

## INTRODUZIONE

La restrizione della libertà personale di un individuo prima della sentenza dichiarativa della sua responsabilità penale, così come l'imposizione cautelare di vincoli di indisponibilità su beni mobili e immobili, deve avvenire nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza richiesti dal codice. Sono questi i criteri che devono orientare il giudice nella scelta della misura cautelare da applicare nel caso concreto, soprattutto quando essa incide sulla libertà personale del destinatario del provvedimento.

All'interno del sistema cautelare sussistono molteplici interessi ed esigenze tra di loro contrapposte: da un lato la necessità di contenere quanto più possibile la compressione della libertà dell'indagato (o imputato), alla luce della inviolabilità stabilita dall'art. 13 Cost. e della presunzione di non colpevolezza sino ad accertamento definitivo *ex art. 27 comma 2 Cost.* Dall'altro lato la indispensabilità del ricorso, in pendenza di giudizio, a forme di limitazione della libertà personale del soggetto sottoposto a procedimento o processo, quando sia indispensabile soddisfare determinate e specifiche esigenze cautelari. In qualche modo, in tale prospettiva, i diritti fondamentali dell'individuo si intersecano sia con la necessità che il procedimento penale possa svolgersi efficacemente e possa condurre a un risultato "utile", che con l'interesse della collettività all'accertamento giudiziario. Il principio di proporzionalità e quello di adeguatezza hanno la funzione quindi di rendere l'azione cautelare, volta a perseguire gli obiettivi sopra descritti, compatibile con il dettato costituzionale e convenzionale. Del resto, le numerose modifiche legislative che hanno interessato l'art. 275 c.p.p. mostrano la costante tensione fra le garanzie individuali e le esigenze di un più efficace accertamento dei reati. Non viene in rilievo solamente l'inviolabilità della libertà personale dell'individuo destinatario del provvedimento cautelare e il suo diritto a non essere trattato come fosse colpevole sino ad una sentenza definitiva di condanna (e non sarebbe comunque poco), ma anche il suo diritto di movimento e di circolazione, di proprietà privata, di libera iniziativa economica. Il principio di proporzionalità, d'altra parte, rileva ogni volta che la legge interviene sul bilanciamento tra gli interessi in contrasto: solo attraverso il ricorso a tale criterio è possibile stabilire fin dove è lecito spingersi nella limitazione di un diritto, soprattutto se inviolabile.

L'art. 275 c.p.p. ai commi 4, 4-bis, 4-ter, 4-quater e 4-quinquies rivela tra l'altro l'intento del legislatore di bilanciare le esigenze di giustizia con diritti quali alla vita, vecchiaia,

maternità e tutela della salute. Difatti, in presenza di determinate situazioni soggettive non può essere applicata o mantenuta la custodia cautelare in carcere.

Il principio di proporzionalità, nella sua accezione più ampia, impone che ogni misura adottata dall'autorità pubblica sia proporzionata all'obiettivo da perseguire, garantendo che le libertà e i diritti del privato siano incisi nella misura minore possibile. Esso trova applicazione in quasi tutti i settori del diritto, da quello penale a quello privato, dal diritto del lavoro a quello tributario e internazionale<sup>1</sup>. In ambito sovranazionale il principio fu dapprima richiamato nelle sentenze della Corte di giustizia della Comunità europea, per poi essere codificato nel Trattato di Maastricht del 1992 con specifico riguardo all'attività degli organi comunitari. Successivamente, con il Trattato di Lisbona del 2009 esso è stato consacrato nel diritto positivo sovranazionale, e grazie all'elaborazione della Corte di Strasburgo, è stato infine considerato come limite alla discrezionalità riconosciuta agli Stati membri nel recepire i diritti e le libertà della Convenzione.

La disciplina dei criteri di scelta delle misure cautelari personali ricalca i passaggi logico consequenziali del c.d. *test* di proporzionalità concepito dalla dottrina tedesca nel XIX secolo: i tre principi cardine messi in luce dall'art. 275 c.p.p. sono infatti la proporzionalità, adeguatezza e gradualità. Il giudice, nella scelta della misura cautelare personale, accertata la sussistenza di (almeno) una delle esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p., nonché i gravi indizi di colpevolezza e l'insussistenza di cause di giustificazione e di non punibilità, gode di poteri discrezionali. Tuttavia, tale discrezionalità non è assoluta, bensì vincolata al rispetto dei principi di adeguatezza, proporzionalità e gradualità. Questi parametri operano per tutto l'arco della vicenda cautelare, e non solo nel momento genetico, al fine di fronteggiare le esigenze cautelari che concretamente permangono o residuano, evitando una ingiustificata compressione delle libertà tutelate da fonti sovraordinate<sup>2</sup>. Del resto, caratteristica delle misure cautelari è quella di essere provvisorie e continuamente rivedibili. Pertanto il giudice può essere chiamato a verificare la permanenza dei gravi indizi di colpevolezza e dei *pericula libertatis* che hanno giustificato l'applicazione della misura, e conseguentemente a revocarla o sostituirla, sulla base dei principi di proporzionalità e

---

<sup>1</sup> Si pensi che nel diritto de lavoro il principio di proporzionalità trova riconoscimento costituzionale esplicito nell'art. 36 Cost.

<sup>2</sup> Si veda Cass., Sez. Un., 31 marzo 2011, n.16085.

adeguatezza. In tal senso l'art. 299 c.p.p. costituisce la trasposizione, a cautela avviata, dei suddetti principi disposti dall'art. 275 c.p.p. per il momento applicativo della misura.

I principi di proporzionalità e adeguatezza informavano la scelta cautelare già nel codice Rocco del 1930. In particolare l'art. 278 c.p.p. abr., riscritto dall'art. 39 della legge 5 agosto 1988, n. 330<sup>3</sup>, era rubricato proprio «principio di proporzionalità» ed era volto ad evitare l'inutile sacrificio della libertà di un soggetto che non avrebbe scontato alcuna pena detentiva, in ragione del fatto che l'entità della probabile pena da irrogare era contenuta nei limiti della sospensione condizionale o della custodia cautelare già sofferta, ovvero che, tenuto conto di questa, era interamente compresa in una causa di estinzione della pena. Ad ogni modo, il *corpus* normativo in esame era ispirato a un modello inquisitorio, e difatti la tematica *de libertate* era inserita all'interno della disciplina dedicata alla specifica fase procedimentale dell'istruzione, sintomatico del fatto che i provvedimenti cautelari rappresentavano un «mezzo operativo» di questa<sup>4</sup>. In altre parole, si volevano offrire agli organi istruttori gli strumenti volti all'attività di ricerca della prova, anche a sacrificio della libertà personale dell'imputato. Ad ogni modo, le innovazioni normative che hanno interessato il codice Rocco conseguentemente all'entrata in vigore della Carta costituzionale hanno tracciato le direttive fondamentali di quella che è poi divenuta la nuova disciplina cautelare, riunita in un vero e proprio sottosistema normativo.

L'art. 275 c.p.p. prevede una serie di eccezioni che costituiscono una «deviazione della logica cautelare»<sup>5</sup> delineata dal medesimo articolo. In presenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine ad alcune fattispecie delittuose, opera una duplice presunzione: la prima (relativa) inerente alle esigenze cautelari, e la seconda (assoluta solamente in limitate ipotesi, altrimenti relativa) circa l'adeguatezza della custodia carceraria. Tali presunzioni, nel tentativo di limitare la discrezionalità del giudice nella scelta della misura cautelare da adottare, aumentano tuttavia il rischio di anticipare il trattamento sanzionatorio, in violazione del principio di non colpevolezza *ex art. 27, comma 2, Cost.* La disciplina è stata ritoccata

---

<sup>3</sup> Riforma legislativa intervenuta proprio a ridosso dell'approvazione del nuovo codice di rito, avvenuta nel settembre dello stesso anno. L'art. 278 c.p.p. abr. rifletteva il contenuto dell'art. 277-bis c.p.p. abr. che era stato a sua volta abrogato sempre dalla legge 5 agosto 1988, n. 330.

<sup>4</sup> In tal senso cfr. CHIAVARIO M., *Una "carta di libertà" espressione di impegno civile: con qualche squalcitra (e qualche...patinatura di troppo)*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. III, Torino, 1990, p. 3. Sul punto si veda anche FASSONE E., *La coercizione personale*, in *Mag. Dem.*, 1978, p. 14.

<sup>5</sup> SCALFATI A., *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 2018, p. 353. Nello stesso senso DE CARO A., *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II, t. 2, Le misure cautelari, a cura di A. Scalfati, Torino, 2008, p. 83.

da innumerevoli modifiche legislative (mosse dalla necessità di perseguire, di volta in volta, i diversi obiettivi di politica criminale) e bersagliata dalle sentenze della Corte costituzionale<sup>6</sup>, sino alla riforma della legge 16 aprile 2015, n. 47, con cui il legislatore ha recepito passivamente le indicazioni fornite dalla Suprema Corte.

Problematica è infine la questione se i principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, dettati dall'art. 275 c.p.p. per le misure cautelari personali, trovino applicazione anche per le misure cautelari reali. All'interno del Titolo II del Libro IV non si riviene alcuna una norma analoga in tal senso, e inoltre i sequestri reali non sembrano essere caratterizzata da quella varietà, in funzione di un crescente grado di afflittività, che connota il sistema delle misure personali<sup>7</sup>. La disciplina dei sequestri reali pare quindi scritta dal legislatore in maniera frettolosa sia sotto il punto di vista dell'operatività dei principi in esame, che dei presupposti applicativi, allontanando le misure reali dal modello cautelare per riavvicinarle all'antica funzione preventiva. In particolar modo, circa il sequestro preventivo funzionale alla confisca di cui al comma 2 dell'art. 321 c.p.p., il legislatore si è limitato a stabilire che «il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca», lasciando a dottrina e giurisprudenza il compito di individuare condizioni e limiti della misura.

---

<sup>6</sup> Corte cost., sent., 21 luglio 2010, n. 265; Corte cost., sent., 12 maggio 2011, n. 164; Corte cost., sent., 22 luglio 2011, n. 231; Corte cost., sent., 16 dicembre 2011, n. 331; Corte cost., sent., 3 maggio 2012, n. 110; Corte cost., sent., 29 marzo 2013, n. 57; Corte cost., sent., 18 luglio 2013, n. 213; Corte cost., sent., 23 luglio 2013, n. 232; Corte cost., sent., 26 marzo 2015, n. 48.

<sup>7</sup> Sul punto cfr. MONTAGNA M., *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, p. 50

# CAPITOLO I

## Origini ed evoluzione

**SOMMARIO:** 1.1. Il *test* di proporzionalità concepito dalla dottrina tedesca. – 1.2. Il principio di proporzionalità e fonti sovranazionali. – 1.3. Il principio di proporzionalità nel codice di procedura penale del 1930. – 1.4. I rapporti tra proporzionalità, adeguatezza e tutela della libertà personale. – 1.5. Proporzionalità, adeguatezza e presunzione di non colpevolezza.

### 1.1. Il *test* di proporzionalità concepito dalla dottrina tedesca.

Il principio di proporzionalità, inteso come necessità che la limitazione della sfera giuridica del privato sia proporzionata allo scopo pubblico dell'intervento, ha origine nel XIX secolo nell'ambito del diritto di polizia prussiano anche grazie alla elaborazione giurisprudenziale<sup>8</sup>, sebbene fosse già prima di quel momento percepito dalla dottrina come limite all'esercizio del potere statale nei confronti dell'individuo<sup>9</sup>.

Tale canone irradiò dapprima il diritto amministrativo tedesco, e solamente con l'avvento dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*) venne accolto come principio generale dell'ordinamento giuridico, tutelando i diritti fondamentali dei singoli affinché non venissero eccessivamente sacrificati dall'esercizio del pubblico potere (manifestato sia in forma di provvedimenti normativi che amministrativi). Data la flessibilità del principio, esso si estese in ambito

---

<sup>8</sup> Le origini del principio di proporzionalità sono state messe in luce particolarmente da SANDULLI A., *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, 2006, p. 4644; ID., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 58 ss; GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1988, pp. 11 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Aut.*, 2005, pp. 541 ss.; SCACCIA G., *Il principio di proporzionalità*, in *Ordinamento Europeo. L'esercizio delle competenze*, a cura di S. Mangiameli, vol. II, Milano, 2006, pp. 227 ss.

<sup>9</sup> Precorritrice fu la sentenza del caso *Kreuzberg*, del 14 giugno 1882, in *PrOVGE* 9, richiamata da GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 12, con cui il Tribunale amministrativo prussiano dichiarò l'illegittimità dell'ordinanza di chiusura di uno spaccio, in virtù del fatto che la misura adottata fosse eccessivamente afflittiva per il destinatario. Successivamente, in più occasioni, il Tribunale amministrativo superiore prussiano ritenne non proporzionali nella fattispecie talune misure di polizia rispetto agli obiettivi pubblici, in particolare le sentenze 10 aprile 1886 e 3 luglio 1886, in *PrOVGE* 13, pp. 424 ss. e pp. 426 ss. Riassuntiva è la massima di FLEINER F., *Institutionem des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, p. 354, «la polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni». Nonché «non è dato usare il martello pneumatico per rompere una noce, quando, ben meglio, si potrebbe usare lo schiaccianoci» di Lord DIPLOCK J. K. nella decisione della House of Lords, 20 gennaio 1983, 1 WLR 151, R. v *Goldstein (Alexander Joseph)* riportata in EMILIOU N., *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer Law International, 1995 p. 2.

continentale negli ordinamenti di *civil law* (Svizzera, Austria, Francia, Belgio, Olanda)<sup>10</sup>, nonché in quelli di *common law*<sup>11</sup>. Infine trovò applicazione in tutti gli ambiti del diritto (in particolare amministrativo, tributario, penale)<sup>12</sup>.

Il principio di proporzionalità venne in origine concepito come un corpo unico, costituito da tre elementi inscindibili tra di loro: idoneità (*Geeignetheit*), necessarietà (*Erforderlichkeit*) e adeguatezza o proporzionalità in senso stretto (*Angemessenheit o Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*)<sup>13</sup>. Sulla base di questi elementi, la dottrina tedesca elaborò la “teoria dei tre gradini”, ossia i passaggi logici consequenziali attraverso i quali si sviluppa il *test* di proporzionalità<sup>14</sup>.

Il primo gradino è rappresentato dall’idoneità, la quale attiene al rapporto tra il mezzo impiegato dall’autorità e l’obiettivo pubblico prefissato<sup>15</sup>: il mezzo deve essere «susceptibile di conseguire lo scopo perseguito»<sup>16</sup>. Il giudice è chiamato ad effettuare sul provvedimento un giudizio di tipo prognostico operato *ex ante* sulla base delle circostanze esistenti, e l’eventuale valutazione positiva adottata, non può poi essere rovesciata, qualora, *ex post*, risulti l’inidoneità a perseguire lo scopo<sup>17</sup>.

Al secondo gradino è posta la necessarietà, la quale rileva come parametro del *test* nella sola ipotesi in cui più mezzi risultino parimenti idonei a conseguire lo scopo pubblico perseguito: in tal caso, in forza del principio di necessarietà, deve essere preferito quello meno lesivo della sfera giuridica del destinatario<sup>18</sup>. È intuibile che, qualora non esista una pluralità di mezzi il criterio di necessità e di idoneità si sovrappongono. Inoltre, per valutare se una

---

<sup>10</sup> Sul punto cfr. TABASCO G., *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Padova, 2017, p. 28; SANDULLI A., *Proporzionalità*, cit., p. 4644.

<sup>11</sup> Sul punto cfr. CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3/4, p. 144; BOHLANDER M., *Principles of Criminal Law*, Hart Publishing, Portland, OR, USA, 2009, p. 7.

<sup>12</sup> Sul punto cfr. SANDULLI A., *Proporzionalità*, cit., p. 4643; nello stesso senso HASSAMER W., *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, p. 155. Nonché, relativamente al settore del diritto del lavoro, ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 165.

<sup>13</sup> SANDULLI A., *Proporzionalità*, cit., p. 4645, lo definisce come «uno e trino».

<sup>14</sup> Per una rassegna sugli ampi riferimenti alla letteratura tedesca, si rinvia a TABASCO G., *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Padova, 2017, p. 31 e GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 17.

<sup>15</sup> Sul punto cfr. TABASCO G., *op. ult. cit.*, p.30; CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3/4, p. 151; SANDULLI A., *op. ult. cit.*, p. 4645; GALETTA D.U., *op. ult. cit.*, pp. 97 ss; ORLANDI R., *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2014, p. 1157.

<sup>16</sup> VALENTINI E., *Il principio di proporzionalità e durata della cautela*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 448;

<sup>17</sup> Sul punto cfr. TABASCO G., *op. ult. cit.*, p. 30; GALETTA D.U., *op. ult. cit.*, p. 16-17.

<sup>18</sup> Ancora TABASCO G., *op. ult. cit.*, p. 30; CAIANIELLO M., *op. ult. cit.*, p. 151; SANDULLI A., *op. ult. cit.*, p. 4645; VALENTINI E., *op. ult. cit.*, p. 448; ORLANDI R., *op. ult. cit.*, p. 1157.

misura abbia pari efficacia rispetto ad un'altra, non è sufficiente una valutazione astratta (come per l'idoneità), bensì è necessaria una valutazione in concreto<sup>19</sup>.

Il terzo e ultimo gradino è rappresentato dall'adeguatezza o proporzionalità in senso stretto, in virtù della quale, anche se la misura è già stata ritenuta idonea e necessaria, il potere pubblico non può essere concretamente esercitato qualora risulti eccessivamente gravoso per l'interessato<sup>20</sup>, ossia «incida in maniera intollerabile sulla sfera giuridica»<sup>21</sup> di quest'ultimo. Pertanto, il sacrificio richiesto al destinatario del provvedimento deve essere tollerabile, al fine di una soluzione equilibrata tra l'interesse pubblico, da soddisfare con una misura idonea e meno afflittiva possibile, e quello dell'individuo colpito. Occorre sottolineare che tale bilanciamento di interessi contrapposti fu introdotto dalla dottrina tedesca solamente con l'avvento dello Stato di diritto, quando si diffuse la convinzione che «l'intervento dello Stato debba sempre essere oggetto di valutazione comparativa con riguardo ai beni che esso sacrifica»<sup>22</sup>. Peraltro il principio era bel lontano «dal rappresentare l'indirizzo finalistico e il limite funzionalistico del potere pubblico»<sup>23</sup> che, in seguito, avrebbe acquisito.

Dalla analisi dell'art. 275 c.p.p. (si rinvia al capitolo secondo per un esame dettagliato dei principi sottesi alla norma), si può evincere che, al di fuori delle infelici scelte lessicali adottate<sup>24</sup>, la disciplina dei criteri di scelta delle misure cautelari personali ricalca i passaggi consequenziali del *test* di proporzionalità concepito dalla dottrina tedesca nei suoi tre elementi costitutivi (idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto) e recepito da vari ordinamenti. In particolare, l'art. 275 c.p.p., individua i criteri che devono guidare il giudice nella scelta della misura cautelare personale da applicare al caso concreto nei confronti dell'indagato, ossia i principi di adeguatezza, proporzionalità e gradualità<sup>25</sup>,

---

<sup>19</sup> In tal senso, GALETTA D.U., *op. ult. cit.*, p. 18, rileva che la giurisprudenza tedesca «nega la sussistenza del requisito della necessità soltanto ove sia possibile stabilire, con un esame *ex ante*, l'utilizzabilità di un altro mezzo egualmente efficace, ma meno incisivo; oppure qualora si riveli, da un esame *ex post*, che il mezzo prescelto sia troppo fortemente restrittivo ove rapportato ad altri».

<sup>20</sup> Sul punto cfr. TABASCO G., *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, cit., p. 31; CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 151; SANDULLI A., *Proporzionalità*, cit., p. 4646; GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., p. 20. ORLANDI R., *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, cit., p. 1157.

<sup>21</sup> CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 151.

<sup>22</sup> GALETTA D.U., *op. ult. cit.*, p. 19.

<sup>23</sup> Così SCACCIA G., *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 229.

<sup>24</sup> Critica, in tal senso, VALENTINI E., *Il principio di proporzionalità e durata della cautela*, cit., p. 448-449.

<sup>25</sup> VALENTINI E., *Il principio di proporzionalità e durata della cautela*, cit., p. 448; TABASCO G., *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, cit., p. 32-33; CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 151; CHIAVARIO M., *Art. 275*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. III, Torino, 1990, pp. 61 ss; MARZADURI E., *Art. 275*, in *Commento*

sempre che esistano le condizioni generali di applicabilità, vale a dire la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza<sup>26</sup> e la mancanza di una causa di giustificazione o di non punibilità, d'estinzione del reato o della pena (art. 273 c.p.p.), nonché almeno uno dei *pericula libertatis* (art. 274 c.p.p.). La scelta deve essere inoltre operata nel rispetto dei limiti di pena (art. 280 c.p.p.).

Il comma 1 dell'art. 275 c.p.p., prevedendo che il giudice nel disporre le misure debba tenere conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto, sancisce il criterio dell'adeguatezza, che riflette l'idoneità di matrice germanica, ossia il primo dei tre gradini del *test* di proporzionalità.

Il comma 1-*bis* dell'art. 275 c.p.p., introdotto dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4, e modificato dall'art. 14, comma 1, lett. a), della legge 26 marzo 2001, n. 128, specifica ulteriormente il principio di adeguatezza, prevedendo che in caso di intervenuta sentenza di condanna, il giudice deve tener conto anche dell'esito del procedimento, delle modalità del fatto e degli elementi sopravvenuti, dai quali possa emergere che, a seguito della sentenza, risulta taluna delle esigenze indicate nell'art. 274, comma 1, lett. b) e c), ossia pericolo di fuga e pericolosità sociale del soggetto a cui la misura si applica<sup>27</sup>. A seguito di una sentenza dichiarativa della responsabilità per il fatto commesso, il giudice ha a disposizione maggiori elementi per valutare l'opportunità di imporre la misura cautelare idonea in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto<sup>28</sup>.

Il comma 2 dell'art. 275 c.p.p., prevedendo che ogni misura deve essere correlata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata, sancisce il criterio della proporzionalità, che riflette l'adeguatezza (o proporzionalità in senso stretto) di matrice germanica. In tal modo il legislatore ha inteso legare la misura cautelare imposta *ante*

---

*al codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Agg. III, Torino, 1998, pp. 165 ss.; DE CARO A., *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II, t. 2, Le misure cautelari, a cura di A. Scafati, Torino, 2008, pp. 79 ss.; RIVIEZZO C., *Custodia cautelare e diritto di difesa*, Milano, 1995.

<sup>26</sup> Sul *fumus commissi delicti*, si veda, *ex multis*, TONINI P., *Manuale di Procedura penale*, Milano, 2020, pp. 445 ss.; DE CARO A., *Strumenti cautelari e precautelari*, in *Manuale di diritto processuale penale*, a cura di A. Scafati, Torino, 2018, pp. 342 ss.; CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2012, pp. 478 ss.

<sup>27</sup> Sul punto cfr. SPANGHER G., *Misure cautelari contestuali alla sentenza di condanna in primo ed in secondo grado*, in *Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*, a cura di P. Gaeta, Padova, 2001, pp. 289 ss.

<sup>28</sup> Si veda DE CARO A., *Presupposti e criteri applicativi*, cit., pp. 81 – 82.

*iudicium* al trattamento sanzionatorio finale<sup>29</sup>. Come affermato in dottrina, «se il fatto non è particolarmente grave, la valutazione circa l'applicabilità della misura cautelare dovrà essere necessariamente negativa», nonché «identico sarà il destino della scelta se la pena da irrogare rientra in limiti non particolarmente elevati»<sup>30</sup>. Inoltre la prima parte del comma 2-*bis*, introdotta dalla legge 8 agosto 1995, n. 332, sostituito dall'art. 8 del d.l. 26 giugno 2014, n. 92, e modificato dall'allegato alla legge di conversione, 11 agosto 2014, n. 117, ha specificato il principio statuendo che «non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena<sup>31</sup>», al fine così di evitare un'inutile sacrificio della libertà personale nei confronti di chi all'esito del procedimento potrà beneficiare della causa estintiva del reato, e non dovrà pertanto scontare alcuna sanzione<sup>32</sup>. Si noti che, se prima della riforma il solo riferimento alla custodia cautelare tendenzialmente non portava giurisprudenza e dottrina ad escludere l'applicazione della norma anche all'ipotesi dell'arresto domiciliare, ricovero presso case di cura e detenzione in luoghi di custodia attenuata<sup>33</sup>, maggiori dubbi sono sorti con la nuova formulazione comprendente sia la custodia cautelare che gli arresti domiciliari, in quanto sulla base di un'interpretazione letterale potrebbe farsi avanti l'idea che una misura custodiale diversa da queste sarebbe comunque applicabile anche in presenza della prognosi futura di concessione del beneficio<sup>34</sup>. Alla luce della *ratio* del comma 2-*bis* e del principio che sottende, questa soluzione non

---

<sup>29</sup> In tal senso CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 151; DE CARO A., *Presupposti e criteri applicativi*, cit., p. 83; RICCIO G., *La procedura penale*, a cura di G. Spangher, Napoli, 2002, p. 241.

<sup>30</sup> DE CARO A., *op. ult. cit.*, p. 84.

<sup>31</sup> Come rileva TABASCO G., *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, cit., p. 77, in tal caso il giudice viene chiamato non solo ad accertare se la pena concretamente irrogabile in caso di condanna rientri tra i limiti edittali previsti per la concessione della sospensione condizionale, ma deve anche stabilire se il condannato sia meritevole di tale beneficio.

<sup>32</sup> Sul punto cfr. ILLUMINATI G., *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995 n. 332*, a cura di V. Grevi, Milano, 1996, p. 88; ZAPPALÀ E., *Commento agli artt. 4 e 5 l. 332 del 1995*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p.85; DE CARO A., *Presupposti e criteri applicativi*, cit., p. 83.

<sup>33</sup> Sul punto cfr. Cass., Sez. VI, 17 febbraio 1998, P.M. in proc. c. Nolfo, in *CED*, n. 210317; Cass., Sez. VI, 16 aprile 1998, Accardo, in *CED*, n. 210596; Cass., 24 gennaio 2004, n. 23565, in *Guida dir.*, 2004, 29, p. 82; cfr. anche Cass., 18 febbraio 2003, in *Guida dir.*, 2003, 23, p. 77 che ritiene, invece, il divieto applicabile alla sola custodia cautelare in carcere.

In dottrina si veda MASSARI F., *Sospensione condizionale della pena e misure cautelari*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2655; SPANGHER G., *La sospensione condizionale esclude anche gli arresti domiciliari?*, in *Dir. pen. e processo*, 1997, pp. 328 ss.

<sup>34</sup> In tal senso SCALFATI A., *Legislazione "a pioggia" sulle cautele ad personam: l'effervescente frammentarietà di un triennio*, in *Proc. pen e giust.*, 6, 2014, p. 4, rileva che «il nuovo dato normativo può apparire persino più stringente» rispetto al precedente.

sembra poter essere condivisa, e difatti come rileva la dottrina «sarebbe irragionevole consentire le misure “a regime intermedio” sostenendo che la norma letteralmente sancisca un divieto solo per arresti domiciliari e custodia in carcere»<sup>35</sup>.

Il primo periodo del comma 3 dell'art. 275 c.p.p., prevedendo che la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultano inadeguate, enuncia il criterio di gradualità e pone la regola della minore offensività o stretta necessità, in forza della quale la custodia in carcere può essere disposta solo qualora ogni altra misura risulti inadeguata<sup>36</sup>. Immaginando una scala di valori e di afflittività, al gradino più basso troviamo le misure interdittive, passando per quelle coercitive non custodiali, agli arresti domiciliari, e all'apice, la custodia cautelare in carcere, qualificabile come *extrema ratio*<sup>37</sup>. Tale previsione risulta peraltro rafforzata da quella contenuta nel comma 2, lett. c-bis), dell'art. 292 c.p.p., che impone al giudice un obbligo di motivazione particolarmente penetrante dell'ordinanza con cui dispone la custodia cautelare, a pena di nullità anche rilevabile d'ufficio. Il comma 3 dell'art. 275 c.p.p. rievoca quindi la necessarietà di matrice germanica, secondo gradino del *test* di proporzionalità.

In primo luogo, il giudice deve dimostrare che la misura adottata sia idonea a conseguire lo scopo perseguito; successivamente, si impone una «valutazione comparativa» tra «il grado di incidenza dell'intervento cautelare sulla sfera giuridica dell'interessato, ed il peso

---

<sup>35</sup> Così, ancora, SCALFATI A., *Legislazione “a pioggia” sulle cautele ad personam: l'effervescente frammentarietà di un triennio*, cit., p. 4.

<sup>36</sup> Secondo Cass., Sez. III, 19 febbraio 1998, Russo, in *Cass. pen.*, 2000, p. 977, nell'articolo 275 è fissato il principio di stretta necessità delle misure, seppur non enunciato espressamente, «in coerenza con l'inviolabilità del diritto coinvolto». In dottrina, diffusamente sul punto cfr. TABASCO G., *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, cit., p. 34; cfr. CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 151; CHIAVARIO M., *Art. 275*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 61; MARZADURI E., *Art. 275*, in *Commento al codice di procedura penale*, cit., pp. 165 ss.; CESARIS L., *Art. 275*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso – G. Illuminati, Padova, 2015, pp. 846 ss.; TERRUSI F., *Misure cautelari personali. I presupposti di applicazione e il principio di proporzionalità*, in *Cass. pen.*, 1997, pp. 2308 ss; FARINELLI E., *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 2 s.; TODARO G. – VARONE F., *La difesa nel procedimento cautelare personale*, Milano, 2012, pp. 92-99.

<sup>37</sup> Secondo RICCIO G., *La procedura penale*, a cura di G. Spangher, Napoli, 2002, p. 241, in caso di uguale idoneità tra diverse misure cautelari, deve essere applicata quella meno gravosa per l'imputato. A parere di CHIAVARIO M., *Art. 275*, cit., p. 66, l'ordine di afflittività crescente secondo cui sono collocate le singole misure cautelari personali, costituisce un parametro che consente al giudice di valutare e scegliere la misura più idonea all'intensità e al tipo di esigenza da soddisfare nel caso concreto. Tuttavia, lo stesso autore aggiunge che permane il rischio che il giudice adotti la misura in virtù di canoni simili a quelli utilizzati per la commisurazione della pena.

specifico dell'esigenza di soddisfazione dello scopo cautelare»<sup>38</sup>; infine nel caso in cui vi siano più misure tra di loro egualmente efficaci, la scelta deve cadere su quella che impone il minor sacrificio della sfera giuridica del soggetto ristretto. Di tal guisa, attraverso quella che viene chiamata "procedura argomentativa", che si concretizza «nella espressione puntuale degli impegni motivazionali che l'applicazione dei principi al caso vivo comporta»<sup>39</sup>, si garantisce che l'arbitrio del giudice sia vincolato ai passaggi argomentati consequenziali imposti dal *test* di proporzionalità, e di conseguenza la ragionevolezza della conclusione<sup>40</sup>, permettendo così inoltre al destinatario della misura la «confutabilità *ex adverso* dell'argomentazione operata»<sup>41</sup>. In tal senso in dottrina si parla di "arte cautelare"<sup>42</sup>, per mettere in evidenza, da un lato, la funzione creativa, dall'altro, la decisione tecnica assunta secondo criteri verificabili.

---

<sup>38</sup> TABASCO G., *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, cit., p. 222. Lo stesso autore riporta casi giurisprudenziali in cui vi è stata puntuale applicazione del principio di proporzionalità. In particolare, Cass., Sez. V, 9 marzo 2010, n. 19565, in *CED*, n. 247498, che ha dichiarato illegittima, per violazione del principio di proporzionalità, l'applicazione al pubblico ufficiale autore di delitti contro la P.A. della misura cautelare del divieto di dimorare ad accedere nel comune nel quale svolge la propria attività lavorativa, nell'ipotesi in cui sia diretta esclusivamente a far fronte al pericolo di reiterazione di reati della stessa specie ed abbia la funzione di vietarne l'ingresso in alcuni specifici edifici, in quanto dovrebbero trovare piuttosto applicazione le misure interdittive previste dagli articoli 289 e 290 del codice di procedura penale, ossia sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio e divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali; Inoltre Cass., Sez. VI, 27 giugno 2013, Cosentino, in *CED*, n. 255751, secondo cui per il concorrente esterno la dissociazione non può essere considerata un elemento in grado di superare la presunzione, di cui all'art. 275 comma 3. Infatti, quale che sia il tipo di relazione che lega il concorrente esterno al sodalizio, deve comunque riconoscersi che l'indagato resta estraneo all'organizzazione. Pertanto devono essere diversi gli elementi idonei a superare la presunzione di pericolosità. In particolare, occorre la sussistenza di elementi volti a sostenere l'impossibilità o l'elevata improbabilità che il concorrente esterno possa fornire un contributo al sodalizio, ovvero ad evidenziare il venir meno degli interessi comuni con l'associazione o, ancora, la perdita di quegli strumenti che assicuravano di poter contribuire alla sopravvivenza del gruppo criminale. In sostanza, per il concorrente esterno i parametri per superare la presunzione comportano una prognosi in ordine alla ripetibilità o meno della situazione che ha dato luogo al contributo dell'*extraneus* alla vita dell'organizzazione.

<sup>39</sup> Così EPIDENDO T.E., *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 26.

<sup>40</sup> Sul punto cfr. CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 157, rileva che viene rifiutata la tradizionale logica deduttiva formale (e il metodo sussuntivo); EPIDENDO T.E., *op. ult. cit.*, p. 26, osserva che alla valutazione della correttezza della conclusione si deve giungere *a posteriori*, seguendo i passi dell'argomentazione.

<sup>41</sup> Così CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 157.

<sup>42</sup> Così EPIDENDO T.E., *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, cit., p. 8. Inoltre, CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 157, riporta la metafora del giudice tessitore e del giudice rapsodo, evidenziando la capacità ricostruttiva, in un caso, e creativo-inventivo, nell'altro. In quest'ultimo senso cfr. VOGLIOTTI M., *Production du droit en réseau et juge "tisseur". De quelques épiphanies de l'expérience juridique médiévale au sein de la justice pénale internationale*, A cura di Delmas Marty M., Fronza E., Lambert Abdelgawad E., *Les sources du droit international penal. L'expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale, Société de Législation Comparée*, Paris, 2004, pp. 361 ss.; ID, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, pp. 54-71; MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 21.

La dottrina ha rilevato che non sussiste alcun rapporto gerarchico tra i principi dei commi 1 e 2 dell'art. 275 c.p.p.<sup>43</sup>, nonostante la Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale<sup>44</sup> affermi espressamente che il principio di proporzionalità «ha una specifica portata accanto e a integrazione di quello di adeguatezza». Preferibile è la soluzione dell'integrazione dei due principi affinché costituiscano «regole di giudizio dalle quali il giudice competente non può prescindere dall'applicazione della misura»<sup>45</sup>. Del resto, la superiorità gerarchica del principio di proporzionalità (comma 2) potrebbe giustificare, sulla base dell'entità del fatto e della sanzione irrogabile, l'applicazione di una misura cautelare che sarebbe altrimenti giustificabile solamente in presenza di livelli massimi di rischio per i *pericula libertatis* ex art. 274 c.p.p. del caso concreto, a cui il comma 1 dell'art. 275 c.p.p. fa riferimento.

Sebbene non sempre si faccia una distinzione terminologica tra il principio di proporzionalità e il *test*, è opportuno sottolinearne le differenze, in quanto è vero che il principio *de quo* è a fondamento del *test*, ma non si identifica in questo, poiché quest'ultimo ne è solamente una modalità di attuazione<sup>46</sup>. Come detto, il *test* configura una “procedura argomentativa” – una regola - attraverso cui il giudice deve orientare la propria discrezionalità nell'adottare un provvedimento volto a «perseguire un interesse pubblico o tutelare un altro diritto fondamentale»<sup>47</sup>, mentre il principio di proporzionalità, essendo tale, è caratterizzato da genericità e indeterminatezza, e richiede una ponderazione rispetto agli altri principi che, nel caso concreto, entrano in gioco<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> Tra tutti cfr. CESARIS L., Art. 275, cit., p. 1091; MARZADURI E., *Misure cautelari personali (Principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 73.

<sup>44</sup> Rel. prog. prel. c.p.p., p.72.

<sup>45</sup> Così CESARIS L., *op. ult. cit.*, p. 1091.

Sul punto, *ex multis*, si veda CURTOTTI D., *Custodia cautelare, presupposti, vicende, estinzione*, in *Dig. disc. pen.*, V Agg., Torino, 2009, p. 296; MASTROTOTARO R., *Art. 275 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*, a cura di G. Canzio - R. Bricchetti, Milano, 2017, I, pp. 1786 ss.; SPAGNOLO P., *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare in carcere*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. Giuliani, Torino, 2015, pp. 83 ss.;

<sup>46</sup> In tal senso PINO G., *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Dir. e soc.*, 3, 2014, pp. 597 – 628.

<sup>47</sup> Così, ancora, PINO G., *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2, 2014, p. 541.

<sup>48</sup> Come osserva DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, trad. it. a cura di N. Muffato, Bologna, 1982, p. 54, i principi hanno una dimensione di peso, e il bilanciamento tra principi che entrano in conflitto, non può che essere e rimanere controverso.

## 1.2. Il Principio di proporzionalità e fonti sovranazionali.

In ambito europeo, il principio di proporzionalità è stato elevato a principio generale dell'ordinamento sovranazionale. Esso esprime la necessità che, nel rapporto autorità-individuo, quest'ultimo non sia sacrificato oltremodo rispetto agli obiettivi che l'Unione europea si prefigge<sup>49</sup>. Tale principio è proprio di ogni società democratica che si organizza in Stato di diritto, ed offre «una chiave di lettura e di applicazione degli altri diritti fondamentali riconosciuti dal sistema europeo»<sup>50</sup>.

Nonostante non fosse espressamente prevista dai trattati istitutivi e dalla CEDU, la proporzionalità è stata richiamata dalla Corte di giustizia e dalla Corte EDU ogni qualvolta venivano in gioco i diritti fondamentali dell'uomo<sup>51</sup>.

La prima apertura risale alla sentenza *Fédération Charbonnière de Belgique* del 1956, in cui la Corte di Giustizia dell'allora Comunità europea ritenne che ogni reazione doveva sempre «risultare commisurata all'importanza dell'atto illecito»<sup>52</sup> e, fra i vari mezzi idonei a raggiungere lo scopo prefissato, l'Autorità avrebbe dovuto preferire quello meno invasivo. Successivamente il Trattato di Maastricht del 1992, al comma 3 dell'art. 3 B, ha codificato il principio di proporzionalità limitatamente al profilo della necessità, prevedendo che «l'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato». La consacrazione nel diritto positivo avvenne con il Trattato di Lisbona del 2009, che ha recepito l'elaborazione operata dalla Corte di Giustizia. L'art. 5.4 del Trattato statuisce che «in virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati». Si deve segnalare che tale norma del TUE si riferisce al riparto della competenza tra Unione europea e Stati membri, ed è finalizzata a tutelare quest'ultimi; al contrario, il principio generale concerne e garantisce l'individuo<sup>53</sup>.

All'art. 52.1, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha contemplato il principio di proporzionalità in relazione alla possibilità di apportare legittime limitazioni

---

<sup>49</sup> Sul punto cfr. CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 148; TABASCO G., *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, cit., p. 24.

<sup>50</sup> Così CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 149.

<sup>51</sup> Ciò in conferma del fatto che il principio di proporzionalità è corollario dello Stato di diritto. Per il resto, sul punto, cfr. BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. 16.

<sup>52</sup> Così CGUE, 29 novembre 1956, C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique* c. Alta Autorità, dove la controversia verteva sui prezzi di prodotti carboniferi fissati d'imperio dall'Alta Autorità CECA.

<sup>53</sup> Sul punto DANIELE L., *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Milano, 2010, pp. 378 ss.