

## INTRODUZIONE

Nell'assetto dell'impianto codicistico, le misure cautelari personali rappresentano un istituto peculiare che tende a limitare in modo più o meno intenso la libertà del soggetto, senza averlo sottoposto ad un processo volto ad accertarne la responsabilità penale. L'osservazione dell'ultimo ventennio mette in luce un ricorso eccessivo a tali mezzi, a scapito di una maggiore ragionevolezza dell'intervento sulla libertà *ante judicatum*. In particolare, Il *punctum dolens* sta nell'impiego ipertrofico delle "misure cautelari", laddove, al contrario, dovrebbe esserne accentuato il ruolo strumentale rispetto all'accertamento penale. È un dato ben noto, infatti, che tra le Carte fondamentali dei singoli ordinamenti e tra le Carte internazionali dei diritti umani, nessuna trascura di considerare che la libertà personale dell'individuo, pur sancita come diritto inviolabile, possa nondimeno essere limitata per scopi di giustizia. Si comprende, dunque, come la restrizione della libertà dell'imputato nel corso del processo finisca per essere uno strumento indefettibilmente presente e largamente utilizzato all'interno di ciascun ordinamento. Partendo da un'analisi dell'art.13 della nostra Costituzione – che, nel suo primo comma sancisce l'invulnerabilità della libertà personale, ammettendone, nei successivi commi, la sua limitazione nei modi e nei casi stabili dalla legge – il presente lavoro si occupa di analizzare gli aspetti maggiormente critici relativi alle condizioni e i presupposti per l'applicazione delle misure cautelari personali. Segue, un approfondimento in tema dei criteri di scelta delle misure e, in particolare, dei criteri di scelta per l'applicazione della custodia cautelare in carcere, che per sua stessa natura incide in modo penetrante sulle libertà individuali. Nel corso degli anni dall'entrata in vigore dell'attuale codice di rito, non sono stati pochi gli interventi che hanno inciso decisamente sull'originario assetto dell'istituto

in parola, fino a sconvolgere sensibilmente il concetto stesso di cautela che giustifica la limitazione della libertà personale e, con esso, i principi costituzionali e sovranazionali relativi alla presunzione di non colpevolezza, alla strumentalità della cautela rispetto alle esigenze del processo e alla proporzionalità ed adeguatezza delle limitazioni in relazione alle esigenze di tutela. Non vi è dubbio che il legislatore abbia tentato di elaborare un reticolo di regole procedurali rispettose delle garanzie fondamentali, tuttavia, da un punto di vista sistematico, le difficoltà si riavvisano non tanto nel dare attuazione ai singoli principi, ma piuttosto nell'operare un coordinamento tra esigenze talvolta contrapposte. Un'analisi sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale, in materia, permette di cogliere la logica sottostante alla disciplina codicistica, contrassegnata da un quadro di principi generali che indirizzano la scelta della misura più idonea da applicare, sulla base della presunzione di non colpevolezza, del *minor sacrificio necessario* e della custodia cautelare in carcere come *extrema ratio*. Infatti, è affermazione ricorrente, nella consapevolezza della "immoralità" del sacrificio dei diritti di un presunto innocente, che le restrizioni della libertà personale per scopi cautelari dovrebbero essere rimedi estremi, limitati a non altrimenti affrontabili ragioni di tutela dell'accertamento, nel contesto di un rigoroso principio di proporzionalità. Tuttavia, ciò non ha impedito che, pur di fronte a legislazioni progredite e nettamente inclinate verso la tutela delle garanzie individuali e da tempo sorvegliate dalle istituzioni degli ordinamenti sovranazionali, si siano ciclicamente riproposti usi eccessivi ed arbitrari della custodia cautelare, strumento supremo di afflizione della libertà dell'imputato, sovente aggravato dalle condizioni di sovraffollamento del sistema penitenziario.

## CAPITOLO I

### PRINCIPI FONDAMENTALI IN MATERIA CAUTELARE

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L' *iter* del diritto alla libertà personale sancito dalla Carta costituzionale – 3. Disciplina costituzionale: contenuto ed inviolabilità del diritto alla libertà personale – 4. Il vuoto dei fini – 5. Misure cautelari e presunzione di non colpevolezza come regola di trattamento dell'imputato – 6. Principi emergenti dalle Carte internazionali

#### 1. Premessa

Tra le conquiste più significative dell'ordinamento giuridico moderno, può essere sicuramente annoverata la raggiunta consapevolezza del valore rappresentato dalla persona umana e la tutela complessiva dei diritti fondamentali ad essa riconducibili. Tra questi rientra, in posizione primaria, il diritto alla libertà personale, a cui sia la Costituzione che le Carte sovranazionali riservano un ruolo centrale. Ciò nonostante, rappresenta una costante nella storia del processo penale la previsione di più o meno significative compressioni della libertà personale dell'imputato durante l'*iter* procedimentale – prima, cioè della definizione di quest'ultimo con sentenza irrevocabile. In tale prospettiva, si rivela, dunque, poco compatibile con un ordinamento costituzionalmente orientato, basato sul riconoscimento assoluto del bene libertà personale (art.13, comma 2, Cost.) ed ispirato alla presunzione di non colpevolezza (art.27, comma 2, Cost.), la stessa idea di una restrizione rilevante della libertà prima della decisione definitiva di condanna. La giustificazione solitamente addotta si basa sulla constatazione secondo cui l'accertamento penale - valore da tutelare ugualmente e pienamente - possa richiedere interventi restrittivi prima del raggiungimento del suo epilogo per molteplici ragioni connesse alla delicatezza

della vicenda processuale e alla sua capacità di rivelare particolari situazioni di pericolo per i beni coinvolti, con le conseguenti esigenze di tutela del processo e della collettività. Viene in luce così una delicata questione di contemperamento tra tutele opposte ma in egual modo fondamentali, la tutela della libertà personale da una parte e la tutela della collettività e del corretto svolgimento del processo dall'altra; un problema che coinvolge l'intera disciplina delle misure cautelari personali e che mette a nudo una latente antinomia tra due profili che coesistono all'interno del tessuto normativo: la libertà individuale e l'autorità dello Stato<sup>1</sup>. Questa dicotomia, apparentemente irrisolvibile, deve necessariamente trovare una corretta coniugazione, attraverso un ponderato bilanciamento degli interessi contenuti nella complessa previsione normativa. Se da un lato, l'apparato repressivo statale intende esercitare la sua pretesa punitiva e tutelare la collettività e i valori previsti dall'ordinamento da eventuali aggressioni o minacce, dall'altro è sentita l'esigenza di attribuire una significativa importanza alla "tutela della libertà", obiettivo inserito nel programma costituzionale tra quelli di maggior rilievo. È stato ritenuto che sia proprio in questa contrapposizione, più precisamente, tra «sistema di regolamentazione di diritti fondamentali dell'individuo, pretesa punitiva dello Stato e giustizia della decisione che emerge la funzione dinamica della procedura penale»<sup>2</sup>. Per giungere ad un equilibrio soddisfacente tra tali diverse esigenze contrapposte nell'ambito del processo penale, è necessario prendere in considerazione, *in primis*, i principi previsti dalla Costituzione e dalle Carte sovranazionali. Tali sistemi normativi delineano, infatti, l'archetipo processuale ideale di riferimento (il c.d. "giusto processo"). In questo senso, l'art. 2 della legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, approvata nel 1987, conteneva l'elenco delle direttive stabilendo che il nuovo sistema processuale si uniformasse ai principi della Costituzione e delle Carte

---

<sup>1</sup> Così A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, G. Spangher (diretto da), vol. II, tomo II, *Le misure cautelari*, A. Scalfati (a cura di), Torino, 2008, p. 6

<sup>2</sup> G. RICCIO, *Introduzione allo studio del sistema sanzionatorio nel processo penale*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, II, Napoli, 2006, p. 27 ss.

internazionali relative ai diritti della persona ed al processo penale. Ed allora, se il giusto processo è quello previsto, nelle sue linee essenziali, dalla Costituzione e dalle suddette Convenzioni internazionali, la comprensione delle regole predisposte dalla legge ordinaria per disciplinare le limitazioni della libertà personale prima della decisione definitiva deve passare per una chiara definizione dei principi essenziali predisposti a tutela di taluni fondamentali valori. Inoltre, le stesse regole sono essenziali per comprendere le ragioni – ed i punti critici – dell’equilibrio tra diversi interessi stabiliti dal legislatore.

## **2. L’ iter del diritto alla libertà personale sancito dalla Carta costituzionale**

Tra i <<diritti inviolabili dell’uomo>> che l’ordinamento <<riconosce e garantisce>>, la libertà personale rappresenta un diritto di primo piano che costituisce il presupposto di tutti gli altri diritti di libertà, in quanto logicamente li precede e li condiziona a livello operativo, rendendone possibile la piena esplicazione<sup>3</sup>. La libertà personale è prevista dall’art 13 della Costituzione, il quale sancisce solennemente al primo comma che <<la libertà personale è inviolabile>>, principio che costituisce uno dei pilastri fondanti del nostro ordinamento giuridico. È opportuno, tuttavia, precisare preliminarmente l’esatta nozione di libertà personale per poterne comprendere la sua rilevanza dell’ambito del procedimento penale. Il suo riconoscimento risale alle Carte medioevali, all’interno delle quali venne interpretata restrittivamente, concepita, più precisamente, come mera “libertà dagli arresti”, cioè come diritto al *writ of habeas corpus*, inteso come lo stato di libertà fisica, implicante l’assenza di coercizioni sul proprio corpo; si affermò un principio contenuto all’interno della *Magna Charta Libertatum*<sup>4</sup>, secondo cui qualsiasi forma di

---

<sup>3</sup> V. GREVI, *Libertà personale dell’imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p. 28

<sup>4</sup> Art 39, *Magna Charta*: <<No free man is to be arrested, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in any other way ruined, nor will we go against him or send against him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land>>.

detenzione, e dunque di restrizione della libertà individuale, dovesse necessariamente avvenire in forza di previsioni legali o giudiziali, configurandosi perciò come un'eccezione. A partire dal XVIII secolo sulla scia dell'Illuminismo e con l'affermarsi degli ordinamenti liberali, la libertà personale cominciò a ricevere riconoscimento e garanzia a livello costituzionale tra i "diritti di libertà" riconosciuti a tutela del cittadino di fronte agli organi dello Stato; esempio di tale riconoscimento fu la Costituzione americana del 1787, la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino francese del 1789, la Costituzione francese del 1814 ed infine in Italia, l'art. 26 dello Statuto Albertino promulgato nel 1848. Ogni individuo poteva, dunque, pretendere ed esigere il rispetto dei propri diritti da parte delle pubbliche autorità, configurandosi come un limite all'esercizio dei loro poteri autoritativi. In questo modo fu raggiunto l'obiettivo di coloro che per lungo tempo avevano criticato e combattuto l'assurda concezione di stampo inquisitorio dove la figura dell'imputato trovava perfetta coincidenza con quella del colpevole, le finalità cautelari si confondevano con quelle punitive - si trattava di una vera e propria anticipazione della pena - e non vi erano limiti ai poteri pubblici<sup>5</sup>. Tali rivendicazioni furono il fulcro di uno dei più grandi movimenti filosofici e culturali della storia: l'Illuminismo, che vide tra i suoi maggiori esponenti il giurista italiano Cesare Beccaria, autore dell'opera "Dei delitti e delle pene". Egli pose nuove basi per una totale rivoluzione nel modo di vedere la persona dell'imputato e sostenne la necessità che l'inviolabilità della libertà personale fosse garantita altresì in sede di procedimento penale, affermando che «la privazione della libertà, essendo una pena, non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede<sup>6</sup>». Quindi, anche in presenza di effettive esigenze, con la limitazione della libertà dell'imputato va assicurata la minor sofferenza possibile al soggetto che non sia stato ancora dichiarato colpevole. Il movimento liberale rese proprio questo pensiero e rigettò ciò che era stato pacifico nei secoli

---

<sup>5</sup> G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 15

<sup>6</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, G. Francioni (a cura di), Milano, 1984, p. 71

precedenti: l'assoggettabilità dell'imputato a trattamenti che ne limitassero la libertà al pari di una condanna conseguente ad una sentenza definitiva. Il liberalismo rifiutando l'equiparazione della figura dell'imputato con quella di colpevole, cercò di circoscrivere l'ambito di applicabilità della carcerazione preventiva ai soli casi in cui si configurasse come strumento necessario ai fini dell'accertamento della verità e dell'effettiva esecuzione della pena<sup>7</sup>; in questo modo quindi, venne individuata una categoria di esigenze in presenza delle quali poter ricorrere ad una misura particolarmente incisiva sui diritti dell'individuo. Si parlava, a proposito della carcerazione *ante iudicatum*, come una ingiustizia sostanziale, un'intrinseca immoralità. Fu Carrara ad elaborare il criterio della "stretta necessità" come mezzo per porre un freno all'applicazione dell'istituto della carcerazione preventiva. Quest'ultima, secondo l'Autore, rispondeva ad una quadruplici finalità: <<consentire al giudice di interrogare l'imputato per gli atti necessari all'istruttoria; raggiungere la verità togliendo all'imputato i mezzi per intimidire i testimoni o distruggere le prove del suo reato; impedire all'imputato, pendente il processo, di continuare nei suoi delitti; assicurare l'esecuzione della pena affinché il reo non si sottraesse alla stessa con la fuga<sup>8</sup>>>. Tuttavia, l'impostazione tradizionale di stampo liberale fu criticata dagli studiosi di indirizzo positivista; essi furono inclini ad un impiego normale e generalizzato della carcerazione preventiva, non solo per le esigenze attinenti all'istruzione del processo, ma anche, e soprattutto, per scopi di tipo punitivo o esemplare. Si riteneva che la carcerazione *ante iudicatum* fosse una conseguenza ordinaria del processo ed un mezzo a disposizione della società per reagire immediatamente al clamore suscitato dal reato. Rifiutando apertamente la presunzione di innocenza, gli studiosi positivisti esaltavano gli scopi della prevenzione. Si voleva impedire che l'imputato potesse commettere nuovi delitti oppure in altri casi si volevano evitare rappresaglie o vendette da parte

---

<sup>7</sup> V. MICELI, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, 1913, p. 965

<sup>8</sup> F. CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Lucca, 1874, p. 312

dell'offeso. Nonostante le istanze liberali fossero state in qualche modo accolte nel codice di rito del 1865 e, soprattutto, nel codice del 1913, il codice Rocco del 1930 subì in maniera marcata l'influenza delle idee positiviste. Nel primo codice del Regno unito D'Italia, la libertà personale figurò come un bene giuridicamente rilevante ed autonomo rispetto all' esigenza di difesa della società; con la legge del 30 giugno del 1867 si affermò il principio-guida di una maggiore libertà personale dell'imputato nel processo penale e si resero facoltative molte limitazioni alla libertà personale che prima risultavano obbligatorie. La prospettiva liberale del criterio della stretta necessità si affermò con pienezza nel codice di procedura penale del 1913 realizzando la massima espansione delle esigenze di tutela della libertà personale; in particolare l'idea prevalente era che «niuno potesse essere ritenuto colpevole finché una sentenza irrevocabile non lo avesse condannato, e che la libertà personale dell'imputato avrebbe dovuto essere limitata il meno possibile, ossia nella misura strettamente necessaria, e mai con lo scopo o con il risultato di impedire all'accusato di giustificare la sua innocenza<sup>9</sup>». Tuttavia, il tentativo di superamento dell'assetto inquisitorio cominciato agli inizi del '900, trovò una fase di arresto con l'avvento del fascismo, un movimento politico di carattere autoritario e nazionalista - indubbio nemico dell'idea di giusto processo - che affermava la prevalenza degli interessi collettivi su quelli individuali e che non lasciò grande spazio alla tutela della libertà personale. Il codice di rito del 1930, infatti, rifiutava totalmente l'idea di presunzione di innocenza e considerava la libertà personale dell'imputato un interesse secondario, «come se la sua restrizione dovesse considerarsi del tutto normale nell'*iter* del processo<sup>10</sup>». Tutto il sistema della carcerazione preventiva era improntato ad un'ispirazione autoritaria. Venne meno la finalità di tutelare esigenze processuali e prese stabilmente corpo il carattere di anticipazione della pena; venne esaltata

---

<sup>9</sup> Così L. MORTARA, *Discorso al Senato*, (marzo 1912), in *Commento al codice di procedura penale*, Torino, 1915, p. 153

<sup>10</sup> V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit. p. 18

l'esigenza di difesa della società come fondamento della custodia preventiva, considerandola, in particolare, come uno strumento volto ad impedire che l'imputato commettesse altri delitti e a ristabilire l'ordine sociale eventualmente turbato da reati di una certa gravità. Con la caduta del regime fascista, si avvertì la forte esigenza di redigere una Carta fondamentale nella quale sancire principi ai quali l'intero ordinamento avrebbe dovuto ispirarsi; fu nel 1948, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana che venne affermata nuovamente, riprendendo i principi enunciati dalla dottrina liberale, una tutela piena ed effettiva della libertà personale, qualificandola come <<inviolabile>> ed elevandola a principio fondamentale. Il Codice Rocco aveva sanzionato una decisa priorità del principio di autorità rispetto a quello di libertà in aderenza agli orientamenti culturale di quel tempo; diversamente la relativa disciplina costituzionale operò un ribaltamento nella scala dei valori rispetto alla legislazione fascista, ravvisando nella persona il valore-base del sistema democratico ed eliminando quella tendenziale subordinazione della libertà personale agli interessi nazionali. Infatti, nell'articolo 2 della Costituzione viene consacrata una fondamentale impostazione personalistica, in quanto è lo stesso Stato che è tenuto alla massima <<tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove questi svolge la sua personalità>>. Poste queste premesse non appare dubbio che il rispetto della persona umana ed il suo "pieno sviluppo" (art 3 Cost.) siano, così come sottolinea la prevalente dottrina, il fine ultimo posto dalla vigente Costituzione allo Stato<sup>11</sup>. Viene dunque rovesciata l'Ottocentesca supremazia dell'Ente sovrano sull'individuo, ed in particolare, per quanto riguarda la situazione dell'imputato, non vi è dubbio che prima della sentenza definitiva permane in stato di libertà, la privazione di questa è ammessa solo in casi eccezionali ed in presenza di garanzie legislative e giurisdizionali.

---

<sup>11</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto Pubblico*, Padova, 1962, p. 718

### **3. Disciplina costituzionale: contenuto ed inviolabilità del diritto di libertà personale**

Tra i molteplici valori tutelati dalla Carta fondamentale, sicuramente la libertà personale ne rappresenta uno di primo piano, sia per la sua natura in sé considerata, sia perché essa costituisce una sorta di presupposto di tutti gli altri diritti di libertà. L'art 13 della Costituzione., al primo comma, come sopra accennato, indica la libertà personale come un diritto inviolabile, prevedendo una tutela non solo riferita alla libertà fisica, dunque attribuendo alla libertà in questione una nozione restrittiva, bensì riferita anche a quella morale e sociale del singolo, in armonia con quanto previsto dall'art. 2 della medesima Carta fondamentale che comprende, invece, un'interpretazione più "ampia" o "estensiva"<sup>12</sup> della nozione. L'inviolabilità della libertà personale non è solo un'affermazione di principio, doverosa in virtù dell'esperienza storica che ha preceduto la stesura della stessa Costituzione, ma ha un significato normativo preciso. In primo luogo, detta la regola in materia di libertà personale - l'inviolabilità può essere derogata solo nelle ipotesi espressamente previste dalla Costituzione - ma è anche un canone di orientamento, insieme al contenuto del comma 2 dell'art. 27, per gli operatori di diritto chiamati a interpretare le singole norme: tutte le volte in cui possa esservi incertezza tra la salvaguardia della libertà e il suo sacrificio, deve necessariamente affermarsi il primato dell'inviolabilità della libertà personale. In secondo luogo, i limiti posti a tale diritto, dovranno rispettare il criterio del "minore sacrificio necessario"<sup>13</sup>: la compressione della libertà personale dell'indagato o imputato deve essere contenuta entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto. Da ciò ne consegue che il ricorso alle forme di restrizione più intense - e particolarmente a quella "massima" della custodia carceraria - deve ritenersi consentito solo quando le esigenze processuali ed

---

<sup>12</sup> A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971, p. 46

<sup>13</sup> Sul punto: Corte cost. n. 299, 2005, in *Giur. Cost.*, 2005; Corte cost. n. 265, 2010, in *Giur. Cost.*, 2010

extraprocessuali non possano essere soddisfatte tramite misure di minore incisività. Tale principio risulta affermato esplicitamente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale, in riferimento all'art 5 della Convenzione, la «carcerazione preventiva deve apparire come la soluzione estrema che si giustifica solamente allorché tutte le altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti<sup>14</sup>». Il criterio del “minor sacrificio necessario” impegna il legislatore, da un lato, a strutturare il sistema cautelare secondo il modello della “pluralità graduata”, predisponendo una gamma alternativa di misure, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale; dall'altro, a prefigurare meccanismi individualizzati di selezione del trattamento cautelare, adeguati alle esigenze configurabili nelle singole fattispecie concrete<sup>15</sup>. Ponendo, poi, l'attenzione sulla disciplina contenuta nel successivo secondo comma, viene in risalto una deroga a suddetta inviolabilità: consentendo le ispezioni, perquisizioni e altre forme di restrizione della libertà personale, per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli modi e casi previsti dalla legge, ha la funzione di legittimare possibili interventi limitativi della libertà personale nel corso del processo, ma solo attraverso la previsione di specifiche garanzie connesse al doppio rigore della tassativa previsione legislativa e della promanazione giudiziaria<sup>16</sup>. La norma prevede dunque, una doppia riserva, di legge e di giurisdizione dell'atto, necessariamente motivato, attraverso il quale può essere compressa la libertà dell'imputato. La riserva di legge mira a garantire che sia la stessa legge a stabilire in modo rigoroso e tassativo i casi nei quali è ipotizzabile una privazione della libertà personale; con la riserva di giurisdizione si impone che ogni provvedimento che interferisce sul bene sia disposto esclusivamente dall'autorità giudiziaria e che, inoltre, l'atto stesso sia rigorosamente motivato per consentire un suo successivo controllo. L'art 13 della Costituzione, dunque, proietta il diritto inalienabile nel processo penale,

---

<sup>14</sup>Corte eu. dir. uomo, *Vafiadis c. Grecia*, sent. del 2 luglio 2009; Corte eu. dir. uomo, *Lelievre c. Belgio*, sent. del 8 novembre 2007

<sup>15</sup> P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2020, p. 465

<sup>16</sup> Così A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, cit. p. 15