

LA PROGRESSIVA EROSIONE DEGLI SPAZI VALUTATIVI DEL GIUDICE CAUTELARE A FAVORE DELLA RILEVANZA DEL MERO TITOLO DI REATO

di Paola Spagnolo

*(Professoressa ordinaria di Diritto processuale penale,
Università di Roma LUMSA)*

Enrico Marzaduri ha dedicato gran parte dei suoi studi al tema della libertà personale, consegnandoci una serie di importanti riflessioni. Partendo dalle scelte iniziali del codice di rito, il contributo esamina la progressiva trasformazione della disciplina delle misure cautelari personali da modello unitario e tendenzialmente lineare a sistema frammentato, fondato su differenziazioni normative legate al tipo di reato, alla figura dell'autore e alla qualità della vittima. In tale quadro, l'analisi si sofferma sulle presunzioni dell'art. 275 c.p.p. e le nuove modifiche dovute al c.d. codice rosso sottolineando la progressiva rilevanza attribuita al mero titolo di reato, che finisce per compromettere la natura stessa del giudizio cautelare, che dovrebbe conservarsi attuale, concreto e individualizzato. Si sottolinea altresì il pericolo di un sistema processuale a geometria variabile, nel quale la qualificazione giuridica provvisoriamente individuata dal pubblico ministero incide in modo significativo sul regime applicabile, mentre il giudice dispone, nella fase iniziale, di elementi conoscitivi limitati per verificarne compiutamente la correttezza. Ne deriva una tensione critica tra automatismi legislativi, garanzie individuali e principio di proporzionalità della cautela.

Enrico Marzaduri devoted a significant part of his scholarship to the issue of personal liberty, offering a series of important reflections on the subject. Starting from the original choices made by the Code of Criminal Procedure, this contribution examines the gradual transformation of the rules governing personal precautionary measures from a unitary and broadly linear model into a fragmented system, based on normative differentiations linked to the legal classification of the offence, the status of the offender, and the characteristics of the victim. Within this framework, the analysis focuses on the presumptions laid down in Article 275 of the Code of Criminal Procedure and on the recent amendments introduced by the so-called *Codice Rosso*, highlighting the increasing relevance attributed to the mere legal classification of the offence. This development ultimately risks undermining the very nature of the precautionary assessment, which should remain current, concrete, and individualised. The contribution also stresses the danger of a procedurally variable system, in which the provisional legal classification identified by the public prosecutor significantly affects the applicable regime, while the judge, at the initial stage, has only limited information with which to fully verify the correctness of that classification. This gives rise to a critical tension between legislative automatisms, individual guarantees, and the principle of proportionality in precautionary measures.

Libertà personale, adeguatezza, titolo del reato

Personal liberty, proportionality/adequacy, offence charged

Sommario: 1. Le scelte di fondo del codice del 1988. – 2. Involuzioni del sistema. – 3. Il contrasto alla violenza di genere. – 4. Conclusioni.

1. Non è semplice individuare un tema nell'ambito del sistema cautelare e trattarlo davanti ad un Maestro che ha scritto pagine bellissime. Ed è arduo anche ritagliare un aspetto da approfondire in quanto il microcosmo cautelare è oggetto di continua attenzione non solo da parte del legislatore e della giurisprudenza interna e internazionale, ma anche dell'opinione pubblica che, complice la (dis)informazione mediatica, ingigantisce la fase cautelare, caricandola di funzioni che le dovrebbero rimanere estranee e spingendo così il legislatore ad attuare incessanti modifiche spesso frutto dell'emergenza del momento.

L'ambito cautelare è proprio la cartina di tornasole di questo *modus operandi*: innumerevoli sono le modifiche normative, spesso ad opera di decreti legge, non sempre giustificati dalla necessità ed urgenza, e gli interventi interpretativi e/o demolitivi della Corte costituzionale.

Un esempio lampante si può rinvenire nelle molteplici modifiche all'art. 275 Cpp che oggi ha davvero poco a che vedere con l'originario articolo, scarso ed essenziale.

Se i calcoli non sono errati, dal 1988 al 2025 vi sono state 22 modifiche normative, mentre solo sul terzo comma dell'art. 275 Cpp sono intervenute, tra il 2010 e il 2015, nove sentenze dichiarative di illegittimità costituzionale.

L'incessante "rincorrersi" tra legislatore e giudice delle leggi, in un perenne pendolo tra esigenze sicuritarie e istanze garantistiche, è forse solo la conferma della delicatezza di una tematica che, in tutta la sua drammaticità, esprime il perenne rapporto di tensione tra autorità e libertà.

Gli scritti di Enrico Marzaduri ripercorrono per gran parte questa evoluzione; volendomi limitare solo al nuovo codice di procedura penale, non si può non citare la bella voce *Misure cautelari sul Digesto*¹, che rimane sempre un punto di partenza per chi si accinge allo studio delle cautele, senza dimenticare i vari commenti alla giurisprudenza costituzionale o alle riforme normative apparsi sulla rivista *La legislazione penale* o su varie opere collettanee all'indomani dell'entrata in vigore della disciplina.

Impossibile richiamare tutte le sue opere, essendo la tematica cautelare uno dei suoi

¹ E. Marzaduri, *Misure cautelari (principi generali e disciplina)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. VIII, Torino 1994, 59 e ss.

campi d'elezione.

Come risulta anche dai suoi scritti, in origine il sistema cautelare prevedeva diverse misure cautelari sostitutive della custodia cautelare in carcere, sistematicamente inserite per rendere visibile il principio di gradualità che ispirava il nuovo sistema cautelare: i presupposti cautelari, i criteri di scelta, le regole di “governo” delle misure erano così identici per ogni reato.

In particolare, il codice del 1988 aveva inteso superare la rilevanza che fino ad allora si conferiva al mero titolo di reato. Quale che fosse il reato addebitato all'indagato/imputato le regole cautelari rimanevano le stesse, superandosi l'alternativa obbligatorietà/facoltatività che aveva caratterizzato il codice Rocco. Al giudice era riconosciuta una discrezionalità ricognitiva dei presupposti, guidata dai principi di adeguatezza e proporzionalità e si richiedeva, per ogni singola fattispecie, la verifica in concreto della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari².

L'idea di fondo dell'intero sistema processuale poggiava sulla considerazione che, indipendentemente dal titolo di reato contestato, le regole processuali e decisorie, sia nel procedimento principale sia in quello incidentale, dovevano essere le stesse.

Una scelta di valore molto importante che, ripudiando l'idea di una giustizia a gamma variabile, fa del processo il luogo dell'accertamento del fatto, designando regole valide per ogni tipologia di reato, al di là della fattispecie sottoposta al giudice.

Analogamente, sul piano cautelare, si delinea un sistema che affida al giudice il delicato compito di individuare, presenti i gravi indizi, le esigenze cautelari e di valutare, alla luce dei principi di adeguatezza e proporzionalità, la misura più idonea a fronteggiare i *pericula libertatis* nel caso concreto. Si delinea così quello che poi la Corte costituzionale indicherà come il “trattamento individualizzato” nel rispetto del principio del minor sacrificio.

È a tutti noto che quell'assetto originario è oggi messo in crisi in ogni suo aspetto.

Sotto il profilo dell'accertamento, oltre alle deroghe in materia di contrasto alla criminalità organizzata, il c.d. doppio binario processuale, assistiamo alla creazione di plurimi binari processuali (in materia di violenza sessuale, pornografia, violenza di genere, reati contro la pubblica amministrazione), procedendo con una legislazione

² Per E. Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in CP 2014, 20, le scelte originarie del codice in materia cautelare erano un «modello» di elaborazione normativa.

per cataloghi. E così, a seconda del titolo di reato, vi sono termini di indagine differenti, presupposti dei mezzi di ricerca della prova differenziati, regole probatorie di ammissione e assunzione diverse, con vistose deroghe al principio della formazione della prova in contraddittorio, secondo i principi di oralità e immediatezza.

In misura quasi maggiore questa parcellizzazione o frammentazione tra fattispecie, tipi di autore o di vittima, ha riguardato anche la tematica cautelare, che già nella tipologia delle misure oggi si presenta frastagliata, avendo perso, anche sotto il profilo della sistematica codicistica, quell'aspirazione a rendere "visibile" nella progressione codicistica il principio di gradualità delle misure.

2. La frammentazione che oggi caratterizza il sistema cautelare ha anche determinato una progressiva erosione degli spazi valutativi del giudice.

In diversi ambiti il legislatore ha operato riducendo la discrezionalità vincolata – o ricognitiva dei presupposti – che era la caratteristica del nuovo codice di procedura penale, inserendo una serie di previsioni astratte che "incanalano" la valutazione del giudice, allontanandola da quell'ideale di vaglio concreto e individualizzato che doveva caratterizzare l'ambito cautelare.

Talvolta si tratta di modifiche che nulla o poco aggiungono a quanto era già rilevabile dal sistema.

Si pensi alle modifiche all'art. 274 Cpp.

Nel valutare la sussistenza dei *pericula libertatis* il legislatore indica le caratteristiche del *periculum* – concreto, attuale –, gli indici da cui ricavarlo – circostanze concrete, precedenti penali, personalità del soggetto – e di cosa non si deve tener conto – le situazioni di concreto e attuale pericolo non possono essere desunte dall'esercizio del diritto al silenzio o dalla gravità del titolo di reato per cui si procede.

Si tratta di specificazioni ultronee, a volte ridondanti, che evidenziano solo una sorta di rinuncia all'interpretazione, delegando al legislatore la soluzione di problemi "pratici"³, probabilmente denotando sfiducia per l'elaborazione giurisprudenziale.

Ancora si pensi all'introduzione dell'art. 273 comma 1-bis Cpp, che nel tentativo di imporre alla giurisprudenza l'applicazione di alcuni criteri di valutazione della prova – essenzialmente quello indicato nel 3 e 4 comma dell'art. 192 Cpp – finisce per escludere

³ Così, fin dalle prime modifiche dovute alla l. 332/1995: G. Illuminati, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in V. Grevi (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano 1996, 76.

il riferimento ad altre regole di valutazione, come quella riferibile al comma 2 dell'art. 192 Cpp⁴, e per richiamare solo alcune delle regole di esclusione probatoria, ponendo la questione se l'elenco normativo sia solo esemplificativo o tassativo⁵.

In analoga prospettiva possono essere lette alcune disposizioni dell'art. 275 Cpp, dove talune delle valutazioni che il giudice era comunque chiamato a svolgere, sono ora predeterminate dal legislatore.

Si pensi alla previsione del comma 1-bis dove viene specificato come deve essere condotto l'esame delle esigenze cautelari a seguito di una sentenza di condanna⁶. La disposizione appare meramente didascalica, essendo ovvio che il giudice debba tener conto dell'esito del procedimento, delle modalità del fatto, degli elementi sopravvenuti, dell'emersione, anche a seguito della sentenza, delle esigenze cautelari del pericolo di fuga e del pericolo di reiterazione della condotta. Lo scopo della disposizione è quindi solo quello di richiamare il giudice al dovere di porsi, a seguito della sentenza, la questione in ordine alla libertà personale del soggetto. Non tanto e non solo, quindi, il *quomodo* della valutazione, ma l'*an* della stessa.

Ma si può citare anche l'art. 275 comma 2-ter Cpp, che impone al giudice, in caso di condanna in appello per determinati reati (quelli previsti dal comma 1 dell'art. 380), commessi dal soggetto condannato nei cinque anni precedenti per reati della stessa indole, di porsi il tema dello *status libertatis* dell'imputato, valutando le esigenze secondo i criteri indicati nel comma 1-bis dello stesso art. 275 Cpp.

Anche in questo caso sicuramente la condanna in appello per un reato grave dovrebbe indurre il giudice a porsi il problema della libertà dell'imputato; ma non compete al legislatore prevedere in astratto che una misura debba essere applicata, indipendentemente da una richiesta del pubblico ministero.

Similmente si pensi alle specificazioni in ordine al principio di proporzionalità con riferimento alla prognosi di applicazione della sospensione condizionale della pena, valevole solo per le misure custodiali e semi custodiali o, ancora, alla prognosi sulla pena finale che si ritiene di irrogare (art. 275 comma 2-bis Cpp). In questo caso, da un lato, si impone al giudice di porsi la questione solo quando ritenga di applicare la

⁴ Ancora oggi la giurisprudenza esclude l'applicabilità dell'art. 192 comma 2 Cpp: Cass., V., 19.11.2024, n. 7092, in *CED Cass.*, n. 287536-01; Cass., II, 10.11.2022, n. 8948, *ivi*, n. 284262-01; Cass., IV, 8.4.2021, n. 16158, *ivi*, n. 281019-01.

⁵ V. all'indomani dell'introduzione G. Canzio, *Commento all'art. 11 l. 63/2001*, in *LP* 2002, 254.

⁶ La giurisprudenza sottolinea come analoghe regole valgono nel caso di richiesta di sostituzione o revoca della misura presentata dopo la sentenza di condanna: Cass., III, 25.5.2025, n. 25921, in *CED Cass.*, n. 288400-01.

custodia cautelare in carcere, dimenticando l'equiparazione con gli arresti domiciliari, dall'altro, si deroga alla disposizione per una serie di reati eterogenei tra loro, per i quali il mero titolo di reato può comportare, quand'anche la prognosi sia inferiore ai tre anni, l'ingresso in carcere⁷. Peraltro, quando si tratta dei reati indicati nel co. 3 e 3.1 dello stesso art. 275 Cpp, quella prognosi infratriennale che, nelle ipotesi ordinarie, è un limite significativo alla carcerazione cautelare segnando *per tabulas* la sproporzione della custodia cautelare rispetto alla sanzione finale prevedibile, viene meno e si coniuga con i regimi presuntivi, finendo per agevolare ulteriormente la scelta per le misure coercitive in senso stretto.

Vi sono poi una serie di modifiche normative che sostituiscono i concreti vagli giudiziali con valutazioni "predeterminate" e astratte del legislatore.

Sotto questo profilo vi sono diversi esempi, anche se talvolta le scelte legislative sono state in seguito, per vari fattori esogeni, oggetto di ripensamento.

Il riferimento è alle disposizioni dell'art. 276 comma 1-ter e dell'art. 284 comma 5-bis Cpp.

Nel primo caso, il d.l. 341/2000, conv. in legge dalla l. 4/2001, aveva inserito un automatismo: nell'ipotesi di trasgressione alla prescrizione di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora il giudice avrebbe dovuto disporre la revoca degli arresti domiciliari e la sua sostituzione con la custodia cautelare in carcere. Nel secondo, lo stesso decreto aveva escluso che potessero essere applicati gli arresti domiciliari a chi avesse posto in essere una condotta punibile per evasione nei cinque anni precedenti al fatto per cui si procede⁸.

Queste previsioni, che escludevano qualsiasi valutazione del giudice in ordine all'entità o ai motivi della trasgressione alle prescrizioni o alla condotta di evasione posta in essere, sono state modificate con la l. 47 del 2015 che ha in parte restituito al giudice l'ambito valutativo che gli è proprio.

Oggi, infatti, il giudice è chiamato a valutare se il "fatto sia di lieve entità" e, eventualmente, mantenere o disporre gli arresti domiciliari.

La vicenda legata a queste due disposizioni dimostra come il legislatore alterni, in

⁷ L'elenco dei reati è stato di recente ampliato dapprima con la l. 168/2023 e, poi, con la l. 181/2025. Sottolineano l'eterogeneità dei reati B. Romanelli, E. Sacchetto, *Il nuovo volto della violenza di genere tra diritto penale e processo. Commento alla legge 2 dicembre 2025, n. 181*, in *LP* 24.3.2026, 39-40.

⁸ Con la l. 128/2001 la disposizione era stata modificata richiedendo la condanna per evasione nei cinque anni precedenti.

relazione alle istanze del momento, la disciplina concreta. Vincoli *in malam partem* quando prevalgono istanze di sicurezza, come per i vari pacchetti sicurezza che per un certo periodo sono stati un appuntamento fisso della nostra legislazione; restituzione del potere concreto di valutazione, qualora occorra rispondere ad input esterni, come per le modifiche di cui stiamo trattando, che risalgono alla L. 47 del 2015 ossia alla riforma del sistema cautelare a seguito della condanna della Corte europea nel caso Torreggiani al fine di arginare il sovraffollamento carcerario riducendo gli ingressi in carcere.

Le attuali previsioni, che oggi per quanto riguarda la trasgressione alle prescrizioni richiamano anche la manomissione del braccialetto elettronico, superano le maggiori criticità che erano state evidenziate in dottrina. Tuttavia, a ben vedere, al giudice non è stato restituito il pieno potere di valutazione⁹. Le modifiche infatti non hanno comportato l'abrogazione delle disposizioni derogatorie rispetto allo schema ordinario, ma solo una loro modifica, indicando, ancora una volta, al giudice il percorso da seguire, senza restituirgli piena autonomia valutativa.

L'esempio più lampante della sostituzione della valutazione in concreto del giudice con quella astratta del legislatore essenzialmente basata sul titolo di reato si rinviene nell'automatismo cautelare dell'art. 275 comma 3 Cpp. In questo caso il legislatore ha inciso sul principio di adeguatezza. Se infatti in origine si statuiva solamente che «nel disporre le misure, il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto», sottolineando al terzo comma dell'art. 275 Cpp solo il carattere di *extrema ratio* del ricorso alla custodia cautelare, oggi il vaglio di adeguatezza si articola in diverse previsioni.

Limitandosi al terzo comma dell'art. 275 Cpp, innumerevoli, come si è anticipato, sono state le modifiche normative.

La prima risale al 1991 e, nell'arco di pochi mesi (da luglio a novembre), quel comma 3 era stato modificato due volte¹⁰. Il legislatore conia per la prima volta un meccanismo, allora inedito, che sconfessa le scelte di base del sistema cautelare. Alla piena libertà

⁹ Per alcune considerazioni, all'indomani dell'entrata in vigore della l. 47/2015, F. Alonzi, *Commento all'art. 5 l. 47/2015*, in *LP*, 1.12.2015; F. Alonzi, *Commento all'art. 6 l. 47/2015*, in *LP*, 1.12.2015; V. Bonini, *La attenuazione degli (altri) automatismi in peius*, in Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino 2015, 135.

¹⁰ Va sottolineato che i dd.ll. 13.11.1990, n. 324, 12.1.1991, n. 5 e 13.3.1991, n. 76 non furono convertiti. Il d.l. 13.5.1991, n. 152 fu invece convertito dalla l. 12.7.1991, n. 203 e poi modificato con il d.l. 9.9.1991, n. 292, convertito dalla l. 8.11.1991, n. 356.

valutativa del giudice in ordine ai presupposti cautelari viene imposto, per una serie di reati, un vincolo al giudice: si inserisce, sulla base del solo titolo di reato, una presunzione relativa di pericolosità dell'imputato che impedisce al giudice di applicare misure cautelari intermedie e lo pone di fronte all'alternativa secca tra applicazione della custodia cautelare in carcere e libertà. Non si ripropone il ripristino della cattura obbligatoria, ma qualcosa di davvero simile essendo molto arduo fornire la prova della mancanza di pericolosità del soggetto.

È a tutti noto che, nel 1995, il legislatore aveva ristretto le deroghe contenute nell'art. 275 comma 3 Cpp, limitando il regime speciale, introduttivo di una presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari e una assoluta di adeguatezza della sola misura custodiale, alle fattispecie di reato riconducibili alla criminalità organizzata di tipo mafioso.

In perfetta linea con quella prima tendenza di costruzione di un doppio binario processuale per i reati di criminalità organizzata.

Nella convinzione che la disposizione avesse dato buona prova di sé nella feroce stagione delle stragi di mafia, nel 2009 con un nuovo decreto legge (d.l. 38/2009, conv. in legge dalla l. 38/2009), in risposta ad allarmi sociali fomentati da campagne mediatiche¹¹, il legislatore amplia ulteriormente il catalogo di reati, facendo riferimento ad un elenco eterogeneo di fattispecie.

Fa infatti ingresso nell'art. 275 comma 3 Cpp il richiamo ai reati di cui all'art. 51 commi 3-bis e 3 -*quater* Cpp, ossia quelli per i quali è prevista la competenza della procura distrettuale.

Una disposizione funzionale all'efficacia investigativa, diviene incomprensibilmente "indice" di una maggiore pericolosità dei presunti responsabili di quei fatti. Oltre a questo richiamo, compaiono nuovamente fattispecie che già nel 1991 erano state prese in considerazione e poi abbandonate (si pensi all'omicidio) e i reati legati alla sfera sessuale¹².

¹¹ Cfr. ancora S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, in Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., 108 s., che ricorda altresì l'appassionata denuncia di G. Giostra, *Carcere cautelare 'obbligatorio', la campana della Corte costituzionale, le 'stecche' della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, 4904 s.

¹² Evidenza come l'estensione delle fattispecie sia di «vistosa e innegabile arbitrarietà»: E. Marzaduri, *Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *LP* 2011, 702; v. anche, per analoghe considerazioni, L. Giuliani, *Violenza sessuale di gruppo e discrezionalità del giudice de libertate: dalla Corte di cassazione una quinta declaratoria di incostituzionalità della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare*, in *CP* 2012, 921; F. Zacchè, *Vecchi automatismi cautelari e nuove*

L'ampliamento del meccanismo presuntivo ad una serie eterogenea di reati è stato presto scrutinato dalla Corte costituzionale che con una serie di pronunce ha (in parte) attenuato la rigidità del meccanismo previsto¹³.

Vale la pena evidenziare che il giudice delle leggi, da un lato, è rimasto strettamente ancorato al *devolutum* – ossia la sola presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere – dall'altro, non ha sancito l'incompatibilità della presunzione con gli artt. 13 e 27 Cost., ma ha ribadito la necessità di operare una verifica caso per caso dell'esistenza di dati d'esperienza generalizzati, lasciando spazio alla possibile sopravvivenza del meccanismo presuntivo.

Dalla lettura delle sentenze si ricava che, ad avviso dei giudici di Palazzo della Consulta, anche le presunzioni assolute non violano il principio di uguaglianza se non sono arbitrarie e irrazionali e sono quindi riconducibili a dati di esperienza generalizzati (come nel caso della criminalità organizzata di tipo mafioso o del terrorismo)¹⁴.

In tutti i casi portati all'esame della Corte, infatti, la questione sollevata è la stessa (la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia carceraria) e il dispositivo è comune: è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 275 comma 3 Cpp nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto (di volta in volta differente) è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

In definitiva, fermo restando la presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari, i *dicta* dei giudici della legge hanno inciso esclusivamente sulla presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere trasformandola da assoluta a relativa. In altri termini, non si esclude la legittimità di un sistema che, sulle esigenze cautelari o sulla scelta della misura in concreto da applicare, utilizzi le presunzioni, ma si richiede una valutazione affidabile dei dati di esperienza¹⁵. Tuttavia, questa

esigenze di difesa sociale, in O. Mazza, F. Viganò (a cura di), Il "Pacchetto sicurezza" 2009, Torino 2009, 290.

¹³ Si allude alle sentt. n. 265 del 2010, nn. 164, 231 e 331 del 2011, n. 110 del 2012, nn. 57, 213 e 232 del 2013, n. 48 del 2015.

¹⁴ V., con riferimento all'art. 416-bis c.p., Corte cost., 8.3.2017, n. 136 e, per quanto attiene al terrorismo, Corte cost., 14.7.2020, n. 191.

¹⁵ Diverse sono le critiche alla soluzione di compromesso, tra i tanti: E. Marzaduri, *Continua la bonifica*

valutazione, «suggerita da taluni aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato»¹⁶, è rimasta inespressa, essendoci diversi dubbi che – almeno per i reati diversi da quelli del contesto mafioso – vi siano caratteristiche costanti idonee a fornire un adeguato fondamento statistico alle diagnosi legislative di pericolosità¹⁷.

In risposta alle decisioni della Corte costituzionale, il legislatore, con la l. 47/2015, ha modificato ulteriormente l'art. 275 Cpp, recependo i *decisa* del giudice delle leggi, senza cogliere l'occasione di ripensare completamente il sistema. Attualmente le presunzioni assolute di adeguatezza riguardano esclusivamente i reati di associazione mafiosa, terroristica e sovversiva, mentre per le residue fattispecie opera una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia cautelare in carcere¹⁸.

La scelta timida della Corte costituzionale, avallata dal legislatore, lascia irrisolta l'«incompatibilità concettuale tra la presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari ed il tipo di giudizio demandato al giudice da una disposizione che lo autorizza a verificare se siano stati acquisiti elementi dai quali risulti che, in relazione al caso concreto, il *periculum in mora* possa essere soddisfatto con misure diverse dalla custodia in carcere»¹⁹. Può infatti risultare difficoltoso procedere ad una verifica dell'intensità delle esigenze cautelari, al fine di individuare se è possibile non applicare la custodia cautelare, se prima non si individuano le esigenze nel caso concreto.

Afferma Enrico Marzaduri che «solo in presenza di un accertamento riguardante le esigenze descritte nell'art. 274 Cpp, potrà essere condotta una verifica, quale che essa sia, sull'adeguatezza delle soluzioni adottabili *de libertate*, mentre un giudice che non è chiamato a svolgere tale accertamento, non è neppure in condizione di apprezzare natura e grado di tali esigenze»²⁰.

Ragionamento non introiettato dalla giurisprudenza che ancora oggi ripete che il giudice in un primo momento verifica se non vi siano elementi idonei ad escludere la

costituzionale nei confronti dei meccanismi presuntivi di accertamento della sussistenza delle esigenze cautelari, in LP 2013, 1071; S. Carnevale, *op. cit.*, 115 e ss.

¹⁶ Cfr. § 13 della sent. 265/2010.

¹⁷ S. Carnevale, *op. cit.*, 116.

¹⁸ Sottolinea che, almeno sul piano formale, la novella del 2015 è andata al di là di quanto strettamente imposto dall'ossequio ai dispositivi delle sentenze costituzionali, dato che nella previgente versione dell'art. 275, co. 3, Cpp comparivano ipotesi di reato che non erano ancora state sottoposte al sindacato della Corte, anche se non appariva difficile pronosticare l'accoglimento dell'eventuale questione di legittimità: E. Marzaduri, *A trenta anni dall'entrata in vigore del Cpp: le disposizioni generali sulle misure cautelari*, in AP 2019, 9, nt. 23.

¹⁹ E. Marzaduri, *A trenta anni dall'entrata in vigore del Cpp: le disposizioni generali sulle misure cautelari*, *cit.*, 14.

²⁰ Così E. Marzaduri, *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, in LP, 2010, 506 s.

sussistenza di ogni esigenza²¹, superato questo step, le esigenze, comunque presenti, saranno oggetto di valutazione da parte del giudice per individuare la misura da applicare nel caso concreto. In altri termini, seguendo l'*iter* argomentativo anche del giudice delle leggi, la presunta esistenza di esigenze cautelari non precluderebbe al giudice di valutarne l'effettiva rilevanza ai fini del giudizio di adeguatezza.

Per quanto in tal modo si tenti restituire un effettivo vaglio, almeno sotto il profilo dell'adeguatezza, resta la considerazione che queste predeterminazioni legislative, le quali limitano i concreti vagli giudiziali, finiscono per alleggerire gli obblighi motivazionali che sono l'unico baluardo a tutela del corretto esercizio del potere cautelare ed è indubbio che tale obbligo dovrebbe essere tanto maggiore quanto più elevata è la gravità dell'addebito per cui si procede.

3. Poiché il giudice delle leggi, come si è visto, ha fundamentalmente avallato le scelte in ordine ai vincoli valutativi del giudice, non stupisce che il legislatore stia continuando ad imporne.

Attualmente, complice la normativa internazionale e varie vicende assurte alla cronaca giudiziaria, la nuova emergenza è data dal contrasto alla violenza di genere, domestica e nei confronti delle donne.

A partire dal 2019, fino alla recente normativa del 2025, il legislatore ha inciso sulla normativa delineando un nuovo binario, definibile, riprendendo slogan ormai entrati nel linguaggio comune, da codice rosso.

Varie sono state le modifiche che hanno riguardato le misure cautelari a tutela dell'offeso e, in particolare, l'allontanamento dalla casa familiare e il divieto di avvicinamento alla persona offesa e ai luoghi da questa frequentati.

Se, al momento della loro introduzione, queste misure erano funzionali ad attuare il principio di adeguatezza e proporzionalità consentendo al giudice di definire una cautela idonea a non incidere eccessivamente sulla sfera di libertà dell'indagato ma, contemporaneamente, a tutelare la presunta vittima del reato, oggi l'ago della bilancia sembra pendere a favore della persona offesa.

Le ultime modifiche, infatti, tendono a predeterminare la cautela in relazione non solo ad alcuni titoli di reato, ma anche con riguardo a determinate persone offese.

²¹ Sempre rigida la giurisprudenza con riguardo alla possibilità di superare la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari. Si afferma infatti che la presunzione può essere superata solo con il recesso dell'indagato dalla associazione e con l'esaurimento dell'attività associativa: Cass., V, 21.2.2024, n. 1634; Cass., II, 14.7.2021, n. 38848.

In origine l'art. 282-bis Cpp prevedeva al comma 6 una serie di reati che, se commessi in danno dei prossimi congiunti o del convivente, consentivano la deroga ai limiti di pena dell'art. 280 Cpp, oggi, non solo l'elenco dei reati è stato notevolmente ampliato, ma il comma 6 prevede una sorta di sottospecie cautelare.

Per alcune tipologie di reato a danno di particolari soggetti (prossimi congiunti o convivente), l'allontanamento dalla casa familiare, anche in deroga ai limiti di pena dell'art. 280 Cpp, è sempre accompagnato dal divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa con la predeterminazione di una distanza minima e l'applicazione delle modalità di controllo elettronico.

Analogo obbligo di applicare il c.d. braccialetto elettronico e di mantenere una determinata distanza dalla persona offesa è ora previsto pure per il divieto di avvicinamento di cui all'art. 282-ter Cpp²².

Il legislatore mostra di affidarsi sempre di più al braccialetto elettronico che, quando ben funzionante e disponibile, consente un controllo maggiore del soggetto che lo indossa; tuttavia forse con troppa facilità si dimentica l'incidenza che questi dispositivi possono avere sulla vita sia del soggetto indagato che lo indossa, sia della persona offesa che lo deve sempre avere con sé. I dispositivi elettronici di nuova generazione sono dotati di GPS e, quindi, monitorano tutti gli spostamenti del soggetto raccogliendo una notevole mole di informazioni che possono arrivare a profilare il soggetto, ben al di là della mera finalità di tutela della persona offesa. Tuttavia questo sembra, allo stato, non preoccupare né gran parte della dottrina né la giurisprudenza.

Tornando alla riduzione degli ambiti valutativi del giudice, va sottolineato come i giudici di Palazzo della Consulta, con la sentenza n. 173 del 2024, abbiano ritenuto conforme a Costituzione la previsione dell'obbligatorietà del braccialetto elettronico²³.

La premessa da cui parte il giudice delle leggi è che il braccialetto elettronico è una mera modalità esecutiva della misura, per cui il legislatore non ha inserito una misura obbligatoria – il che contrasterebbe con la giurisprudenza costituzionale in materia di automatismi cautelari – ma ha configurato una misura che prevede, quale sua modalità applicativa, il braccialetto elettronico. In altri termini, non è obbligatorio l'*an* della misura – che, appunto, renderebbe incostituzionale la previsione – ma è la misura stessa che ha cambiato fisionomia.

²² Sottolinea la doverosità dell'applicazione del braccialetto elettronico: Cass., IV, 15.10.2024, n. 42892.

²³ Ci si riferisce a Corte cost., 4.11.2024, n. 174, in *Giur. cost.*, 2024, 2007, con nota di P. Spagnolo, *La Corte costituzionale torna sugli automatismi cautelari*.

In questo ragionamento riecheggia la posizione espressa dalle Sezioni unite con riferimento al braccialetto elettronico negli arresti domiciliari, configurato appunto come una modalità applicativa e non una misura intermedia tra custodia cautelare e arresti domiciliari non controllati²⁴.

Tuttavia, non si è tenuto conto di due aspetti: uno la differenza, quanto ad intrusività nella raccolta di dati, tra le due tipologie di braccialetti; l'altro, è che il codice prevede gli arresti domiciliari semplici, mentre oggi non esiste più il divieto di avvicinamento non accompagnato dal braccialetto elettronico²⁵.

Attualmente, infatti, è costituzionalmente legittima la previsione dell'obbligatorietà del dispositivo elettronico di controllo, per cui il giudice potrà applicare il divieto di avvicinamento con braccialetto elettronico, ma non potrà ritenere idoneo a fronteggiare le esigenze del caso concreto un divieto di avvicinamento senza dispositivo elettronico di controllo.

Ancora una volta si limita il giudizio di adeguatezza.

Anche con riferimento alla distanza predeterminata, non inferiore a 1000 metri²⁶, la Corte ne conferma la legittimità, riconducendola al c.d. tracciamento di prossimità che consentirebbe alla vittima di allontanarsi e alle forze di polizia di intervenire. In questo caso, però, si intravede un recupero di discrezionalità del giudice: la distanza potrà essere inferiore qualora vengano in gioco esigenze abitative ovvero motivi di lavoro, che impongano un avvicinamento inferiore ai 1000 metri.

Un ulteriore recupero di poteri decisori del giudice si rinviene nell'ultima parte della pronuncia dove la Corte costituzionale distingue i casi in cui il controllo elettronico non possa applicarsi per mancato consenso del destinatario, da quelli in cui la mancata applicazione derivi dalla non fattibilità del controllo elettronico (per mancanza dei dispositivi, per mancanza di copertura, e via dicendo).

Se nel primo caso, ossia quando il destinatario dissente, appare conforme al principio di adeguatezza l'applicazione di una misura più grave (il mancato consenso potrebbe essere sintomo di pericolosità del soggetto), nel secondo caso nulla è rimproverabile al soggetto e ai suoi comportamenti.

Come già aveva statuito la giurisprudenza di legittimità con riferimento

²⁴ Cfr. S.U., 28.4.2016, Lovisi, in *Proc. pen. giust.* 2016, n. 5, 175, con nota di F. Cassiba, *L'indisponibilità del "braccialetto elettronico": le Sezioni unite escludono automatismi ma residuano dubbi*.

²⁵ Ci si riferisce alla previsione dell'art. 282-ter Cpp

²⁶ L'innalzamento della soglia da 500 a 1000 metri si deve alla L. 181/2025.

all'indisponibilità del braccialetto elettronico²⁷, anche a fronte della non fattibilità del controllo il giudice potrà rivalutare la vicenda cautelare e applicare anche una misura meno grave di quella disposta in prima battuta²⁸. In altri termini, non vi sarebbe alcun vincolo predeterminato all'applicazione di una misura più grave.

Vincoli predeterminati sono stati, invece, inseriti con l'ultima riforma in materia cautelare, la l. 181/2025, che, ancora una volta, punta sulla rilevanza del mero titolo di reato, dando rilievo anche alle circostanze aggravanti, che diventano elemento qualificante della fattispecie.

Il nuovo comma 3.1 dell'art. 275 Cpp inserisce infatti ulteriori automatismi. Per una ampia serie di reati, alcuni dei quali presi in considerazione solo al ricorrere di specifiche aggravanti²⁹, tra le quali la c.d. aggravante di genere introdotta dalla l. 181/2025, si riproduce lo schema presuntivo già analizzato – la doppia presunzione relativa in ordine alla sussistenza delle esigenze cautelari e all'adeguatezza delle misure – con l'inserimento di un ulteriore elemento da tenere in considerazione, ossia il pericolo per la vita o l'integrità fisica o psichica della persona offesa.

Ancora una volta si inserisce una sorta di *probatio diabolica* in ordine alla non sussistenza delle esigenze cautelari, in considerazione delle caratteristiche di molti dei reati presi in considerazione, spesso riconducibili ai contesti familiari o di violenza di genere per i quali solo di recente si stanno iniziando ad elaborare e a tenere in considerazione i c.d. indici di rischio.

Quanto alla presunzione di adeguatezza, da un lato, non è più riferita alla sola custodia cautelare inframuraria (come prevede l'art. 275, co. 3, ult. periodo, Cpp), ma anche alla misura degli arresti domiciliari che, in virtù della possibilità della contestuale adozione delle particolari modalità di controllo elettronico previste dall'art. 275-bis Cpp, potrà forse assumere maggior rilievo nel nuovo assetto³⁰, relegando alle ipotesi in cui possa applicarsi la sospensione condizionale della pena le

²⁷ Sempre S.U., 28.4.2016, Lovisi, cit.

²⁸ Lo ribadisce Cass., V, 29.1.2025, n. 8379, in *CED Cass.*, n. 287573-01.

²⁹ Sottolinea come la *ratio* di selezione delle ipotesi aggravate non sia di agevole comprensione, L. Pulito, De jure condendo, in *PPG*, 3, 2025, 453. Critiche sui reati presi in considerazione, alcuni dei quali non particolarmente gravi, sono espresse anche da B. Romanelli, E. Sacchetto, *Il nuovo volto della violenza di genere tra diritto penale e processo*, cit., 43-44.

³⁰ L. Capraro, *Modifiche alla durata delle intercettazioni e alle condizioni cautelari*, in *PPG*, Numero straordinario, Commento alla c.d. legge sul femminicidio (legge 2 dicembre 2025, n. 181), 2026, 59 sottolinea che, nella scelta tra le due misure, il giudice incontrerà l'onere motivazionale rafforzato dell'art. 275 co. 3-bis Cpp qualora scelga la misura più afflittiva.

misure previste dagli artt. 282-*bis* e 282-*ter* Cpp³¹. Dall'altro, ed è forse l'aspetto più significativo, fa ingresso un parametro che renderà ancora più impervio applicare misure cautelari diverse da quelle presuntivamente ritenute adeguate. La locuzione «anche in relazione al pericolo per la vita o l'integrità fisica o psichica della persona offesa» sposta il baricentro da una dimensione prevalentemente processuale a una dimensione marcatamente vittimocentrica³². Il giudice, chiamato a valutare la possibilità di applicare misure diverse dalla custodia cautelare o dagli arresti domiciliari, deve ora verificare non soltanto se tali misure siano idonee a neutralizzare i *pericula* previsti dall'art. 274 Cpp, ed in particolare il pericolo di reiterazione del reato, ma anche se esse siano concretamente capaci di prevenire un rischio attuale e specifico per l'incolumità della persona offesa, comprese le sue condizioni di equilibrio psichico³³.

E questa valutazione, che comunque deve essere strettamente riconducibile a conseguenze derivanti da condotte criminose, non solo appare davvero difficile per un giudice che, in prima battuta, ha a disposizione solo quanto presentato dal pubblico ministero³⁴, ma, rafforzando ulteriormente le esigenze di prevenzione, rischia, ancora una volta, di allontanare il giudizio cautelare da quelle esigenze strettamente processuali che dovrebbero caratterizzare questa tipologia di giudizi. Peraltro già nella valutazione del pericolo di reiterazione della condotta – esigenza sempre ai limiti rispetto all'art. 27 comma 2 Cost. – rientra a pieno titolo la valutazione del pericolo per l'incolumità della persona offesa. Il richiamo espresso a questo “nuovo” rischio imporrà al giudice una soglia argomentativa davvero alta per disporre le misure non custodiali, invertendo il canone che vuole una motivazione rafforzata quando si applichi la misura cautelare carceraria.

Sicché c'è da augurarsi che questa integrazione – dalla valenza più comunicativa che normativa – non faccia virare la giurisprudenza dai principi garantisti finora espressi.

4. L'attuale sistema cautelare ha perso l'iniziale linearità; scorrendo gli articoli del

³¹ L'*incipit* dell'art. 275 co. 3.1 Cpp fa infatti salvo quanto previsto dal co. 2-*bis*, prima parte, dello stesso articolo.

³² L. Capraro, *op. cit.*, 61

³³ Il giudice sarà chiamato a dare rilievo non solo a condotte violente, ma anche a situazioni di pressione, intimidazione o controllo psicologico: L. Capraro, *op. cit.*, 63.

³⁴ Va infatti sottolineato che, in virtù del coordinamento con l'art. 362 comma 1-*ter* Cpp, in queste ipotesi non si procede al contraddittorio anticipato: B. Romanelli, E. Sacchetto, *Il nuovo volto della violenza di genere tra diritto penale e processo*, cit., 43.

codice ci si imbatte in deroghe su deroghe, che ne rendono difficile anche solo la lettura. L'accumulo di regimi speciali finisce per creare «una molteplicità di procedure penali parallele dove l'impressione è che a qualunque garanzia possa alla bisogna derogarsi»³⁵.

Il *fil rouge* che collega molte delle riforme è rinvenibile nella progressiva rilevanza attribuita al titolo di reato che diviene sintomo di una maggiore pericolosità del soggetto.

Se infatti all'inizio il titolo di reato e i limiti di pena avevano una funzione negativa, ossia delimitare l'esercizio del potere cautelare, oggi il titolo di reato sta acquisendo una valenza positiva, diviene elemento presuntivo di pericolosità³⁶.

L'art. 280 Cpp che in origine fissava solo quantitativamente il limite di pena per l'esercizio del potere cautelare, avendo quindi essenzialmente una funzione di garanzia, presenta ora diverse deroghe con un richiamo specifico ad alcune fattispecie ³⁷ che, comunque, spesso avrebbero consentito il ricorso alla tutela cautelare.

Ancora, sempre sotto il profilo del limite al potere cautelare, nelle singole disposizioni dedicate alle varie misure cautelari crescono le deroghe ai limiti di pena dell'art. 280 Cpp, costruendo misure tarate su particolari aggressori sospettati della commissione di specifici reati a danno di determinate vittime.

Infine, prosperano i regimi presuntivi basati esclusivamente sul titolo di reato contestato.

In definitiva, ad un'unica, lineare disciplina si è progressivamente sostituito un sistema frammentato, costruito su "tipi" di reato, tipi di autori, tipi di vittime.

Ma mentre il tipo di autore può effettivamente indicare una sua maggiore pericolosità, o la specifica vittima può richiedere maggiori attenzioni, modificare le regole valutative e decisorie solo sulla base del mero titolo di reato allontana enormemente la cautela dalla sua fisionomia di giudizio attuale, concreto e individualizzato.

Continuare ad attribuire rilevanza al mero titolo di reato determinerà sempre di più

³⁵ In questi termini S. Carnevale, *op. cit.*, 109.

³⁶ V., già A. Nappi, *Il regime delle misure cautelari personali a vent'anni dal codice di procedura penale*, in CP 2009, 4095.

³⁷ Il costante richiamo alle fattispecie penali pone anche il problema se il rinvio sia formale o recettizio, complicando ulteriormente l'opera interpretativa.

procedimenti a geometria variabile, ancor più pericolosi in una fase dove è il pubblico ministero ad individuare il *nomen iuris* e il giudice ha a disposizione pochi dati per una reale verifica della qualificazione giuridica.