La libertà su cauzione nelle misure cautelari personali: un'applicazione mediata da sistemi giuridici esteri

di VALENTINA MAZZOTTA

SOMMARIO: 1. Il panorama internazionale ed interno della cauzione. — 2. La libertà su cauzione nel sistema delle misure cautelari reali. — 3. Un'ipotesi applicativa della libertà su cauzione nelle misure cautelari personali.

1. Il panorama internazionale ed interno della cauzione.

Nata all'interno del sistema processuale penale anglo-americano, caratterizzato dai principi della oralità, pubblicità, estraneità del giudice alle indagini, parità tra accusa e difesa, la libertà su cauzione si pone quale strumento per bilanciare il diritto alla libertà del soggetto accusato sino alla fine del giudizio con l'interesse dello Stato ad assicurare la presenza del soggetto al processo ⁽¹⁾.

Nell'ottica di dirimere il dilemma sorto intorno al problema di come trattare una persona che si presume innocente ma che, al termine del giudizio, potrebbe risultare colpevole, l'istituto consiste in quella procedura di *common law* attraverso la quale un soggetto sospettato o accusato della commissione di un reato viene rimesso in libertà a condizione che si presenti presso gli uffici di polizia ad intervalli predeterminati ovvero sia che compaia nel

(1) Per una definizione dottrina cfr. MOYLAN Jr., *Legal controversies*, in T. SHANAHAN, *The administration of the justice system*, Boston, 1977, 260 ss.; C. PETERSDORFF, *Practical Treatise on the Law of Bail, in Civil and Criminal Proceedings*, Philadelphia, 1835, 265 ss.; nonché J. CARBONE, *Seeing through the emperor's new clothes: rediscovery of basic principles in the administration of bail*, 34 *Syracuse L. Rev.* 517 (1983).

giorno e nell'ora fissati per l'udienza (2).

Alla luce di tale definizione appare sin da subito evidente la centralità, nei sistemi all'interno dei quali è stato concepito, dell'istituto della presunzione di innocenza, che mal tollera il ricorso massiccio alle misure cautelari, da intendersi quale forma di patologia sistemica costituita dalla metamorfosi della custodia preventiva in anticipazione della pena (3).

In particolare, nel sistema giuridico inglese il rilascio su cauzione, talvolta accordato dietro prestazione di una garanzia da parte del medesimo soggetto o di terze persone (4), affonda le proprie radici nell'ambito delle riforme introdotte dalla *Assize di Clarendon* nel 1166.

Gli abusi perpetrati dagli sceriffi di contea determinarono la promulgazione del primo statuto di *Westminster* del 1275, che delimitò le situazioni in presenza delle quali si sarebbe potuta concedere la libertà su cauzione, fissando un elenco di reati che consentivano il ricorso all'istituto (5).

Interpolata da due successivi statuti volti ad attualizzarne la portata, la libertà su cauzione trovò ulteriore disciplina nel *Bail Act* del 1976, entrato in vigore il 17 aprile del 1978 e conformato al rispetto delle raccomandazioni del Rapporto del *Working Party* del 1974 (6).

Superata la *fictio* (7) in base alla quale la legge consentiva al soggetto di restare in libertà affidandone la custodia ai garanti, il

(2) V. TONDI, *La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, Padova, 2016, 3 ss.

(3) G. SPANGHER, *Giuliano Vassalli e l'evoluzione del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 4535.

(4) C. FIORIO, *Libertà personale dell'imputato e bail: un binomio possibile?*, Relazione dal titolo "Il bail nel sistema inglese", Convegno annuale dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale "G.D. PISAPIA", "Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali" (Trento, 11-13 ottobre 2013); E. DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, 2009, 4 s.

(5) Per un'approfondita ricostruzione storica sia consentito rinviare a V. MAZZOTTA, *La libertà su cauzione*, Pisa, 2019, 12 ss.

(6) R.C.A. WHITE, *The bail Act: will it make any difference?*, in *The Criminal Law Rev.*, 1977, 338 ss.

(7) C. FIORIO, *Libertà personale dell'imputato e bail*, cit.

soggetto accusato permane sotto custodia della Corte, commettendo il reato di *absconding* ed incorrendo in una sanzione penale in caso di violazione, alla quale consegue la revoca automatica del rilascio con arresto del soggetto e sequestro della somma depositata a titolo di cauzione.

La presunzione legale di innocenza dell'accusato sino alla dimostrazione della sua colpevolezza con simmetrico diritto a restare in libertà⁽⁸⁾ ha, tuttavia, subito forti compressioni dovute alla sempre maggiore sensibilità nei confronti dei diritti della persona offesa dal reato e della collettività, sfociate in una ulteriore riduzione delle ipotesi applicative dell'istituto.

Passando agli aspetti squisitamente procedurali, l'ordinamento inglese riserva alla polizia ed agli organi giudicanti il potere di concedere la libertà provvisoria al soggetto arrestato perché sospettato della commissione di un reato⁽⁹⁾, diversamente modulata a seconda che il processo origini con citazione diretta a giudizio innanzi alla *Magistrates' Court* o con *arrest*.

Come anticipato nell'*incipit*, l'istituto in argomento trova spazio anche all'interno dell'ordinamento statunitense, riconosciuto dall'ottavo emendamento della Costituzione federale⁽¹⁰⁾, nonché dalla legge federale, dal *Judiciary Act* del 1789 e dalle vigenti *Federal Rules of criminal procedure*, che assicurano a chiunque venga arrestato per un reato per il quale non sia prevista la pena capitale, il diritto di essere rilasciato *on bail*.

Nel caso di procedimenti aventi ad oggetto reati per i quali è prevista la pena capitale, invece, la libertà su cauzione viene rimessa all'apprezzamento della Corte in esito all'esame delle circostanze nelle quali è stato commesso il reato, della loro natura, delle prove e del costume giuridico.

(8) Sul punto v. A. HUCKLESBY, *Bail in Criminal Cases*, in M. MC CONVILLE - G. WILSON (ed.), *The Handbook of the Criminal Justice Process*, Oxford University Press, 2002, 115 ss.

(9) C. HAMPTON, *Criminal procedure*, London, 1982, 91 ss.

(10) Sul tema v. L.B. ORFIELD, *Criminal Procedure from arrest to appeal*, Westport Conn., 1947, 105; *Wharton's Criminal procedure*, a cura di E. TORCIA, II, LCP-BW, Rochester-San Francisco, 1975, § 305.

Pur ispirata al modello inglese, la libertà su cauzione statunitense se ne discosta laddove prevede la figura dei *bondsman* ⁽¹¹⁾ che, in cambio di un premio in denaro, assumono il compito di far presentare in giudizio l'accusato prendendolo in custodia.

Ma l'istituto non è sconosciuto neppure alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed al Patto internazionale dei diritti civili e politici che agli articoli, rispettivamente, 5 § 3 ⁽¹²⁾ e 9 § 3 prevedono la possibilità di rimessione in libertà della persona privata della libertà personale, prima che venga giudicata, subordinata alla prestazione di garanzie — disciplinate dai singoli Stati — che ne assicurino la presenza in udienza ⁽¹³⁾ nonché l'esecuzione della sentenza ⁽¹⁴⁾.

Il quadro generale delineato dalle fonti comunitarie dimostra, dunque, un certo *favor* verso la cauzione quale strumento alternativo alla misura cautelare della custodia carceraria ⁽¹⁵⁾.

Proprio nell'ottica di favorire l'introduzione di principi comuni in materia di limitazione della libertà personale negli Stati membri, la Risoluzione 65 ⁽¹⁶⁾ del 9 aprile 1965 adottata dal

⁽¹¹⁾ V. TONDI, *La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., 43.

⁽¹²⁾ L'art. 5 § 3 C.e.d.u. disciplina l'ipotesi del soggetto che, arrestato, deve essere al più presto condotto davanti all'autorità competente, al quale viene riconosciuto il diritto di essere giudicato in un tempo ragionevole e di essere nel frattempo rimesso in libertà a condizione che si assicuri, secondo la legislazione interna degli Stati, la sua presenza in udienza.

⁽¹³⁾ Tale esigenza cautelare è stata analizzata da Corte Edu, 27 giugno 1968, *Wemhoff c. Germania*, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 2006, 1, 102, che ha evidenziato che l'entità della cauzione deve essere determinata in relazione all'interessato, alle sue risorse e ai suoi legami con le persone chiamate a prestare malleveria e non invece al danno causato, proprio tenuto conto del fatto che la sua funzione non è quella di riparare il danno cagionato.

⁽¹⁴⁾ Più precisamente, quest'ultima finalità è prevista esclusivamente dall'art. 9 del P. int. d. civ. e pol.

⁽¹⁵⁾ Così C. FIORIO, *Libertà personale dell'imputato e bail*, cit.; M. PISANI, *Cauzione e libertà personale. Spunti de iure condendo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 3 ss., le cui sollecitazioni sono state integralmente riproposte nella Relazione accompagnatoria all'unica p.d.l. in materia di cauzione (XVI Legislatura, p.d.l. n. 5390, presentata alla Camera dei Deputati dall'On. Galli).

⁽¹⁶⁾ Sul tema v. M. BONETTI, *Le convenzioni internazionali "relative ai diritti dell'uomo e al processo penale"* nei lavori preparatori della delega per il nuovo codice, in *Indice penale*, 1991, 190 ss.

Consiglio d'Europa prevede la possibilità della sostituzione della carcerazione preventiva con altre misure quali la custodia a domicilio, l'ordine di non lasciare un determinato luogo senza la preventiva autorizzazione, l'ordine di comparire periodicamente davanti a determinate autorità, il ritiro di un documento di identità, la prestazione di una garanzia oppure ancora il collocamento, se trattasi di imputati minorenni, in un istituto.

Applicazioni pratiche di tali principi possono trarsi — a mero titolo esemplificativo e senza pretesa alcuna di esaustività — dagli ordinamenti francese⁽¹⁷⁾, portoghese e tedesco.

In particolare, nell'ordinamento francese la cauzione rientra nella più ampia disciplina del “*contrôle judiciaire*” introdotta nel 1970 e poi successivamente emendata⁽¹⁸⁾.

Attualmente, gli artt. 138 n. 11 ss c.p.p. stabiliscono il potere del giudice istruttore di determinarne l'ammontare ed i termini di versamento, che possono variare secondo le risorse economiche e i carichi di famiglia del soggetto interessato⁽¹⁹⁾, al duplice fine di garantire la presenza dell'imputato a tutti gli atti del procedimento penale e l'adempimento degli obblighi imposti dalla sentenza, nonché di tutelare il diritto della vittima al risarcimento del danno ed assicurare il pagamento della pena pecuniaria.

In Portogallo, invece, nel 1987 è stato promulgato un nuovo *Código de Processo Penal*⁽²⁰⁾ e, proprio per l'attenzione riservata alle regole del Consiglio d'Europa, è stata eliminata la categoria dei “*crimes incaucionaveis*” (crimini non passibili di cauzione) con conseguente affidamento al giudice delle singole determinazioni nei casi concreti, da effettuarsi alla stregua degli

(17) Per un'analisi del funzionamento della cauzione nel sistema transalpino cfr. A. BOUQUET, *Cautionnement pénal et politique criminelle une relation à géométrie variable*, in *Archive de politique criminelle*, 2001, 53.

(18) In particolare, l'istituto è stato integrato con legge n. 516 del 15 giugno 2000, legge n. 291 del 5 marzo 2007, legge n. 526 del 13 maggio 2009 e legge n. 873 del 4 agosto 2014.

(19) V. TONDI, *La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., 248 ss.

(20) *Lei* n. 43/86, del 26 settembre e *Decreto-Lei* n. 78/87, del 17 febbraio.

artt. 197, 205 e ss. (21).

Infine, l'esperienza tedesca restituisce un'ipotesi di cauzione come misura alternativa alla detenzione provvisoria volta a neutralizzare il rischio di fuga (22), laddove tale esigenza possa essere evitata con misure meno gravose della custodia in carcere.

In tale ipotesi, la sostituzione della custodia carceraria con la prestazione di una somma di denaro quale cauzione da parte dell'accusato o di un terzo costituisce un vero e proprio obbligo per il giudice nonché la misura più comunemente applicata nella prassi giudiziaria per ottenere la liberazione (23).

Da questa sintetica panoramica internazionale si coglie, dunque, come la libertà su cauzione, nata all'interno di ordinamenti di *common law* non sia estranea anche a quelli di *civil law*. Inserito in modelli processuali molto diversi, l'istituto è dotato di struttura "proteiforme", capace di contemperare esigenze contrapposte (24).

In Italia, invece, inizialmente disciplinato nel Codice del 1930 agli artt. 282 ss. come rimedio *ex post* (25), l'istituto della cauzione non è stato trasposto nel Codice del 1988 per il suo preteso carattere discriminatorio (26).

(21) Il giudice può sostituire la cauzione con altra misura coercitiva (escluso la *priso* preventiva e la misura degli arresti domiciliari), d'ufficio o su richiesta, solo nei casi di impossibilità o anche solo di "graves dificultades ou inconvenientes" e in aggiunta a misure imposte in precedenza.

(22) Sul "motivo di custodia" della fuga o del pericolo di fuga cfr. C. ROXIN, *Strafprozessordnung (StPO)*, 49 Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2013, 59.

(23) Per una compiuta analisi v. R. JUY-BIRMAN, *Il processo penale in Germania*, in *Procedure penali d'Europa*. Sintesi nazionali e analisi comparatistiche coordinate sotto la direzione di M. DELMAS-MARTY, ed. it., a cura di M. CHIAVARIO, Padova, 1998, 203.

(24) Sul tema cfr. C. FANUELE, *La libertà su cauzione. Un'alternativa alla custodia carceraria*, Milanofiori Assago, 2016, 189 ss.

(25) Secondo M. PISANI, *Cauzione e libertà personale. Spunti de iure condendo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 3, la cauzione era una sorta di malleveria liberatoria, in quanto intesa come strumento di garanzia patrimoniale per l'adempimento di obblighi imposti con il provvedimento di liberazione, trovando applicazione dopo la carcerazione e concretizzantesi in una misura alternativa al protrarsi della stessa.

(26) In questi termini si esprimeva la Commissione consultiva per la riforma del Codice di procedura penale – *Parere su lo schema legislativo delle misure di coercizione personale*, 1975, 48.

La soppressione della cauzione veniva, altresì, giustificata dal maturato convincimento che la misura, concretizzandosi nel versamento di una somma di denaro volta ad assicurare l'adempimento degli obblighi conseguenti alla carcerazione, non avrebbe avuto molte probabilità di funzionare efficacemente, ignorando che l'istituto trovava perfetta applicazione in altri ordinamenti.

L'estromissione codicistica optata dal legislatore delegato è stata oggetto di non poche critiche da parte della dottrina⁽²⁷⁾ anche in considerazione del fatto che entrambe le leggi-delega al Governo per l'emanazione di un nuovo codice di procedura penale prevedevano l'obbligo non solo di "attuare i principi della Costituzione", ma anche di "adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e del processo penale".

Chiaro il riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici approvato in sede ONU il 19 dicembre 1966, non sono mancate le proposte di legge per l'introduzione della misura cautelare personale della libertà su cauzione⁽²⁸⁾ nonché le pronunce sovranazionali che hanno stigmatizzato la situazione di sovraffollamento carcerario dovuta anche al numero esorbitante di detenuti in stato di custodia cautelare⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, 3^a ed., vol. II, 1984, 351 definisce l'estromissione della cauzione dal sistema delle cautele sostitutive della detenzione preventiva, già nel Progetto del 1987, come "una soluzione estrema che forse può diventare, nella sua radicalità, controproducente, impedendo di usare anche nei casi opportunamente manovrabili con riferimento al criterio delle condizioni economiche del soggetto un mezzo non del tutto inutile". G. CONSO, *Cauzione=privilegio?*, in *La Stampa*, 6 aprile 1980, 1, difende la "sopravvivenza" della cauzione. Anche dopo l'emanazione del D.P.R. n. 47/1988 e, quindi, dopo l'introduzione dell'attuale Codice di procedura penale, V. GREVI, in AA.VV., *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura dello stesso, 1989, 279, contesta i "termini fin troppo drastici" con i quali il Progetto di attuazione della seconda legge delega aveva estromesso la cauzione; ciò in linea con l'auspicio di vedere la cauzione come misura adottabile anche *ab origine*: v. voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. del dir.*, vol. XXIV, 1974, 403.

⁽²⁸⁾ Il riferimento è alla proposta di legge n. 5390 del 31 luglio 2012 per l'introduzione dell'art. 280-bis c.p.p.

⁽²⁹⁾ Così Corte edu, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, in *Cass. Pen.*, 2014, 2, 506.

Tuttavia, le modifiche codicistiche succedutesi in un quarantennio hanno sempre privilegiato la sicurezza della collettività a discapito di una progressiva riduzione delle garanzie dell'imputato, intervenendo in misura del tutto marginale sulla necessità di prevedere e disciplinare misure alternative alla custodia cautelare ⁽³⁰⁾.

2. La libertà su cauzione nel sistema delle misure cautelari reali.

Se quello appena delineato è lo stato dell'arte con riferimento alle misure cautelari personali, parzialmente diverso si dimostra il sistema delle misure cautelari reali, che attiene al tema della libertà declinato secondo i diversi diritti costituzionalmente garantiti di proprietà e di iniziativa economica privata ⁽³¹⁾.

In particolare, in tale microsistema la cauzione è espressamente prevista nell'ambito del sequestro conservativo e costituisce un vincolo cautelare reale apposto sui beni dell'imputato o del responsabile civile richiesto da questi ultimi in luogo del sequestro conservativo di beni mobili o immobili.

Istituto complesso che tocca sia la disciplina del processo penale che quella civilistica, sostanziale e processuale ⁽³²⁾, la cauzione processual-penalistica si concretizza nella dazione o nel deposito di una quantità di cose mobili fungibili o infungibili, a scopo di garanzia, ma non è assistita da una specifica regolamentazione.

Nel dettaglio, l'art. 319 c.p.p. rimette ad una scelta volontaria del soggetto interessato la possibilità di evitare l'adozione di un provve-

⁽³⁰⁾ Si pensi al d.l. 1 luglio 2013, n. 78, concernente misure urgenti in materia di esecuzione della pena ed emanato dal Governo proprio al fine di assolvere all'obbligo di "porre rimedio alla constatata violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo" che, in sede di conversione, ha modificato il comma 2 dell'art. 280 c.p.p. elevando da 4 a 5 anni il tetto della pena che ammette il sacrificio della libertà personale.

⁽³¹⁾ In tema v. G. CORSO, *Le misure cautelari*, in O. DOMINIONI - G. CORSO - A. GAITO - G. SPANGHER - G. DEAN - G. GARUTI - O. MAZZA, *Procedura penale*, Torino, 2012, 392; M. SCAVO, *sub art. 316 c.p.p.*, in G. TRANCHINA, *Codice di procedura penale*, I, Milano 2008, 2389.

⁽³²⁾ In tema di cauzione quale misura cautelare processual-civilistica cfr. DE PETRIS, voce *Cauzione (dir. Proc. civ.)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960.

dimento conservativo mantenendo una garanzia per le pretese creditorie avanzate nei confronti dell'imputato e del responsabile civile attraverso l'offerta di una cauzione idonea a garantire le obbligazioni *ex art. 316 c.p.p.* ⁽³³⁾, che può essere proposta *ex ante*, cioè prima che la misura cautelare sia disposta al fine di evitarne l'applicazione, oppure *ex post*, cioè successivamente all'applicazione del vincolo reale, con la richiesta di riesame o comunque "in qualunque stato e grado del processo di merito" per ottenerne la revoca ⁽³⁴⁾.

Così intesa, l'offerta di cauzione assolve alternativamente a due funzioni: ostativa all'adozione del vincolo cautelare, se proposta *ex ante* l'applicazione del vincolo; estintiva del provvedimento adottato, se proposta *ex post*, in sede di riesame o in "qualunque stato e grado del processo di merito".

Secondo parte della dottrina ⁽³⁵⁾, in materia di cauzione trovano applicazione i principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità stabiliti in tema di misure cautelari personali dall'art. 275 c.p.p., in caso di positivo riscontro essendo il giudice obbligato a disporre che non si applichi il sequestro conservativo oppure che venga revocato, se già adottato.

Il tenore letterale della norma limita, dunque, grandemente il potere discrezionale del giudice, introducendo una sorta di au-

⁽³³⁾ Il giudizio di idoneità si atteggia in maniera differente a seconda che la domanda venga proposta prima della deliberazione del giudice ovvero con la richiesta di riesame. Nel primo caso, infatti, la valutazione deve essere parametrata in relazione all'ammontare, almeno approssimativo, del credito, non risultando sufficiente la sua equivalenza rispetto al prezzo della *res* per la quale viene richiesto il sequestro. Nel secondo caso, invece, l'idoneità dovrà essere valutata in rapporto al valore delle cose sequestrate e non a quello dei crediti. Se, infine, interviene successivamente all'apposizione del sequestro la stessa andrà valutata in relazione sia ai crediti da garantire che al valore delle *res* avvinte dalla misura cautelare.

⁽³⁴⁾ In argomento v. R. CANTONE, I "sequestri" nel codice di procedura penale, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1996, 11; P. GUALTIERI, *Sequestro conservativo*, in G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Milano, 2008, 343.

⁽³⁵⁾ *Ex plurimis*, M. MONTAGNA, *Sequestro conservativo penale*, in *Dig. disc. Pen.*, XIII, Torino, 1997, 227; E. SELVAGGI, *sub art. 319 c.p.p.*, in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di M. CHIAVARIO III, Torino, 1990, 353. In tal senso anche parte della giurisprudenza: cfr. Cass. Pen., Sez. II, 23 novembre 2006, n. 40221, in *CED Cass.* 235592; Cass. pen., Sez. I, 31 maggio 1996, in *Cass. pen.*, 1997, 1820. In senso contrario v. R. MENDOZA, *Questioni in tema di sequestro conservativo*, in *Cass. pen.*, 1997, 1823.

tomatismo tra l'offerta di cauzione e l'adozione del decreto ⁽³⁶⁾.

Tuttavia, come si è anticipato, l'assenza di una compiuta disciplina dell'istituto rimette le modalità di prestazione della cauzione all'autonomia del giudice in sede di adozione del relativo provvedimento ⁽³⁷⁾.

Se, però, la cauzione è espressamente prevista per il sequestro conservativo, analoga possibilità non si rinviene in tema di sequestro preventivo di cui all'art. 321 c.p.p., in special modo nella forma del sequestro per equivalente (essendo, evidentemente, incompatibile con il sequestro impeditivo che attinge 'proprio' quella 'cosa' per le sue caratteristiche), che risponde alla finalità di interrompere l'*iter* criminoso o di impedirne la progressione.

Il sequestro preventivo, concernendo *res* che presentano un certo grado di "pericolosità" ed un legame con il reato tale da giustificare l'imposizione della cautela, può, infatti, prescindere totalmente da qualsiasi profilo di colpevolezza, proiettandosi sui beni la cui libera disponibilità può costituire situazione di pericolo.

In via del tutto autonoma, poi, l'art. 321, co. 2, c.p.p., prevedendo un'ipotesi di sequestro delle cose delle quali è consentita la confisca, tutela la specifica finalità di sottoporre a vincolo determinate *res*, considerate obiettivamente pericolose ⁽³⁸⁾, al solo fine di assicurarne l'eventuale e futura confisca nel caso di condanna del reo (e, in talune ipotesi, non solo in caso di condanna).

⁽³⁶⁾ Sulla forma del provvedimento adottato dal giudice, si ritiene che l'espressa indicazione del decreto all'interno dell'art. 319 c.p.p. comporti che esso non debba essere motivato. Contra R. CANTONE, I "sequestri" nel codice di procedura penale, cit., 3, secondo cui il decreto deve in ogni caso essere motivato, dovendosi dare contezza dell'idoneità della cauzione, qualora il procedimento cautelare sia già stato avviato e sia stato interrotto dall'iniziativa dell'imputato o del responsabile civile. Nel caso, invece, di riesame o di istanza avanzata in qualsiasi stato e grado del processo, il silenzio della legge farebbe propendere per la forma dell'ordinanza necessariamente motivata.

⁽³⁷⁾ Nel tentativo di offrire qualche coordinata applicativa è intervenuta Cass. pen., Sez. I, 8 febbraio 1993, Giacobone, in *CED Cass.*, n. 193327, che ha osservato che, anche se non è indispensabile indicare nel provvedimento di sequestro la somma per la quale lo stesso viene disposto, l'interessato che ha intenzione di proporre un'offerta di cauzione in sostituzione del vincolo reale può chiedere al giudice competente di indicare il presumibile ammontare della somma da garantire.

⁽³⁸⁾ Cass. pen., Sez. VI, 17 marzo 1995, Franceschini, in *Cass. pen.*, 1996, 2694.

Nella forma per equivalente, il sequestro finalizzato alla confisca legittima il non rispetto di tutti quei diritti costituzionalmente garantiti, primo fra tutti il diritto di proprietà, ponendosi in aperto contrasto anche con il principio di presunzione di non colpevolezza.

Lo scopo preventivo dell'istituto, pur sollecitato nella sua applicazione dagli organismi economici internazionali al fine di ottenere l'annullamento degli eventuali benefici derivanti dalle attività illecite, ha posto una serie di interrogativi derivanti soprattutto dalla mancanza di elementi normativi specifici sul suo trattamento e dall'ingiustificato *gap* di garanzie, che richiederebbe interpretazioni più rispettose e aderenti al dettato costituzionale, tra le quali spicca la possibilità di prevedere la cauzione riconoscendo, in tal modo, un maggior grado di garanzie al destinatario della misura affittiva ⁽³⁹⁾.

L'interrogativo nasce, in particolare, dalla riflessione secondo la quale il sequestro di valore, a differenza di quello realizzato in forma diretta, non sembra rispondere alla finalità di neutralizzare la pericolosità del bene sequestrabile bensì, più propriamente, a quella di evitare di perdere le garanzie patrimoniali necessarie per l'esecuzione della decisione finale.

L'assenza di pertinenzialità della *res* con il reato rende attuale la possibilità di sostituire il bene originariamente colpito dalla misura cautelare mediante il versamento di una cauzione, alla stregua di quanto previsto in tema di sequestro conservativo.

Tale eventualità, ritenuta ammissibile dalla dottrina ⁽⁴⁰⁾, comporterebbe lo spostamento del vincolo reale dal bene individuato

⁽³⁹⁾ Sul punto sia consentito rinviare a V. MAZZOTTA, *La libertà su cauzione*, cit., 89 ss.

⁽⁴⁰⁾ Di diverso avviso sembra essere la giurisprudenza, per cui cfr. Cass. pen., Sez. VI, 17 settembre 2009, Fezia, in *CED Cass.* n. 244870, che ha statuito l'impossibilità di sostituire una somma di denaro oggetto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca dell'equivalente di cui all'art. 322 *ter* c.p. con una fideiussione bancaria "atteso che, altrimenti, verrebbe frustrata la finalità della misura cautelare, diretta a sottrarre all'indagato la disponibilità del patrimonio, che invece risulterebbe invariata per lo spostamento del vincolo sul denaro del garante".

nel provvedimento di sequestro al bene offerto in cauzione, ottenendo contestualmente la liberazione del primo bene.

Tuttavia, al netto della rimessione interpretativa, l'assetto normativo non offre risposte al quesito, potendosi dallo stesso esclusivamente dedurre che si è davanti ad una situazione in cui ciò che maggiormente interessa allo Stato è l'*adprehensio* di beni aventi valore determinato, posta in essere al fine di non lasciarsi sfuggire le garanzie patrimoniali derivanti dall'esecuzione della decisione finale.

Rilevando, dunque, il solo valore del bene, non anche la sua natura, la risposta in ordine alla possibile previsione di una liberazione dal vincolo mediante la prestazione della cauzione non può che sembrare positiva, in particolar modo ove si ponga l'attenzione sull'equipollenza dei beni sui quali poter espletare la futura confisca.

Non solo. Il superamento del nesso pertinenziale tra la *res* ed il reato e l'irrilevanza della pericolosità della stessa *res* rendono compatibile la cauzione con il sequestro di valore, giacché il trasferimento del vincolo su altro bene del patrimonio dell'indagato non incide sull'afflittività della misura e, dunque, sull'aspetto sanzionatorio, dal momento che anche in tale evenienza l'indagato subisce l'espiazione definitiva del bene.

A ciò aggiungasi che il codice prevede espressamente un'ipotesi di sostituzione "obbligatoria" laddove, a seguito del sequestro dell'equivalente, il pubblico ministero riesca successivamente ad individuare il bene diretto dell'attività criminosa: in tal caso, sarà obbligato a spostare il vincolo reale sul prezzo, profitto o prodotto del reato, al fine di ristabilire il giusto ordine di priorità esecutiva.

Alla luce di tali considerazioni è possibile osservare che, laddove l'indagato offra un bene proprio (non anche, come rilevato dalla giurisprudenza, una mera garanzia personale di pagamento) che mantenga inalterato l'effetto sanzionatorio della misura ed equipollente al bene *ab origine* colpito dal vincolo reale, la sostituzione possa operare, con conseguente maggior semplicità di gestione e successiva confisca, la cauzione sostanziandosi in una somma di denaro determinata.

3. Un'ipotesi applicativa della libertà su cauzione nelle misure cautelari personali.

Se la ricostruzione offerta in tema di misure cautelari reali sembra poter astrattamente ammettere la cauzione all'interno dello schema del sequestro preventivo finalizzato alla confisca dell'equivalente, seppur non scevra di dubbi e incertezze derivanti dal mancato intervento del legislatore per creare una disciplina autonoma che consenta di sganciare il sequestro per equivalente dal sequestro preventivo, vale la pena chiedersi se sia ancora sostenibile l'idea che il panorama interno ed internazionale non consentano di ritenere — con i limiti che si diranno — applicabile l'istituto della cauzione anche al sistema delle misure cautelari personali.

Come sinteticamente tratteggiato nel § 1, l'analisi comparativa sovranazionale consente di affermare che la cauzione sia largamente accolta nell'ambito delle legislazioni europee (ed internazionali in generale) e la sua introduzione nel nostro ordinamento contribuirebbe ad allineare il nostro Paese alle discipline già in vigore in alcuni Stati membri in ottica di una parità di trattamento a tutti i cittadini europei.

In particolare, un cittadino italiano arrestato all'estero ai fini di estradizione potrebbe, se in quel Paese tale misura sia prevista, ottenere la concessione della cauzione; ma tanto non si verifichebbe in territorio italiano per quel cittadino straniero, magari di provenienza comunitaria, perché il nostro sistema normativo non contempla tale misura.

Al netto, dunque, di una lampante diseguaglianza trattamentale, una seconda riflessione sembra potersi estrarre dalla prima delle ipotesi citate.

In tale evenienza, l'indagato si trova sottoposto a misura inframuraria per l'ordinamento italiano, ma libero su cauzione nel territorio estero (che contempra tale possibilità) ove venga materialmente data esecuzione all'ordinanza applicativa del vincolo.

Appare evidente come, nel caso di specie, l'indagato sottoposto a misura custodiale per effetto di un provvedimento emesso

dall’Autorità Giudiziaria che venga tratto in arresto in territorio estero che contempla la possibilità di ottenere la liberazione su prestazione di una cauzione possa beneficiare di tale opportunità per una mera occasionalità: trovarsi, appunto, in territorio estero che preveda tale modalità alternativa di detenzione.

In tale ipotesi, la misura di maggior rigore viene di fatto “sostituita” con una di gran lunga meno afflittiva, che comporta il venir meno dell’in sé della privazione della libertà personale alla “semplice” offerta di una somma a titolo cauzionale.

Non può non riconoscersi come in tale circostanza l’ordinamento interno sostanzialmente si trovi a recepire — suo malgrado — una possibilità esecutiva della misura che esso non contempla, allo stesso tempo non potendo frapporre alcun motivo ostativo perché il soggetto venga rimesso in libertà.

È quanto sembra potersi desumere da una vicenda portata all’attenzione del Giudice dell’Udienza preliminare di Milano, che, richiesto di revocare la misura della custodia cautelare in carcere applicata all’imputato, nel rigettare la richiesta dava atto che, dopo un primo periodo di detenzione in Dubai all’atto dell’arresto in virtù dell’ordinanza emessa dall’Autorità Giudiziaria italiana, la Procura della Repubblica di Dubai aveva applicato il divieto di espatrio con prestazione di cauzione e ritiro del passaporto.

Ed, infatti, nel caso di specie, l’imputato, residente in Italia fino al 2010, si trasferiva dapprima in Svizzera e poi negli Emirati Arabi Uniti, dandone preventiva comunicazione all’Autorità.

Emessa l’ordinanza cautelare e nell’impossibilità di rintracciare il soggetto, il giudice procedente emetteva decreto di latitanza a seguito del quale veniva spiccato mandato di arresto europeo con successiva estensione delle ricerche in campo internazionale.

Arrestato a Dubai tramite Interpol, l’imputato, dapprima tratto in arresto, otteneva la libertà su cauzione con contestuale divieto di espatrio.

In tal caso, dunque, il soggetto si trovava “formalmente” in stato di custodia cautelare in carcere per effetto dell’ordinanza emessa dall’Autorità Giudiziaria italiana, ma “sostanzialmente”

libero su cauzione nel territorio emiratino, dove, appunto, l'ordinamento prevede tale modalità alternativa alla carcerazione preventiva.

Appare evidente come tale esperienza giudiziaria restituisca una sorta di recezione mediata della libertà su cauzione anche nel sistema processual-penalistico italiano che, pur non prevedendo esplicitamente simile possibilità, non può impedire che l'indagato arrestato su territorio estero ne benefici fino a che non sia eventualmente conclusa la procedura di estradizione nel territorio nazionale, ove riprenderebbe la detenzione.

Attraverso l'eterointegrazione dell'ordinamento, non può, dunque, oggi disconoscersi come anche il panorama delle misure cautelari personali trovi una *chances* di applicazione della libertà su cauzione, seppur veicolata da situazioni contingenti.

Sul punto sia consentita una ulteriore riflessione.

Come accennato, le esperienze maturate in altri contesti ordinamentali sulla possibilità di sostituire la detenzione preventiva con l'offerta di cauzione non rispondono sempre alla medesima esigenza.

Se, infatti, nel caso del *bail* anglosassone finalità della cauzione è quella di garantire la partecipazione dell'accusato agli atti del procedimento, in quello francese il *cautionnement* mira — tra l'altro — a salvaguardare le pretese risarcitorie della parte civile.

È, dunque, evidente che, una volta considerati maturi i tempi per una introduzione — non solo mediata — anche nell'ordinamento italiano dell'istituto della liberazione su cauzione, la stessa imporrebbe una compiuta disciplina alla luce dell'attuale assetto delle misure cautelari personali.

Alla stessa non potrebbe, difatti, essere riconosciuta la medesima funzione che assume nel sistema anglosassone, poiché, seppur costituzionalmente previsto il diritto al contraddittorio, non è imposto all'imputato di comparire per il dibattimento, purché la sua assenza derivi da una espressa e consapevole rinuncia a tale diritto.

Limitativa, oltre che estranea ai presupposti applicativi descritti dall'art. 247 c.p.p., risulterebbe la finalità di garanzia del

ristoro della parte civile, propria del sequestro conservativo di cui all'art. 316, co. 2, c.p.p. che, nel prevedere la possibilità della parte civile di richiedere il vincolo cautelare reale sui beni dell'imputato o del responsabile civile nel caso di fondato dubbio sulla mancanza o dispersione delle garanzie delle obbligazioni civili, risulta certamente molto più efficace.

Non solo. Ove si riconoscesse tale finalità, di fatto si avrebbe un inutile — oltre che anomalo per quanto appena osservato — doppione di uno strumento già contemplato dall'ordinamento.

La *ratio*, allora, non potrebbe che essere desunta dalla lettura combinata delle fonti interne ed internazionali, in particolare: l'art. 5 §3 C.e.d.u., che prevede il diritto della persona arrestata o detenuta ad essere liberata durante il corso del procedimento, eventualmente subordinato ad una garanzia che ne assicuri la partecipazione all'udienza; l'art. 27, co. 2, Cost. che cristallizza il principio di presunzione di non colpevolezza; infine, l'art. 275 c.p.p., che enuclea i criteri di scelta delle misure cautelari personali, desunti dalla “specificità idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto”, anche mediante l'applicazione congiunta di diverse misure.

Così individuata la ragione, si passerebbe da un riconoscimento mediato dell'istituto della libertà su cauzione ad una espressa (ed auspicabile) previsione legislativa che, opportunamente coordinata con il complesso sistema cautelare, potrebbe conferire nuova centralità al principio della carcerazione preventiva quale *extrema ratio*.

ABSTRACT: Nel panorama positivo interno, la libertà su cauzione è prevista solo nell'ambito delle misure cautelari reali ed, in particolare, nel sequestro conservativo. In via interpretativa, essa trova spazio anche nel sequestro preventivo per equivalente. Resta, tuttavia, del tutto assente nell'ambito delle misure cautelari personali. La circostanza che le misure coercitive del procedimento italiano siano riuscite a trovare applicazione anche oltre i confini nazionali, attraverso un mandato d'arresto europeo sempre più snello e grazie alla sempre maggiore cooperazione internazionale, consente alla libertà di cauzione, seppur indirettamente, di trovare forme applicative anche nell'ordinamento domestico. In effetti, un'eterointegrazione del

sistema interno con esperienze giuridiche estere, che prevedono tale alternativa alla carcerazione preventiva, consente di ritenere che si possa oggi parlare di un'applicazione "mediata" dell'istituto anche nell'ordinamento italiano. Tale conclusione, unitamente ad una riflessione sul principio di presunzione di non colpevolezza e sul bilanciamento degli interessi in gioco, evidenzia le potenzialità di una sua introduzione espressa nel sistema giuridico italiano mediante una riforma legislativa, essendo i tempi ormai maturi per un'evoluzione normativa in linea con le pratiche internazionali più avanzate.

ABSTRACT: In the positive internal panorama, bail is only provided for in the context of real precautionary measures and, in particular, in preventive seizure. Interpretatively, it also finds space in preventive seizure for equivalent. However, it remains completely absent in the context of personal precautionary measures. The fact that the coercive measures of the Italian procedure have managed to find application also beyond the national borders, through an increasingly streamlined European arrest warrant and thanks to ever greater international cooperation, allows bail, albeit indirectly, to find forms of application also in the domestic legal system. In fact, a heterointegration of the internal system with foreign legal experiences, which provide for this alternative to preventive detention, allows us to believe that today we can speak of a "mediated" application of the institution also in the Italian legal system. This conclusion, together with a reflection on the principle of presumption of innocence and on the balancing of interests at stake, highlights the potential of its expressed introduction into the Italian legal system through a legislative reform, as the time is now ripe for a regulatory evolution in line with the most advanced international practices.