

## IL *CONDITIONAL BAIL* IN INGHILTERRA E IN GALLES. UN'ANALISI COMPARATA PER RIPENSARE IL MODELLO APPLICATIVO DELLE MISURE CAUTELARI PERSONALI IN ITALIA

di Mattia Giangreco

(Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Catania \*)

SOMMARIO: 1. Premessa; – 2. Il modello applicativo delle misure cautelari in Inghilterra e Galles; – 2.1. Il potere di *arrest* della *police* e la ‘carenza dei poteri’ del CPS; – 2.2. Il *post-charge bail* e l’architettura del contraddittorio cautelare mediata dall’udienza di *first appearance*; – 3. La libertà su cauzione in Italia; – 3.1. L’esperienza italiana in tema di libertà su cauzione. Dal codice del 1913 al tentativo di riforma del 2012; – 3.2. Il volto multiforme della libertà su cauzione; – 3.3. Il (falso) mito della libertà su cauzione come strumento cautelare d’*élite*; – 4. Considerazioni finali.

1. Nel disciplinare il procedimento applicativo delle misure cautelari personali, il legislatore del 1988 ha optato per un modello a due voci, secondo cui il giudice applica con ordinanza le misure cautelari personali (art. 292 Cpp), previa istanza del pubblico ministero (art. 291 Cpp). Questa struttura duale non muta e, anzi, si aggrava quando ad essere destinatario della misura cautelare è l’indagato. Nella fase delle indagini preliminari, infatti, il legislatore ordinario esclude l’indagato e il suo difensore dal procedimento applicativo per garantire il c.d. effetto sorpresa della misura cautelare da applicare e, per controbilanciare questo *deficit* garantistico, tenta di ripristinare (*rectius*: integrare) successivamente il contraddittorio cautelare, imponendo al giudice per le indagini preliminari di interrogare l’indagato subito dopo l’esecuzione della misura cautelare (art. 294 Cpp).

Nonostante l’accondiscendenza della giurisprudenza costituzionale <sup>1</sup>, l’attuale modello applicativo delle misure cautelari personali soffre il confronto con alcuni

---

\* Contributo realizzato nell’ambito del programma di ricerca dell’Università degli Studi di Catania: “*Diritti inviolabili dell’uomo v/s esigenze di sicurezza: l’ineludibile riforma dell’ordinamento penitenziario, fra ricostruzioni storiche, garanzie fondamentali e principi sovranazionali*”.

<sup>1</sup> Pur in occasioni diverse, la Corte costituzionale ha ribadito l’accondiscendenza al modello cautelare vigente, purché il differimento del contraddittorio cautelare sia indispensabile per garantire l’effetto sorpresa. Così, ad esempio: C. cost., sent. 8.3.1996 n. 63, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), dichiarando la parziale incostituzionalità dell’art. 276 Cpp, ha riconosciuto un effetto sorpresa meritevole di tutela anche nell’istanza del p.m. di aggravamento di una misura cautelare già eseguita; C. cost., sent. 8.6.1994 n. 219, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) ha rilevato l’incostituzionalità

principi costituzionali e, fra tutti, gli artt. 13, 24, 27 e 111 Cost. Anzitutto, sul piano teoretico, appare illogico che il contraddittorio, elemento costitutivo di tutti i provvedimenti giurisdizionali, venga frazionato e ricomposto con l'artificio normativo dell'interrogatorio c.d. di garanzia solo dopo l'emanazione dell'ordinanza cautelare.

Altrettanto anomalo è il pregiudizio di fondo che traspare dall'impostazione normativa secondo cui, accolta l'istanza del pubblico ministero ed emessa l'ordinanza cautelare, il momento dell'interrogatorio di garanzia non possa, tendenzialmente, dare un esito differente da quello confermativo. Ciò è inequivocabilmente desumibile dal fatto che l'unico provvedimento espresso richiesto dal legislatore è quello 'eccezionale' di revoca o sostituzione, mentre non è prevista l'emissione di un provvedimento confermativo che motivi le ragioni per cui si ritengono infondate le allegazioni difensive del soggetto ristretto rese in sede di interrogatorio di garanzia <sup>2</sup>.

Inoltre, desta qualche dubbio la scelta normativa secondo cui a condurre l'interrogatorio di garanzia deve essere lo stesso giudice che ha emesso l'ordinanza cautelare perché, salvo palesi incongruenze, difficilmente questi rivedrà il proprio convincimento già concretizzatosi nell'ordinanza cautelare.

A queste considerazioni, si potrebbe opporre che il diritto al contraddittorio e il diritto di difesa sarebbero in realtà già tutelati in via preventiva dal legislatore, nella parte in cui impone al pubblico ministero di allegare alla sua istanza, ai sensi dell'art. 291 co. 1 Cpp, tutti gli «elementi a favore dell'imputato» <sup>3</sup>. Tuttavia, questa sorta di 'solidarismo difensivo' ad opera del pubblico ministero non è sufficiente a garantire i diritti dell'indagato, in quanto costituisce una visione 'monoculare' del patrimonio investigativo che difetta del punto di vista ermeneutico dell'indagato <sup>4</sup>.

Parimenti, non è possibile obiettare che il giudizio ex art. 309 Cpp possa costituire il prolungamento 'ideale' per la realizzazione del contraddittorio cautelare, perché il giudizio di riesame è un giudizio eventuale e di gravame che dunque è distante, sia

---

dell'art. 301 co. 2 Cpp «nella parte in cui non prevede che, ai fini dell'adozione del provvedimento di rinnovazione della misura cautelare personale, debba essere previamente sentito il difensore della persona da assoggettare alla misura». Più circostanziata è la pronuncia della C. cost., sent. 15.9.1995 n. 434, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) in cui si è affermato che la «garanzia del contraddittorio [è] un connotato essenziale del diritto di difesa» e che esso può dirsi opportunamente garantito solo «nella misura in cui si dia all'interessato la possibilità di partecipare a una effettiva dialettica processuale». Dunque, pur riaffermando che la formazione del contraddittorio possa essere temporaneamente derogata nel caso di prima applicazione di una misura cautelare, veniva sottolineato nuovamente che le deroghe al contraddittorio cautelare sono legittime esclusivamente se, dopo l'esecuzione della misura cautelare, si garantisce un'effettiva dialettica processuale tra le parti.

<sup>2</sup> Cfr. O. Mazza, *La libertà personale nella costituzione europea*, in *Profili del processo penale nella costituzione europea*, a cura di M. G. Coppetta, Torino 2005, 63.

<sup>3</sup> Come modificato dall'intervento dell'art. 8 co. 1 della l. 8.8.1995 n. 332.

<sup>4</sup> Lo fa notare G. Ranaldi, *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa 'possibile'*, in *DPP* 2006, n. 9, 1169.

temporalmente che logicamente, rispetto al momento di adozione della misura cautelare <sup>5</sup>.

Questa situazione normativa richiama, pertanto, la necessità di volgere lo sguardo altrove per immaginare una disciplina più equilibrata sul piano delle garanzie del contraddittorio cautelare e, nel fare ciò, sembra opportuno cercare degli spunti in un altro ordinamento giuridico, considerate le differenti logiche ed esigenze sottostanti al contraddittorio preventivo previsto per l'applicazione delle misure cautelari ex art. 289 Cpp ed ex art. 47 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 <sup>6</sup>.

2. Per quanto differente rispetto alla tradizione costituzionale e giuridica italiana, il sistema anglosassone ha sempre identificato un *locus amoenus* per le garanzie e i diritti della persona. È sufficiente ricordare che, in relazione alla libertà personale, la *Magna Charta* (1215) e il diritto di *Habeas Corpus* hanno costituito una granitica conquista, talvolta ancora rievocata per la sua importanza simbolica (e normativa) dalla scienza giuridica. Considerate queste nobili premesse, dal sistema cautelare ci si attenderebbero agevoli soluzioni in tema di contraddittorio, salvo poi rilevare che la realtà giuridica è ben più difficile ed articolata.

2.1. Durante la fase delle indagini preliminari, prima della formulazione del *charging*, il sistema cautelare inglese riconosce ampi poteri di arresto alla *police*, sebbene in modo differente rispetto a quanto disposto nel nostro ordinamento dagli artt. 380 e 381 Cpp.

Come noto, le misure precautelari in Italia sono soggette, dopo la loro applicazione, alla convalida del giudice. Nel sistema inglese, invece, l'*arrest* si presenta come un potere sostanzialmente cautelare e privo di alcuna forma di controllo. In particolare, la *police* inglese può disporre l'arresto per qualsiasi reato – in assenza di un mandato (*warrant*) – tanto nei casi di *flagranza* (propria e impropria), quanto nei confronti di

---

<sup>5</sup> E dello stesso avviso è la C. cost., sent. 3.4.1997 n. 77, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) secondo cui il giudizio di riesame non costituisce integrazione del contraddittorio cautelare. Per approfondimenti v. V. Bonini, *La Corte costituzionale e la centralità dell'interrogatorio di garanzia' nella disciplina delle misure cautelari personali*, in LP 1997, 863 ss.

<sup>6</sup> Nel caso della misura interdittiva ex art. 289 Cpp, non sussistono stringenti ragioni di cautela processuale che impongono il regime *inaudita altera parte* previsto invece per l'applicazione delle altre misure cautelari. Similmente, le misure cautelari a carico degli enti non hanno alcun effetto sorpresa da garantire e il contraddittorio preventivo assolve ad una funzione «difensiva e collaborativa» del contraddittorio tra le parti. In questi termini si esprime A. Ciavola, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, in *DPenCont* 2013, n. 1, 139 in nota, ma non manca chi, contrariamente, ritiene possibile riflettere sull'estensione di questi modelli di contraddittorio preventivo alla disciplina delle misure cautelari personali di tipo coercitivo. In tal senso, v. S. Lorusso, *La responsabilità 'da reato' delle persone giuridiche: profili processuali del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *CP* 2002, n. 7-8, 2522 ss.; M. Ceresa Gastaldo, *L'accertamento dell'illecito*, in *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.lgs. n. 231/2001)*, a cura di S. Vinciguerra - M. Ceresa Gastaldo - A. Rossi, Padova 2004, 140 ss.

colui il quale sia in procinto di compiere un reato o, più semplicemente, ove ve ne sia il pericolo<sup>7</sup>. Non solo, la s. 24 del *Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE)* prosegue affermando che, in caso di ragionevoli sospetti circa la commissione di un reato, la *police* ha il potere di fermare tanto il colpevole quanto colui il quale sia semplicemente sospettato di esserlo sulla base di *reasonable grounds*.

Dunque, è evidente che la *police* dispone di un ampio potere discrezionale, la cui natura sostanzialmente cautelare è deducibile tanto dall'assenza di tipizzazione dei reati assoggettabili ad *arrest*, quanto dalla normativa sui *reasonable grounds*. L'*arrest* non è, come nel nostro ordinamento, semplicemente una misura volta ad assicurare un soggetto colto in flagranza (o quasi flagranza) di reato all'autorità giudiziaria – ipotesi contemplata nella lettera b) della s. 24(1) *PACE* – ma riveste anche vere e proprie funzioni cautelari per cui, in presenza di ragionevoli sospetti, è compito della *police* prevenire sia la commissione di reati – come precisato nelle lettere a) e c) della s. 24(1) *PACE* secondo cui «*a constable may arrest without a warrant [both] anyone who is about to commit an offence [and] anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be about to commit an offence*» – sia il pericolo di fuga di chi è sospettato di esserne il responsabile, come da s. 24(1) lett. d) *PACE* secondo cui «*A constable may arrest without a warrant [...] anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be committing an offence*»<sup>8</sup>.

Ciò che stupisce, poi, è anche l'assenza di previsione di un altro potere costituzionale diverso dall'esecutivo – cui è estrinsecazione l'attività della *police* – volto ad arginare, mediante un'attività di controllo successiva, l'operato della polizia inglese<sup>9</sup>. Infatti, né il *Crown Prosecution Service (CPS)*, né la *Magistrates' court* hanno il potere di annullare, modificare e/o convalidare le scelte della *police* in materia di arresto. Il potere di *arrest without warrant*, dunque, è il primo stadio in cui già si manifesta la mancanza di un sistema di *checks and balances* tra poteri costituzionali.

Ad aggravare il quadro si pone, infine, il fatto che la latitudine applicativa delle esigenze cautelari da perseguire ai sensi della s. 24 *PACE* è talmente ampia da

---

<sup>7</sup> Così la s. 24(1) *PACE* secondo cui «*A constable may arrest without a warrant: (a) anyone who is about to commit an offence; (b) anyone who is in the act of committing an offence; (c) anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be about to commit an offence; (d) anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be committing an offence*».

<sup>8</sup> Dello stesso avviso sembra essere E. Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *CP* 2014, n. 1, 21 secondo cui nel sistema inglese «la latitudine del potere di arresto soddisfa esigenze di prevenzione generale e speciale perché rende evidente una reazione dell'ordinamento di fronte al delitto, quasi una *manus iniectio* che esibisce la forza della legge».

<sup>9</sup> Lo stesso non può dirsi per il caso dell'*arrest with warrant*. Infatti, in tal caso, l'*arrest* opera in esecuzione di un mandato e in sussistenza di precisi presupposti di legge, divenendo *de facto* una semplice esecuzione del potere decisionario esercitato dalla *Magistrates' court*.

vanificare ogni intento ‘contenitivo’ del potere attribuito alla *police*<sup>10</sup>. E, così, non è casuale il dato fattuale per cui quasi tutti i casi di *miscarriages of justice*<sup>11</sup> che la tradizione giurisprudenziale inglese annovera – soprattutto tra gli anni '80 e '90 dello scorso secolo – siano partiti proprio da un *arrest without warrant* (cioè senza mandato del giudice)<sup>12</sup>.

Nonostante questi limiti, non ci sarebbe da preoccuparsi se il sistema cautelare inglese si limitasse ad una temporanea restrizione della libertà personale per poi comunque garantire il diritto al contraddittorio in occasione dell'applicazione della misura cautelare davanti ad un giudice. Il punto è che, nella fase delle indagini, le misure cautelari personali, *strictu sensu* identificate con il c.d. *pre-charge bail with conditions* e la *police custody*, vengono parimenti adottate discrezionalmente dalla *police* senza alcun controllo – anche qui – da parte dell'autorità giurisdizionale (*Magistrates' court*) e giudiziaria (*CPS*)<sup>13</sup> che, invece, dovrebbe interrogare l'indagato per verificare la reale sussistenza dei presupposti cautelari.

È pertanto evidente che, almeno in questa fase procedimentale, il sistema cautelare inglese risulti piuttosto inadeguato e che probabilmente il legislatore inglese, oggi severamente impegnato a trovare un equilibrio tra la disciplina del *pre-charge bail* e quella del *release under investigation*<sup>14</sup>, dovrebbe prendere in maggiore considerazione la necessità di potenziare il ruolo del *Crown Prosecution Service* in materia cautelare e,

---

<sup>10</sup> Precisamente, la s. 24(3) *PACE* dispone che le ragioni per cui si può procedere all'arresto sono «(a) to enable the name of the person in question to be ascertained (in the case where the constable does not know, and cannot readily ascertain, the person's name, or has reasonable grounds for doubting whether a name given by the person as his name is his real name); (b) correspondingly as regards the person's address; (c) to prevent the person in question; (i) causing physical injury to himself or any other person; (ii) suffering physical injury; (iii) causing loss of or damage to property; (iv) committing an offence against public decency (subject to subsection (6)); or (v) causing an unlawful obstruction of the highway; (d) to protect a child or other vulnerable person from the person in question; (e) to allow the prompt and effective investigation of the offence or of the conduct of the person in question; (f) to prevent any prosecution for the offence from being hindered by the disappearance of the person in question».

<sup>11</sup> Il *miscarriage of justice* identifica l'errore giudiziario conseguente alla condanna ad una pena di una persona innocente.

<sup>12</sup> Per una lettura dei casi si rinvia alla lettura di F. Belloni - J. Hodgson, *Criminal injustice: An evaluation of the criminal justice process in Britain*, Fort William 2000; A. Sanders - R. Young - M. Burton, *Criminal Justice*<sup>4</sup>, Oxford 2010. Cfr. J. Hodgson, *The Detention and Interrogation of Suspects in Police Custody in France*, in *European Journal of Criminology*, I, 2004, n. 2, 170.

<sup>13</sup> Invero, di recente, con il *Policing and Crime Act 2017* si è tentato di arginare questo problema introducendo il controllo della *Magistrates' court* per la proroga dei termini del c.d. *bail period*. Cionondimeno, le scelte normative hanno indotto la *police* ad eludere i vincoli imposti al *pre-charge bail* adottando in modo inappropriato l'applicazione della misura delle indagini a piede libero, ossia del c.d. *Release Under Investigation (RUI)*. Su questi profili cfr. Home Office, *Police Powers: Pre-charge Bail. Government consultation*, in [www.gov.uk](http://www.gov.uk), 5.2.2020 (accesso: luglio 2021).

<sup>14</sup> Cfr. Home Office, *Police Powers: Pre-charge Bail. Government response*, in [www.gov.uk](http://www.gov.uk), 14.1.2021 (accesso: luglio 2021).



più in generale, nella fase investigativa. Un primo ed immediato intervento potrebbe riguardare l'imposizione dell'obbligo per la *police* di informare il *CPS* per ogni provvedimento di arresto e/o di applicazione del *bail with conditions*, corredando l'informativa con i relativi verbali ed ogni altra documentazione inerente al caso. Così, entro le successive ventiquattro o quarantotto ore, il *prosecutor* avrebbe modo di interrogare l'indagato e convalidare o meno i provvedimenti restrittivi della *police*. Inoltre, tutti i provvedimenti di *No Further Action (NFA)*<sup>15</sup>, in cui l'indagato è stato sottoposto a misura cautelare mediante *conditions* potrebbero essere trasmessi al *prosecutor* per un controllo successivo. Almeno, in questo modo, pur non potendo attribuire un potere disciplinare al *CPS*, quest'ultimo potrebbe segnalare al *Chief Superintendent*, al *Commissioner* – nel caso del *Metropolitan Police Service (MPS)* operativo nell'area di Londra – ovvero, nei casi più gravi, direttamente al *Lord Chief Justice*, eventuali abusi da parte della *police* per permettere l'adozione di opportuni provvedimenti.

2.2. Se i limiti della disciplina cautelare sono piuttosto tangibili durante la fase investigativa, del tutto diverso è il quadro cautelare dopo l'esercizio dell'azione penale (*charging*). In tale occasione, infatti, il *post-charge bail* o la *police custody* sono applicati dalla *police* al solo fine di garantire la presenza dell'imputato davanti alla *Magistrates' court* alla prima udienza – nota come di *first appearance* – che deve essere celebrata tempestivamente<sup>16</sup>.

Per comprendere la vera natura del *post-charge bail* occorre guardare alla disciplina vigente fino al 1994, anno in cui il *Criminal Justice and Public Order Act (CJPOA)* introduceva la possibilità di applicare con il *post-charge bail* delle *conditions*<sup>17</sup>. Fino ad

<sup>15</sup> Il provvedimento di *No Further Action* è l'atto con cui la *police* conclude le indagini preliminari e archivia il fascicolo.

<sup>16</sup> E. Cape - T. Smith, *The practice of pre-trial detention in England and Wales: Research report*, in <http://eprints.uwe.ac.uk/28291>, Bristol 2016, 30 (accesso: luglio 2021) evidenzia che nella prassi questa coincide con il giorno dopo quello in cui si è avuta la formulazione del *charging*, anche se, posto che le corti non hanno udienze la domenica, ove il capo di imputazione sia stato formulato il sabato pomeriggio, la persona in custodia o sottoposta a *bail* non potrà (di norma) essere presentata in udienza prima di lunedì.

<sup>17</sup> Le *conditions*, rese applicabili dalla s. 27(2)(a) del *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, sono quelle introdotte Con il *Criminal Justice Act 1967* e precisamente: l'obbligo di consegnare il passaporto (*to surrender passport*); l'obbligo di residenza (*condition of residence*), il divieto di avvicinamento ad un luogo (*not to go to or within a specified distance of a certain location*); il divieto di allontanamento dalla propria dimora in determinate ore della giornata (*curfew*), il divieto di avvicinare o di interferire con i testimoni (*not to contact or interfere with witnesses*); l'obbligo di presentarsi negli uffici della polizia ad intervalli regolari (*to report to a police station*); l'obbligo del braccialetto elettronico per il monitoraggio dell'osservanza delle prescrizioni (*electronic monitoring*) e tante altre meno comuni *conditions*. Cfr. A. Hucklesby, *Police bail and use of conditions*, in *Criminal Justice* 2001, n. 4, 441 ss. A. Hucklesby, *The use and abuse of conditional bail*, in *The Howard Journal of Crime and Justice*, XXIII, 1994, n. 3, 258 ss.

allora, infatti, il *post-charge bail* identificava esclusivamente l'obbligo giuridico dell'imputato di comparire in udienza alla cui inosservanza si consumava il reato di *absconding*. Conseguenzialmente, non c'è alcun dubbio che il *post-charge bail*, fino ad allora, assolvesse esclusivamente ad una funzione processuale.

Orbene, l'odierno potere di adottare il *bail after charge with condition* non ha certamente mutato la funzione di quest'istituto. Forse ne è mutata la natura in quanto dal semplice potere deterrente della repressione penale si passa a misure che incidono anche severamente sulla libertà personale. Purtuttavia, le misure cautelari in senso stretto, così come accadeva prima della riforma del *CJPOA* 1994, non possono che continuare a identificarsi con il *court bail*, ossia il *bail* adottato dalla *Magistrates' court* all'esito dell'udienza di *first appearance* in contraddittorio tra le parti, o almeno questo è quanto traspare dalla struttura normativa. Esiste, infatti, una realtà giuridica che crea alcuni problemi nella realizzazione del contraddittorio cautelare nella *first hearing*.

Quando l'imputato compare in udienza, è suo diritto presentare una *bail application* con cui chiedere l'applicazione del *bail* 'puro' ovvero condizionato in sostituzione della *police custody* o di un *conditional bail* particolarmente gravoso. In tale occasione, se il *prosecutor* aderisce alla *bail application*, il giudice si limita ad un ruolo «notarile» di ratifica della volontà negoziale delle parti<sup>18</sup>; in caso contrario, il *prosecutor*, allegando precise eccezioni (s. 14.5(3) *CrimPR*<sup>19</sup>)<sup>20</sup>, indica le *conditions* da applicare o richiede l'applicazione della custodia cautelare (s. 14(4) *CrimPR*). Per svolgere correttamente il proprio ruolo giurisdizionale, dunque, in questa seconda ipotesi la *Magistrates' court* dovrebbe avere adeguati poteri di cognizione e sufficiente tempo per studiare il fascicolo. Nella prassi, invece, la comparizione immediata in udienza e l'assenza di adeguati strumenti conoscitivi<sup>21</sup> costringe il giudice a confidare nelle argomentazioni

---

<sup>18</sup> C. Fanuele, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, raccolti da A. Giarda - G. Spangher - P. Tonini, LXXV, Padova 2016, 118.

<sup>19</sup> Abbreviazione di *Criminal Procedure Rules* 2015.

<sup>20</sup> Di norma, riporta J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*<sup>6</sup>, Oxford 2020, 111, il *prosecutor* si limita a portare in giudizio il modulo predisposto dalla *police* in cui vengono esposte le ragioni sottostanti alla necessità di negare la libertà su cauzione. Precisamente: gravità del reato, precedenti penali, altri processi a carico, inosservanza delle *conditions* verificatasi in altre occasioni e rischio di inquinamento delle prove (soprattutto orali). Cfr. C. Fanuele, *op. cit.*, 119.

<sup>21</sup> Cfr. A. Hucklesby, *Remand decision makers'*, in *Criminal Law Review* 1997, 269; C. Philips - D. Brown, *Entry into the Criminal Justice System: a Survey of Police Arrests and their Outcomes*, in AA. VV., *Home Office Research Study No 185*, London 1998; B. Mhlanga, *Race and Crown Prosecution Service Decisions Stationery Office*, London 1999, 134 s.; J. Sprack, *op. cit.*, 111, C. Fanuele, *op. cit.*, 122 sottolinea poi che una soluzione potrebbe derivare dall'adozione di *bail information schemes* per la concessione della cauzione, ove il *Crown Prosecution Service* dovrebbe valutare le prove poste a supporto del diniego di concessione della *police*. In tal modo, infatti, sembrerebbe porsi in essere un «primo correttivo alla prassi di porre a base della decisione cautelare gli elementi di prova raccolti dalla polizia giudiziaria». Ciononostante, questa stessa dottrina non manca di notare le perplessità di M. K. Dhimi, *Do Bail Information Scheme Really Affect Bail Decisions?*, in *The Howard Journal of Criminal Justice*, XLI, 2002, n. 3, 245 secondo cui l'effetto degli *bail schemes* sarebbe solo quello di

del *prosecutor* che, però, a sua volta tendono ad allinearsi a quelle dettate dalla *police* che «*construct cases for prosecution*»<sup>22</sup>, proprio perché è la *police* che dirige le indagini e possiede, dunque, una più completa cognizione del panorama indiziario a carico dell'imputato.

Così, è evidente, che l'assenza di un ruolo preponderante del *CPS* nella fase investigativa ha delle ripercussioni anche nella fase processuale e determina una regressione della funzione del *post-charge bail* che nasce con l'esclusiva funzione processuale di garantire la presenza dell'imputato in udienza e diviene, per natura e funzione, una misura cautelare, confermata solo successivamente dall'organo giurisdizionale che non ha tempo, modi e, fors'anche, autorità per emanciparsi dalle scelte già operate dalla *police*.

3. Al netto delle fragilità evidenziate che sgretolano molti dei principi del giusto processo<sup>23</sup>, il *conditional bail* e in particolare la libertà su cauzione costituisce un ottimo spunto per riflettere sulla reintroduzione di questo istituto nel nostro ordinamento, anzitutto, come misura cautelare autonoma.

3.1. Già nel primo codice di procedura penale italiano del 1865 erano previste forme di liberazione di tipo 'provvisorio' da applicare in luogo della carcerazione preventiva<sup>24</sup>. Con il codice del 1913, il nostro ordinamento passò ad una concezione di tutela più 'concreta' e meno 'astratta' della libertà personale, inducendo il legislatore del tempo a codificare, tra gli altri, l'istituto della libertà su cauzione e della malleveria<sup>25</sup>. In particolare, l'art. 336 Cpp 1913 individuava le finalità dell'istituto non solo nell'esigenza di assicurare la presenza dell'imputato in giudizio ma anche nell'esigenza di soddisfare gli obblighi che sarebbero eventualmente potuti scaturire da una sentenza di condanna<sup>26</sup>. Veniva insomma riconosciuta una duplice funzione della cauzione consistente, da un lato, nella prevenzione del pericolo di fuga e, dall'altro, nella

---

deresponsabilizzare l'operato dei giudici delle *Courts*.

<sup>22</sup> Così S. Field - P. Thomas, *Justice and Efficiency? The Royal Commission on Criminal Justice*, in *Journal of Law and Society* 1994, 74 riportato in nota da C. Fanuele, *op. cit.*, 121.

<sup>23</sup> Principi che contenuti, a livello europeo, negli artt. 5 e 6 Cedu e che trovano immediata applicazione nel sistema inglese in forza dell'*Human Rights Act* 1998.

<sup>24</sup> Nel codice del 1865, infatti, vigeva la presunzione di colpevolezza, cioè la presunzione che l'imputato fosse il responsabile dei fatti costituenti reato. Per tale ragione, la libertà disposta *ante iudicium* non poteva che essere 'provvisoria' ed eccezionale rispetto alla carcerazione preventiva. Cfr. G. Amato, *Individuo e libertà nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967, 181 segnalato da C. Fanuele, *op. cit.*, 65 che richiama F. Carrara, *Programma del corso criminale. Del giudizio criminale*, (1860), con introduzione di M. Nobili, Bologna 2004, 67.

<sup>25</sup> Cfr. L. Mortara - U. Aloisi, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, II, Torino 1914, 715, citato da C. Fanuele, *op. cit.*, 68. Anche a livello linguistico, il termine malleveria è quasi scomparso ma ha per lungo tempo identificato la garanzia prestata dal terzo che si obbliga a versare l'importo della cauzione al posto dell'imputato.

<sup>26</sup> L. Mortara - U. Aloisi, *op. cit.*, 715.



costituzione di una garanzia patrimoniale per la vittima, in caso di condanna dell'imputato, spesso presente nelle diverse 'apparizioni' normative della storia di quest'istituto.

L'art. 337 Cpp 1913, inoltre, indicava alcuni criteri primari e secondari per la commisurazione dell'ammontare della somma da versare<sup>27</sup>. In particolare, il criterio della valutazione delle condizioni economiche dell'imputato permetteva di modulare la cauzione non solo oggettivamente, in relazione al reato commesso ed ai suoi effetti, ma anche soggettivamente, tenendo cioè conto della capacità economica dell'imputato caso per caso. In tal modo, soggetti coimputati per lo stesso fatto costituente reato potevano ritrovarsi con cauzioni di ammontare considerevolmente diverso. Addirittura, se da un lato per imputati abbienti l'importo della cauzione poteva essere superiore ai criteri 'oggettivi' legati al reato ed ai suoi effetti – onde evitare che l'imputato non ottemperi alle prescrizioni – nel caso di imputati nullatenenti, la cauzione monetaria poteva anche essere sostituita con una «cauzione morale»<sup>28</sup>, cioè poteva essere surrogata da «buone informazioni di moralità» (art. 337 co. 2 Cpp 1913) acquisite e valutate positivamente dal giudice<sup>29</sup>.

Sfortunatamente, il codice di rito penale che seguì a quello del 1913 segnò un'inevitabile regressione sotto il profilo della tutela della libertà personale, frutto del momento storico in cui fu concepito. L'impostazione autoritativa del codice del 1930, infatti, considerava la libertà personale come un 'interesse secondario'<sup>30</sup>, tornando a presumere l'imputato colpevole fino a prova contraria e a guardare alla libertà 'provvisoria' come un'eccezione alla regola della carcerazione preventiva<sup>31</sup>. Ed era questa la stretta cornice entro cui si inquadrava la misura della libertà su cauzione che, insieme alla scarcerazione automatica, alla scarcerazione per perenzione d'arresto ed alla scarcerazione per mancanza di indizi, permetteva all'indagato di riacquistare, nel corso del procedimento penale, lo *status libertatis*<sup>32</sup>. Cionondimeno, sembrano

---

<sup>27</sup> Per approfondimenti su questi criteri v. L. Mortara - U. Aloisi, *op. cit.*, 716.

<sup>28</sup> L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*<sup>4</sup>, Firenze 1920, 330.

<sup>29</sup> L. Lucchini, *op. cit.*, 330, tuttavia, nota che «non [erano] normativamente precisate né forme né modalità di accertamento dei relativi presupposti», lasciando ampia discrezionalità – e dunque incertezza – nelle mani dell'organo giudicante. Ad ogni modo, con tale assetto normativo il legislatore del tempo mostrava di avere sufficiente sensibilità sociopolitica e normativa per intuire i rischi che sarebbero derivati dal non far dipendere la possibilità di accedere alla libertà su cauzione dalla capacità economica dell'imputato. Inoltre, ciò che stupisce è l'attenzione e il coraggio di muoversi in questo senso, attuando un principio poi noto alla nostra Costituzione come 'uguaglianza sostanziale' nell'art. 3 co. 2 Cost., pur in assenza di una Carta fondamentale e pur in assenza di notabili spunti o indirizzi di questo tenore nello Statuto albertino.

<sup>30</sup> Cfr. G. Amato, *op. cit.*, 277.

<sup>31</sup> Cfr. G. Bellavista, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano 1975, 287.

<sup>32</sup> La disciplina sulla 'libertà provvisoria' era contenuta nella sezione IV, capo II, titolo I del libro II del codice di procedura penale che all'art. 277 Cpp disponeva: «all'imputato che si trova in stato di custodia preventiva può essere concessa la libertà provvisoria. La libertà provvisoria non è ammessa nei casi preveduti dall'articolo 253»

comunque individuabili nel codice del 1930 norme sensibili alle esigenze di garanzia della libertà personale. È sufficiente pensare che, fino alla riforma intervenuta con l. 27.1.1986 n. 8, l'obbligo di presentazione periodica presso un ufficio di polizia era subordinato all'accertata impossibilità di prestare la cauzione o la malleveria<sup>33</sup>. Una simile disposizione non può non richiamare alla mente il *right to bail* inglese nella visione 'classica' dell'istituto, cioè come strumento di libertà volto ad evitare qualsivoglia forma di coercizione e restrizione della libertà personale.

In seguito, con l'intervento della suddetta riforma, anche la misura dell'obbligo di presentazione presso gli uffici della polizia giudiziaria acquisì una propria autonomia nel prontuario delle misure cautelare, divenendo applicabile cumulativamente o alternativamente alla cauzione, alla malleveria o alla dimora coatta. Peraltro, l'art. 284 Cpp 1930 prevedeva la possibilità di applicare, in luogo della cauzione, anche gli arresti domiciliari, facendo emergere così la totale fungibilità della cauzione con misure restrittive della libertà personale.

In definitiva, quest'intervento normativo, sebbene successivo all'entrata in vigore della Carta costituzionale, aveva determinato un'ulteriore regressione dello *standard* di garanzie predisposte in *favor rei*<sup>34</sup>.

Con l'introduzione del codice di rito penale del 1988, l'istituto della libertà su cauzione scomparve totalmente. Il processo di 'epurazione' da questo istituto, però, è stato controverso e soprattutto non sufficientemente meditato. In proposito, si fa notare anzitutto che la l. 5.8.1988, n. 330 – tra le tante riforme volte a preparare la disciplina cautelare all'avvenendo codice – aveva inserito nell'art. 43 la libertà su cauzione (e la malleveria) rendendola per di più una misura cautelare autonoma, la cui applicazione dipendeva dal solo rispetto dell'introducendo principio di adeguatezza<sup>35</sup>.

---

e, all'art. 278 Cpp, precisava: «la libertà provvisoria può essere concessa [...] in ogni stato dell'istruzione o grado del giudizio, escluso il giudizio di cassazione». Sul punto cfr. G. Bellavista, *Libertà provvisoria*, in *ED*, XXIV, 1974, 564. Cfr. V. Tondi, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, raccolti da A. Giarda - G. Spangher - P. Tonini, LXXIV, Padova 2016, 257.

<sup>33</sup> Lo nota C. Fanuele, *op. cit.*, 73 che riporta A. Giarda, *Misure sostitutive della custodia del carcere e misure alternative alla custodia cautelare*, in *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, a cura di V. Grevi, Padova 1985, 189.

<sup>34</sup> Tuttavia, C. Fanuele, *op. cit.*, 77, citando A. Nappi, *sub art. 284*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso - G. Illuminati, Padova 1987, 870, nota che nella prassi la sostituzione della cauzione ai sensi dell'art. 284 co. 2 Cpp si presentava con «un carattere non più "istituzionale", bensì meramente occasionale». Tale funzione, infatti «avrebbe acquistato risalto soltanto quando l'incapacità economica dell'imputato si fosse rivelata successivamente all'imposizione della cauzione o malleveria».

<sup>35</sup> Cfr. M. Chiavario, *Variazioni sul tema delle "misure cautelari" tra nuovo codice e "legge anticipatrice"*, in *GP* 1989, 1 ss. Addirittura, nota C. Fanuele, *op. cit.*, 82, la riforma incideva anche sulla scarcerazione per decorrenza dei termini in quanto, in tal caso, non era più possibile applicare la cauzione. La *ratio*, precisa G. Lozzi, *Sulle principali innovazioni apportate al codice di procedura penale del 1930 dalla legge 5 agosto 1988 n. 330*, in *GP* 1988, n. 3, 633, era quella di evitare che «la cauzione [potesse] vanificare quel diritto all'acquisizione della libertà che la scarcerazione per decorrenza dei termini mira a garantire». È, dunque, indubbio l'intento garantista con cui

Nei progetti normativi del legislatore, quindi, c'era spazio per la cauzione, anche perché nelle due leggi delega (l. 3.4.1974, n. 108 e l. 16.2.1981, n. 81) si era precisata la necessità di adeguamento alle normative internazionali pattizie nella redazione del nuovo codice – quindi anche all'art. 5§3 Cedu<sup>36</sup> – e l'opportunità di predisporre misure alternative alla detenzione per l'imputato che attende una sentenza definitiva.

Nonostante queste premesse, con il nuovo codice di procedura penale – promulgato meno di due mesi dopo la l. 330/1988 – non venne fatta alcuna menzione della libertà su cauzione. La ragione di questa mancanza va ricercata nei lavori preparatori. Infatti, in sede redigente – nonostante l'originaria omissione – la cauzione era stata inserita nel progetto codicistico. In sede consultiva, invece, la cauzione venne eliminata «sia per il carattere potenzialmente discriminatorio della cauzione, sia perché il rispetto delle prescrizioni connesse alle misure coercitive è adeguatamente assicurato dalla prevista possibilità di applicare, in caso di trasgressione, una misura più grave»<sup>37</sup>. Tralasciando – per ora – il punto inerente alle potenzialità discriminatorie della cauzione, è difficile comprendere e, quindi, condividere il nesso logico-razionale secondo cui la possibilità di aggravare una misura cautelare in caso di trasgressione costituisca una 'giustificazione' per prognosticare che la cauzione «come versamento di una somma per assicurare l'adempimento degli obblighi conseguenti a misura di coercizione non avrebbe avuto molta probabilità di funzionare efficacemente»<sup>38</sup>. Certamente, è indubbio che una misura coercitiva della libertà personale, dal punto di vista social-preventivo, sia più efficace, ma una simile argomentazione – neanche tanto implicita – non può che stridere con i principi di gradualità e proporzionalità già previsti dalla citata riforma del 1988 (l. 330/1988). Inoltre, la cauzione, non implicando costrizioni alla libertà personale, sarebbe stata la misura più adeguata e proporzionata per quei casi concreti caratterizzati da esigenze cautelari minime<sup>39</sup>.

Se dal lato dogmatico – non si condividono ma – si comprendono le remore circa il rischio di discriminazioni economiche in caso di permanenza dell'istituto della cauzione, dal lato pratico diviene indispensabile ricercare altrove la *ratio* della scelta

---

il legislatore si era mosso in questa occasione.

<sup>36</sup> Al riguardo, infatti, M. Pisani, *Cauzione e libertà personale (spunti de iure condendo)*, in *RIDPP*, XLVI, 2003, n. 1-2, 8 nota che l'art. 5§3 Cedu prevede la subordinazione della misura di rimessione in libertà alla prestazione di garanzie in grado di assicurare, anzitutto, la comparizione in udienza. Pertanto, la legge delega – seppur implicitamente – ammiccava alla permanenza della cauzione e della malleveria nel sistema cautelare da codificare.

<sup>37</sup> Lo riporta M. Pisani, *op. cit.*, 10 citando la Commissione consultiva per la riforma del Codice di procedura penale.

<sup>38</sup> Così la Relazione preliminare del codice di procedura penale (1978) citata da M. Pisani, *op. cit.*, 10.

<sup>39</sup> Tuttavia, si noti contra C. Fanuele, *op. cit.*, 68 che propone l'introduzione della libertà su cauzione con un art. 280-bis Cpp «limitatamente ai casi già considerati dall'art. 280 co. 2 c.p.p. (ossia: per i delitti, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni)» e non anche, ad esempio, per contravvenzioni o reati minori.

della commissione in sede consultiva. Una risposta indiretta giunge dalla dottrina che, in quella fase storica, criticò l'abolizione della cauzione. Precisamente, si affermò che la scelta di eliminare radicalmente la cauzione dal nostro ordinamento processuale era «estrema» e che nella sua radicalità avrebbe potuto essere controproducente, perché eliminava la possibilità di adottare «un mezzo non del tutto inutile»<sup>40</sup>. Pertanto, sulla scorta di queste affermazioni, non sembra residuare alcun dubbio circa il fatto che alla abolizione della cauzione non abbia contribuito tanto il suddetto rischio di discriminazione per censo ma, piuttosto (o anche), la convinzione che l'istituto sarebbe comunque stato destinato all'obsolescenza giuridica perché meno efficace, sul fronte processuale e della prevenzione, rispetto alle misure cautelari che, a seguito dell'introduzione dei principi di adeguatezza e proporzionalità ad opera della l. n. 330/1988, godevano certamente di maggiore fiducia.

A distanza di poco più di trent'anni, è evidente che questa fiducia è stata tradita dalla realtà processuale, e non è neanche casuale che il tema della libertà su cauzione sia tornato alla ribalta, con una proposta di legge, proprio nel 2012, cioè poco prima della nota sentenza Torreggiani del 2013<sup>41</sup>, segno di una percepita e disperata esigenza di trovare una soluzione all'abuso delle misure cautelari e, in particolare, della custodia cautelare in carcere<sup>42</sup>. La proposta, avente come suo promotore il deputato Daniele Galli, nasceva con il preciso obiettivo di disincentivare, mediante l'applicazione della libertà su cauzione, l'utilizzo della custodia cautelare<sup>43</sup>. A tal fine, la proposta intendeva introdurre l'istituto della cauzione in un articolo 280-bis del codice di procedura penale il cui primo comma prevedeva che il giudice per le indagini preliminari, anche su richiesta di parte, avrebbe potuto disporre la libertà su cauzione «in alternativa alla misura cautelare di cui agli articoli 284, 285, 286 e prima dell'esercizio dell'azione penale», determinandone l'ammontare in base alla gravità del fatto e delle condizioni economiche dell'imputato.

---

<sup>40</sup> Così, in nota, M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*<sup>3</sup>, II, Milano 1984, 331. Cfr. M. Pisani, *op. cit.*,<sup>12</sup> che peraltro cita, nella dottrina più recente, V. Grevi, *La libera personalità dell'imputato verso il nuovo processo penale*, Padova 1989, 279 secondo cui l'abolizione era stata una misura troppo «drastica» ed era auspicabile una reintroduzione della cauzione come misura cautelare *ab origine*.

<sup>41</sup> C. eur. 8.1.2013, *Torreggiani e Altri c. Italia*, n. 43517/09.

<sup>42</sup> Proposta di legge d'iniziativa del dep. Galli, presentata alla Camera dei deputati in data 31.7.2012 recante «introduzione dell'articolo 280-bis del codice di procedura penale, concernente la misura cautelare personale della libertà su cauzione» n. 5390, disponibile all'indirizzo: [www.camera.it](http://www.camera.it) (accesso: luglio 2021).

<sup>43</sup> Cfr. Proposta di legge d'iniziativa del dep. Galli, presentata alla Camera dei deputati in data 31.7.2012 recante «introduzione dell'articolo 280-bis del codice di procedura penale, concernente la misura cautelare personale della libertà su cauzione» n. 5390, disponibile all'indirizzo: [www.camera.it](http://www.camera.it) (accesso: luglio 2021), 6 in cui ottimisticamente si afferma: «l'introduzione della cauzione, oltre a porre un argine al sovraffollamento delle carceri e al conseguente miglioramento delle condizioni dei detenuti, potrebbe contribuire a un significativo abbattimento del contenzioso in materia di impugnazioni dei provvedimenti coercitivi, oltre che – anche con risparmio di risorse pubbliche di carattere economico – in tema di riparazione dell'ingiusta custodia cautelare».



Tuttavia, l'iniziativa legislativa non andò lontano per due ordini di ragione. In primo luogo, la libertà su cauzione si poneva esclusivamente come alternativa della custodia cautelare e degli arresti domiciliari, trascurando quindi il potere limitativo di tutte le altre misure cautelari – come l'obbligo o il divieto di dimora – sulla libertà personale degli indagati e i benefici di un'estensione dell'istituto della cauzione anche a queste misure. In secondo luogo, l'art. 280-bis Cpp prevedeva al suo comma 8 che: «le somme versate a titolo di cauzione sono depositate su un conto fruttifero i cui interessi sono attribuiti al Ministero della giustizia, e la cui parte capitale è attribuita, in caso di inosservanza della presenza a tutti gli atti della procedura, di inosservanza degli obblighi del controllo giudiziario o sottoposizione all'esecuzione del giudizio e di condanna definitiva dell'imputato, al medesimo Ministro ovvero restituita all'imputato in caso di assoluzione definitiva». Di conseguenza, la perdita degli interessi maturati sul capitale avrebbe costituito un danno ulteriore per il prosciolto a quello della inevitabile compressione della propria capacità economica causato dall'applicazione della cauzione <sup>44</sup>.

Considerate queste *défaillances*, la riforma Galli è stata presto dimenticata. Tuttavia, la proposta del 2012 ha il merito di riportare in auge l'istituto della libertà su cauzione, seppur in un'ottica che andrebbe ampliata, non potendosi limitare ad un utilizzo strumentale alla deflazione della demografia carceraria.

3.2. Prima di addentrarsi in riflessioni sulle possibili funzioni della libertà su cauzione, è opportuno interrogarsi sulla struttura che dovrebbe assumere il profilo monetario, ossia occorre chiarire se optare per una struttura simile alla *recognisance* inglese, in cui tra le prescrizioni viene inserito il vincolo per l'imputato di versare un importo monetario in caso di inosservanza delle prescrizioni del *bail*, ovvero simile al *bail bond* statunitense <sup>45</sup>, in cui l'imputato per potere ottenere la libertà deve prima avere versato l'importo della cauzione.

In proposito, il modello del *bail bond* sembra meglio tagliato ad assolvere all'esigenza cautelare del pericolo di fuga dell'imputato di cui all'art. 274 co. 1 lett. b Cpp) perché, in caso di irreperibilità, combina al potere deterrente della sanzione penale l'immediata perdita dell'importo versato. Parimenti, il modello del *bail bond* potrebbe assolvere alla funzione cautelare social-preventiva di cui all'art. 274 co. 1 lett.

---

<sup>44</sup> Al più, avrebbe avuto ragione di esistere una simile previsione per assoluzioni in punto di diritto, ma una indiscriminata estensione a tutti le formule assolutorie sarebbe stata una vera e propria legittimazione ad un prelievo coattivo del patrimonio dei contribuenti *sine causa* e, dunque, incostituzionale.

<sup>45</sup> In realtà, anche nel sistema inglese esiste una figura simile al *bail bond*, nota come *security*. Tuttavia, la sua applicazione è meno frequente degli Stati Uniti.

c) Cpp. Vi sono, infatti, alcuni reati (di natura patrimoniale) che, in assenza o in carenza di un'adeguata disponibilità economica, non possono essere più reiterati <sup>46</sup>.

Questa prospettiva potrebbe però cambiare se si pensa all'introduzione della libertà su cauzione nei termini del *post-charge bail*, ossia come misura esclusivamente funzionale alla comparizione in udienza cautelare per discutere in contraddittorio della *quaestio libertatis*. In tal caso, infatti, la scelta di un modello all'inglese o all'americana permetterebbe di scegliere dove porre il punto di equilibrio tra esigenze processuali (effetto sorpresa) e garanzie dell'indagato (libertà personale e diritto di difesa).

Infine, la libertà su cauzione potrebbe assolvere anche ad una funzione di garanzia patrimoniale per il risarcimento dei danni causati alla vittima di reato, tanto che già nel codice di procedura penale del 1913 poteva scorgersi nella libertà su cauzione sia la funzione di «cautela concorrente» <sup>47</sup>, finalizzata ad evitare il pericolo di fuga dell'indagato, sia quella di «cautela vicaria» <sup>48</sup> dell'ipoteca e del sequestro conservativo, cioè di garanzia patrimoniale degli obblighi civili nascenti dal reato <sup>49</sup>.

Oggi, alcuni ordinamenti di *civil law* riconoscono questo secondo finalismo della libertà su cauzione. In Francia, ad esempio, l'istituto della cauzione – disciplinato dall'art. 142 Cpp – oltre a garantire la presenza dell'imputato nel procedimento penale opera come garanzia per risarcire il danno provocato alla vittima di reato e assicura il versamento della pena pecuniaria <sup>50</sup>. Purtuttavia, il legislatore francese dell'ultimo ventennio ha quasi invertito la funzione della cauzione, rischiando di contaminare il principio di presunzione d'innocenza per privilegiare quest'ottica di tutela degli interessi della vittima di reato <sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> Ad esempio, nel reato di ricettazione *ex art. 648 Cpp* – che punisce chi «al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, acquista, riceve od occulta denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farle acquistare, ricevere od occultare» – l'applicazione della cauzione riuscirebbe sovente ad eradicare sul nascere il rischio di reiterazione del reato.

<sup>47</sup> G. Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*<sup>2</sup>, I, Milano 1965, 518 ss.

<sup>48</sup> G. Foschini, *op. cit.*, 519. Cfr. C. Fanuele, *op. cit.*, 72.

<sup>49</sup> In dottrina, G. Bellavista, *Libertà provvisoria*, cit., 572 riporta l'ipotesi della cauzione prestata in luogo dell'ipoteca legale o del sequestro prima o successivamente alla loro disposizione da parte del giudice (art. 189 Cp ed art. 618 Cpp) o, in caso di restituzione delle cose sequestrate al condannato, a titolo di garanzia dei crediti (art. 622 Cpp). Cfr. V. Tondi, *op. cit.*, 255. Similmente G. De Luca, *Cauzione (dir proc pen)*, in *ED.*, VI, 1960, 666 ss. Cfr. C. Fanuele, *op. cit.*, 72.

<sup>50</sup> L'odierno art. 142 co. 2 del codice di procedura penale francese prevede che una parte della cauzione può essere versata direttamente alla vittima come provvisoria per il risarcimento del danno e che l'accesso alla provvisoria, in assenza del consenso dell'imputato, può avvenire su istanza della vittima facendone richiesta al *juge des référés* e, successivamente, chiedendone l'esecuzione al *collège de l'instruction* Cfr. N. Galantini, *Profili della giustizia penale francese*<sup>2</sup>, Torino 1995, 122.

<sup>51</sup> Non è sfuggito, infatti, in dottrina che il consenso dell'imputato a versare la cauzione possa divenire agli occhi del giudice come una vera e propria ammissione di responsabilità, mettendo in pericolo l'inattaccabilità del principio di presunzione di innocenza incardinato nell'art. 9 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del

In ottica *de iure condendo*, è difficile pensare all'introduzione della cauzione nel nostro ordinamento come uno strumento a due volti in cui, oltre alle esigenze cautelari, ci si preoccupi di liquidare prematuramente il risarcimento del danno alle vittime di reato. Cionondimeno e seppur indirettamente e con adattamenti, la cauzione potrebbe comunque tendere ad esercitare una funzione risarcitoria. Infatti, ove si immaginasse la libertà su cauzione sul modello americano del *bail bond*, l'importo preventivamente versato dall'imputato potrebbe essere destinato a risarcire la vittima di reato solo a seguito di una pronuncia di condanna passata in giudicato. In tal modo, si disconoscerebbe un doppio ruolo funzionale alla cauzione ma si legittimerebbe, al contempo, la conversione della cauzione da misura cautelare a misura risarcitoria, in forza di un provvedimento di condanna definitivo. In questi termini, la libertà su cauzione opererebbe senza alcun pregiudizio tanto per l'imputato – che non subirebbe la compressione del principio di presunzione di innocenza come, invece, accade oggi in Francia – quanto per la vittima di reato, riuscendo a creare un equilibrio sostenibile tra interessi collettivi e privati.

3.3. Una delle più frequenti critiche elevate all'istituto della libertà su cauzione si fonda sull'assunto che, monetizzando la libertà personale, è inevitabile il rischio di attuare discriminazioni tra soggetti abbienti e soggetti nullatenenti. L'istituto della cauzione, infatti, appare *prima facie* come uno strumento di *élite* che attribuisce il diritto ad inibire l'applicazione della custodia cautelare solo a coloro i quali hanno una sufficiente disponibilità economica per pagarne l'importo <sup>52</sup>.

Anche in Italia la mancata previsione della libertà su cauzione nel codice del 1988 è stata occasionata da una «svista comparativa» che vedeva in quest'istituto uno strumento di discriminazione tra ricchi e poveri: «come se la libertà avesse un prezzo da pagare in moneta sonante» <sup>53</sup>. Ad originare questo ostracismo normativo sono state

---

Cittadino (1789) francese. Su questi profili v. C. Fanuele, *op. cit.*, 148 ss.

<sup>52</sup> In Francia, ad esempio, A. Bouquet, *Cautionnement pénal et politique criminelle: une relation à géométrie variable*, in *Archives de politique criminelle*, 2001, n. 1, 55 afferma che: «a l'heure de la multiplication des affaires politico-financières, de la montée en puissance de la délinquance 'en col blanc', le cautionnement apparaît aujourd'hui au grand public comme un outil de plus favorisant le traitement à part de ces prévenus fortunés. Certains médias se font l'écho de cette opinion et insistent sur le caractère discriminatoire du cautionnement» rinviando in tale ultimo senso alla lettura di D. Demonpion, *Caution: les millions de la liberté*, in *Le Point*, 11.8.2000, 26 ss. Negli Stati Uniti d'America, invece, le difficoltà – qui molto più reali che altrove – a versare gli importi della cauzione riscontrate dalla comunità afroamericana ha indotto Kortney Ryan Ziegler a creare un'organizzazione dal nome Appolition allo scopo di raccogliere fondi per pagare il bail a soggetti vulnerabili privi di sufficienti risorse economiche. Il progetto di Appolition è raggiungibile all'indirizzo web: [www.appolition.us](http://www.appolition.us) (accesso: luglio 2021).

<sup>53</sup> E. Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *CP* 2014, n. 1, 12 ss. Cfr. anche A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia (dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive)*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, diretta da A. Giarda - G. Spangher - P. Tonini, I, Padova 2006, 637.

probabilmente alcune disposizioni normative (perlopiù *extra-codicem*) che prevedevano inspiegabili automatismi applicativi della custodia cautelare per chi non versava l'importo della cauzione<sup>54</sup>, contribuendo così a creare un alone di 'sospetto' nella comune percezione giuridico-normativa dell'istituto in esame<sup>55</sup>. Ad ogni modo, oggi recente dottrina non ha mancato di evidenziare come, anche alla luce dell'esperienza anglosassone, l'introduzione della cauzione, a confronto con «l'imbarazzante percentuale delle persone in custodia cautelare», non potrebbe mai essere considerata una scelta discutibile, perché comunque permetterebbe di «coprire – eventualmente in combine con altre misure – l'ampio spazio cautelare compreso tra gli arresti domiciliari ed il divieto od obbligo di dimora»<sup>56</sup>, considerato anche che l'attuale coscienza costituzionale – presumibilmente più matura di qualche decennio fa – permette di immaginare correttivi per eliminare il potenziale discriminatorio della cauzione.

In tal senso, un primo correttivo, già presente nell'art. 337 Cpp del 1913, sembra essere di facile individuazione perché consiste semplicemente nel quantificare l'importo della cauzione in relazione alla capacità contributiva dell'imputato, riconducendo sempre a ragionevolezza la misura della cauzione. La cauzione, in tal modo, si presenterebbe come una misura che, trattando diversamente situazioni in concreto differenti – in ossequio al principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 co. 2 Cost. – garantirebbe l'accesso all'istituto della cauzione anche ai soggetti meno abbienti.

Vi è, inoltre, un altro punto che dovrebbe convincere anche gli scettici sul concetto di 'monetizzazione' della libertà personale, ossia il confronto tra la libertà su cauzione e l'istituto della conversione della pena detentiva in pena pecuniaria ai sensi dell'art. 459 co. 1-bis Cpp, per il decreto penale di condanna, e dell'art. 53 della legge 24

---

<sup>54</sup> Cfr. art. 332, d.P.R. 23.1.1973 n. 43 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale); art. 108, legge 17.7.1942 n. 907 (Legge sul monopolio dei sali e dei tabacchi).

<sup>55</sup> Invero, su queste disposizioni si è spesso pronunciata la Corte costituzionale come C. cost., sent., 20.3.1970 n. 39, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); C. cost., sent., 12.4.1973 n. 42, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) e, in particolare, C. cost., sent., 1.7.1983 n. 215, in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it). In quest'ultima pronuncia, la Consulta aveva rilevato l'incostituzionalità dell'art. 332 del D.P.R. 23.1.1973 n. 43 nella parte in cui, per i reati preveduti nel medesimo decreto, autorizzava l'arresto dello straniero «che non dà idonea cauzione o malleveria per il pagamento delle multe e delle ammende» e ne vietava la liberazione «fino a che questi non ha prestato la cauzione o la malleveria», aderendo così alle argomentazioni della rimettente App. Catania, sez. istruttoria, ord., 13.7.1978 n. 516 secondo cui «lo stato di non abbenza o l'impossibilità di prestare cauzione [...] determina un considerevole aggravamento della posizione dell'imputato, soggetto ad una carcerazione preventiva obbligatoria quando il pagamento della cauzione riduce questa obbligatoria espiazione preventiva al minimo».

<sup>56</sup> Così C. Fiorio, *Il bail nel sistema inglese*, in AP 2013, n. 3, 11. Similmente C. Fiorio, *Il bail nel sistema inglese*, in *Le fragili garanzie della libertà personale: per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, a cura di F. Ruggieri, Atti del Convegno annuale dell'Associazione fra gli studiosi del diritto penale "G. Pisapia", Trento 11-13 ottobre 2013, Milano 2014, 238.



novembre 1981, n. 689, in combinato disposto con l'art. 135 Cp, per tutti gli altri riti. La libertà su cauzione e la conversione della pena detentiva in pena pecuniaria, infatti, seppur diversi per funzione, sono istituti ontologicamente identici che dovrebbero muoversi in parallelo per una coerenza di *ratio* nelle scelte politiche del legislatore. Anzi, oggi la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 15 del 11.2.2020<sup>57</sup>, sembra spingere verso un maggiore utilizzo delle logiche monetarie perché si mostra compiacente dell'adozione di misure aventi carattere pecuniario sostitutive delle pene detentive brevi. Più di preciso, in questa occasione, la Consulta – nel dichiarare inammissibile il ricorso del Tribunale di Firenze perché questi si era limitato a rilevare l'illegittimità costituzionale dell'art. 135 Cp e non anche dell'art. 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689 – ha invitato il legislatore a «restituire effettività alla pena pecuniaria, anche attraverso una revisione degli attuali, farraginosi meccanismi di esecuzione forzata e di conversione in pene limitative della libertà personale», lasciando intendere l'importante ruolo che le logiche monetarie assumono per tutelare il bene supremo della libertà personale.

Ora, *mutatis mutandis*, questa *ratio* presente nell'invito fatto dalla Corte costituzionale al legislatore non potrebbe non estendersi anche alla fase cautelare e, più precisamente, all'istituto della libertà su cauzione perché, se oggi è ammesso convertire una pena detentiva – che si fonda su di una sentenza che accerta la responsabilità penale dell'imputato – in pena pecuniaria, attraverso criteri di quantificazione (sostanzialmente) irragionevoli ed incuranti del principio di

---

<sup>57</sup> C. cost., sent., 11.2.2020 n. 15, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). La questione ha riguardato il complessivo sistema di conversione della pena detentiva in pena pecuniaria delineato dal legislatore che non appariva convincente, specialmente dopo l'introduzione dell'articolo 459 co. 1-bis Cpp (ad opera dell'art. 1 co. 53, della legge 23.6.2017 n. 103) secondo cui, nel procedimento per decreto, nel caso di irrogazione di una pena pecuniaria in sostituzione di una pena detentiva, il giudice determina l'ammontare della pena pecuniaria, tenendo conto della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare, prevedendo altresì che: «il valore giornaliero non può essere inferiore alla somma di euro 75 di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva e non può superare di tre volte tale ammontare». Detto altrimenti, la norma introdotta dal legislatore del 2017 si è preoccupata di modulare l'ammontare della pena pecuniaria in relazione alla capacità contributiva dell'imputato e del suo nucleo familiare, badando di prevedere come soglia minima un importo ragionevole di euro 75 per un giorno di pena detentiva ma dimenticando che, nell'art. 53 della legge 24.11.1981 n. 689, il richiamo all'art. 135 Cp fissa una soglia minima differente per i riti diversi dal procedimento per decreto. Ora, considerato che questa soglia fissata dall'art. 135 Cp ammonta ad euro 250 e tenuto conto che la conversione opera per condanne alla reclusione di minimo 15 giorni (ai sensi dell'art. 23 Cp) e di massimo 6 mesi (ai sensi dell'esaminanda norma di cui all'art. 53 co. 2 l. 24.11.1981 n. 689), se ne desume che l'importo della pena pecuniaria può andare da un minimo di euro 3.750 ad un massimo di euro 45.000, cioè importi che possono sovente risultare proibitivi per le condizioni economiche dell'imputato; per cui a nulla vale l'ammonizione fatta dal legislatore al giudice di tenere «conto della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare» e la fissazione del tetto massimo a euro 2.500 per un giorno di detenzione (dieci volte l'importo di cui all'art. 135 Cp). Questa previsione, infatti, suona tutt'altro che come una garanzia per l'indagato. Per approfondimenti sulla sentenza v. F. Lazzeri, *Un nuovo monito dalla Corte costituzionale al legislatore per la riforma della disciplina in materia di pena pecuniaria*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12 febbraio 2020 (accesso: luglio 2021).

uguaglianza sostanziale, quale altra *ratio* dovrebbe fondare l'incostituzionalità e/o l'ingiustizia politica dell'istituto della cauzione, il cui importo, tra l'altro, verrebbe bilanciato sulla base di criteri di quantificazione economica flessibile e andrebbe applicato a soggetti presunti innocenti, per garantirne il superiore bene giuridico della libertà personale?

4. Delineati i tratti somatici dell'istituto della libertà su cauzione, alla luce di un'esperienza giuridica profondamente diversa da quella italiana, è possibile ipotizzare, in ottica *de iure condendo*, alcune linee guida per un ripensamento sia del ventaglio delle misure cautelari applicabili, sia del loro modello applicativo.

Come misura cautelare, la libertà su cauzione potrebbe agevolmente adattarsi all'ordinamento interno, prevedendo l'introduzione di un inedito art. 280-bis Cpp secondo cui il giudice competente applica la misura commisurandone l'importo alla capacità economica dell'imputato. A tal fine, come visto, sarebbe preferibile un modello simile al *bail bond* 'americano' in cui l'imputato versa anticipatamente l'importo della cauzione e si impegna a rispettare le prescrizioni imposte dal giudice che trarrebbero il loro contenuto dalle esigenze cautelari di cui all'art. 274 Cpp. Poi, in caso di inosservanza di suddette prescrizioni, tale condotta configurerebbe un autonomo reato e l'importo della cauzione già versato andrebbe definitivamente confiscato.

Più articolata sarebbe invece l'integrazione della misura della libertà su cauzione come misura di garanzia per la costituzione del contraddittorio cautelare nella fase delle indagini preliminari. A tal proposito, sarebbe anzitutto indispensabile rivedere l'attuale art. 291 Cpp, prevedendo che il pubblico ministero chieda al giudice per le indagini preliminari di fissare un'udienza per l'applicazione della misura cautelare in contraddittorio e l'emissione di un ordine di comparizione garantito dalla cauzione.

Nell'accogliere l'istanza del pubblico ministero, il giudice per le indagini preliminari andrebbe a disporre l'ordine di comparizione solo dopo aver richiesto ed ottenuto dal presidente del tribunale il decreto di fissazione dell'udienza cautelare<sup>58</sup> da celebrarsi davanti al giudice in composizione collegiale<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Anche per questo motivo, sarebbe opportuno rimettere la fissazione del termine alla discrezionalità del presidente del tribunale – che andrebbe a pronunciarsi con decreto da trasmettere al giudice per le indagini preliminari – sebbene tale termine non potrebbe essere inferiore a cinque giorni a partire dall'esecuzione dell'ordine di comparizione e dovrebbe, comunque, tenere conto di almeno altre ventiquattro o quarantotto ore per permettere, da un lato, al giudice per le indagini preliminari di emettere l'ordine di comparizione e di applicazione della libertà su cauzione e, dall'altro, al pubblico ministero di darne esecuzione.

<sup>59</sup> Tre giudici di cui uno dovrebbe essere il giudice che ha applicato la libertà su cauzione con l'ordine di comparizione.

Un primo bivio, però, si incontra già nella disciplina che prevede l'esecuzione dell'ordine di comparizione, dovendo il legislatore scegliere se prediligere anche qui un modello simile al *bail bond* americano ovvero un modello più immediato ed accessibile per l'indagato come la *recognisance* inglese. In fase di esecuzione, poi, occorre tenere conto della possibilità che l'indagato si rifiuti di versare la cauzione o non ne voglia assumere l'impegno. In tal caso, infatti, al pubblico ministero andrebbe attribuito il potere di disporre il fermo dell'indagato<sup>60</sup> al fine di evitare che l'indagato non si presenti all'udienza cautelare.

In seguito, il fermo cautelare andrebbe convalidato entro quarantotto ore dall'esecuzione del fermo stesso in udienza davanti al giudice per le indagini preliminari. In particolare, il g.i.p. potrebbe rimettere in libertà l'indagato in attesa dell'udienza cautelare o, valutata l'istanza del pubblico ministero, disporre l'applicazione provvisoria di una misura cautelare, al fine di garantire la presenza dell'indagato all'udienza cautelare. E qui si aprirebbe un ulteriore scenario. All'indagato, infatti, andrebbe garantito il diritto a rinunciare al termine dilatorio per la celebrazione dell'udienza cautelare e, consequenzialmente, di discutere immediatamente la questione cautelare in sede di convalida. In pratica, si seguirebbe un *iter* procedurale simile all'udienza di convalida del fermo ex art. 391 Cpp ma con la differenza che, dopo l'applicazione del fermo cautelare, l'indagato sarebbe posto in condizioni di decidere il proprio 'destino' cautelare, scegliendo se usufruire o meno del termine a difesa presupposto per legge. In tal caso, l'apparente inconciliabilità tra l'adozione provvisoria di misure cautelari e la mancata celebrazione del contraddittorio cautelare sarebbe superato a monte dal consenso dell'indagato che deliberatamente acconsente alla temporanea restrizione e/o limitazione del bene giuridico della libertà personale, per meglio tutelare il proprio diritto alla difesa.

A fronte di queste considerazioni, si potrebbe obiettare che, a seguito della rinuncia al differimento dell'udienza da parte dell'indagato, il giudice per le indagini preliminari non avrebbe sufficiente tempo per studiare gli atti depositati. È da notare, però, che già le 'tradizionali' misure precautelari possono esitare in poche ore nell'applicazione di una misura cautelare, senza possibilità di rivedere la *quaestio libertatis* prima del riesame. Inoltre, nel caso del fermo cautelare si concede all'indagato la possibilità di una doppia verifica giurisdizionale differita nel tempo a tutela della libertà personale: una in sede di convalida – seppur circoscritta alla legittimità del fermo – e una in sede cautelare.

Nonostante il fermo cautelare ben si presti alla realizzazione del contraddittorio cautelare, occorre sottolineare come tale misura non possa essere ulteriormente estesa. Infatti, generalizzando il potere di fermo del pubblico ministero, si creerebbe

---

<sup>60</sup> Misura collocabile in un art. 384-ter Cpp e denominabile fermo 'cautelare'.

una realtà giuridica del tutto coincidente con quella della proposta di legge 20.3.1997 n. 3462<sup>61</sup> e su cui acuta dottrina aveva già evidenziato il rischio di «un sensibile aumento dei poteri del pubblico ministero» che avrebbe come conseguenza di «aumentare, anziché ridurre, i casi di coercizione personale non necessaria»<sup>62</sup>. E non è certamente questa la direzione che si vuole e si deve intraprendere nell'elaborare una riforma votata al recupero delle garanzie fondamentali del contraddittorio cautelare.

Riguardo al prosieguo del procedimento cautelare, esso seguirebbe un *iter* alquanto lineare. In udienza cautelare, infatti, il pubblico ministero andrebbe ad argomentare le ragioni sottostanti all'istanza cautelare; il giudice dovrebbe procedere all'interrogatorio dell'imputato e, solo a conclusione, il difensore andrebbe ad esporre la propria difesa prima che il giudice provveda. Forse, rimarrebbe aperto un solo interrogativo inerente alla possibilità di instaurare un'integrazione probatoria in sede di udienza cautelare, opzione già presente in alcuni progetti di riforma<sup>63</sup> e abbozzata anche in dottrina<sup>64</sup>, sebbene con qualche perplessità. Invero, la possibilità di operare un'integrazione 'probatoria' sembra essere certamente lungimirante – anche alla luce della concezione sempre più autonomistica del procedimento cautelare<sup>65</sup> – e di rilievo per il diritto di difesa dell'indagato. Tuttavia, non può farsi a meno di rilevare che una simile opzione darebbe credito a quella parte di dottrina che con scetticismo si domanda: «sarebbe possibile conciliare i tempi contratti del procedimento *de libertate* con quelli necessari allo svolgimento di un incidente probatorio?»<sup>66</sup>. Volendo fare degli sforzi risolutivi, il superamento di questi dubbi potrebbe rinvenirsi in istituti che

---

<sup>61</sup> Disegno di legge d'iniziativa del dep. Pisanu ed altri, presentata alla Camera dei deputati in data 20.3.1997 recante «norme in materia di libertà personale» n. 3462, disponibile all'indirizzo [www.camera.it](http://www.camera.it) (accesso: luglio 2021).

<sup>62</sup> G. Illuminati, *Relazione*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, Atti dell'incontro di studio, Firenze 7 maggio 1996, Associazione tra gli studiosi del processo penale, I, Napoli 1997, 27.

<sup>63</sup> Disegno di legge d'iniziativa del sen. Centaro ed altri, presentata al Senato in data 2.12.2004 recante «Modifiche alla disciplina in tema di emissione di misure cautelari» n. 3237, disponibile all'indirizzo: [www.senato.it](http://www.senato.it) (accesso: luglio 2021).

<sup>64</sup> A. Ciavola, *op. cit.*, 151, ad esempio, afferma che si dovrebbe permettere al giudice di «sollecitare o anche di disporre un'integrazione del materiale probatorio» per assumere elementi di prova sufficienti a dirimere la *quaestio libertatis*. Inoltre, nel senso di riconoscere tale potere di integrazione anche *ex officio* in sede cautelare, si veda G. Illuminati, *op. cit.*, 33 e G. Giostra, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in *RIDPP.*, 1994, 1262 ss. che precisa, altresì, come l'integrazione dovrebbe svolgersi solo in *favor libertatis* durante il periodo di restrizione della libertà personale, in quanto non potrebbe accettarsi che la difesa «rinunci alla più elementare espressione del diritto di difendersi provando – il diritto alla controprova – proprio quando è in giuoco il bene supremo della libertà».

<sup>65</sup> Per un'analisi del rapporto tra procedimento cautelare e procedimento principale si rinvia alla lettura di D. Negri, *Fumus commissi delicti: la prova per le fattispecie cautelari*, in AA. VV., *Procedura penale: studi*, XIV, Torino 2004.

<sup>66</sup> L. Giuliani, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova 2012, 240.



puntino sulla contrazione temporale dell'udienza cautelare, senza pregiudizio per le esigenze di integrazione probatoria. Potrebbe quindi immaginarsi un sistema di controllo cautelare 'a tempo', simile a quello delle *bail application* inglesi, in cui il giudice andrebbe a statuire sulla libertà dell'imputato solo temporaneamente – per un arco temporale ristretto ad esempio di sette giorni – in attesa di concludere l'attività di integrazione probatoria, per poi decidere definitivamente alla luce dei nuovi elementi di prova. In alternativa, si potrebbe tentare di arginare l'attività di integrazione probatoria subordinandola a due requisiti: la manifesta decisività e la non complessità della stessa. Cionondimeno, simili soluzioni andrebbero meditate con estrema dovizia perché – pur dando per ovvia l'impossibilità di ampliare la casistica dell'incidente probatorio – si rischierebbe di trasformare il procedimento cautelare in un 'miniprocesso' le cui ripercussioni a livello processuale non potrebbero che rilevare.

Infine, è evidente che, ove la libertà su cauzione fosse applicata in funzione di garanzia della comparizione all'udienza cautelare, l'eventuale ingiustificata assenza dell'indagato all'udienza cautelare non potrebbe inibire la possibilità di celebrare l'udienza stessa. In tal caso, dunque, il giudice, sentito il pubblico ministero e il difensore – di fiducia o, se non nominato, d'ufficio – potrebbe statuire sulla *quaestio libertatis* ordinando l'applicazione di una misura cautelare.

Infine, riguardo ai mezzi di impugnazione, il riesame andrebbe inevitabilmente abrogato in quanto costituirebbe un inutile duplicato del contraddittorio cautelare. Al più, si potrebbe immaginare un'apertura estensiva del mezzo di impugnazione dell'appello di cui all'art. 310 Cpp. In tal caso, infatti, l'abolizione del riesame e la contestuale apertura all'appello manterrebbe comunque nettamente distinte ed autonome la fase applicativa delle misure cautelari dal giudizio di impugnazione che, in ossequio al principio del *tantum devolutum quantum appellatum*, vedrebbe limitare ai motivi di gravame la cognizione del giudice d'appello.