto penale e il processo penale non sono più strumenti di vendetta sovrana o di purificazione religiosa, ma una branca della 'scienza della legislazione'²² che deve rispondere a criteri di utilità e necessità. L'uomo deve essere al centro dell'universo²³ e pertanto deve possedere dei nuovi diritti sia nei confronti dello Stato che di altri individui. Proprio questo concetto funge da base della riforma del processo accusatorio, che permette l'abbandono di quello inquisitorio. Le principali critiche che sono state mosse dagli illuministi nei confronti dei sistemi processuali penali dell'epoca sono l'inefficienza della macchina giudiziaria ma soprattutto la mancanza di garanzie nei confronti dei cittadini innocenti²⁴.

È proprio in questa fase che si afferma, per la prima volta, una netta distinzione tra funzione cautelare e funzione punitiva, destinata a divenire uno dei pilastri del sistema processuale moderno. La pena deve essere intesa come 'violenza legale'²⁵ con carattere afflittivo la cui funzione è quella di ridurre la violenza all'interno della società. La misura cautelare, invece, è un atto strumentale alla buona riuscita del processo penale e strumento non afflittivo. Lo studio degli illuministi si fondava sulla giustizia e sui diritti dell'uomo, rendendo così il processo inquisitorio un modello non più adeguato all'ideologia dell'epoca. Per tale ragione, esso fu sostituito con un impianto maggiormente garantista, incentrato sulla presunzione di innocenza, sulla parità delle parti e sul contraddittorio²⁶.

Questa rinascita della centralità dell'uomo intesa come individuo titolare di diritti e doveri, di riforma del sistema penale e processuale penale, permise la riqualificazione di tutti quegli

¹⁹ IPPOLITO D., *'La libertà attraverso il diritto- illuminismo giuridico e questione penale'*, Napoli, 2014;

²⁰ ROMAGNOSI G., *'I criteri di ragione e di umanità'*, Prato, 1799;

²¹ MONTESQUIEU, *'Lo spirito delle leggi'*, Ginevra, 1748;

²² FILANGIERI G., *'La scienza della legislazione'*, 1791.

Si tratta di uno dei testi più importanti delle nuove idee liberali che in poco tempo si diffuse in Europa. Il concetto principale che viene illustrato è il diritto di ogni individuo alla tranquillità e alla conservazione della propria esistenza. Inoltre, introduce la riforma accusatoria del processo.

²³ L'ideologia della centralità dell'uomo nell'universo è detta individualismo.

²⁴ IPPOLITO D., *'La libertà attraverso il diritto- illuminismo giuridico e questione penale'*, Napoli, 2014;

²⁵ Cit. IPPOLITO D., *'La libertà attraverso il diritto- illuminismo giuridico e questione penale'*, Napoli, 2014;

La miglior definizione di pena è quella di FERRAJOLI L. secondo cui la giustificazione della pena si rinviene nella capacità di ridurre la quantità e la qualità della violenza. Essa è legittima se protegge la parte più debole (vittima del reato) nei confronti della parte più forte (autore del reato).

²⁶ IPPOLITO D., *'La libertà attraverso il diritto- illuminismo giuridico e questione penale'*, Napoli, 2014, pp. 67-70;