



# **Università degli Studi di Udine**

**Corso di Dottorato di Ricerca in  
Diritto pubblico comparato e dell'Unione Europea**

**CICLO XXVI**

**Libertà personale dell'imputato e Corte europea dei  
diritti dell'uomo:  
gli standards minimi di tutela**

**Tutor**

Chiar.mo Prof. Andrea Scella

**Dottorando**

Dott.ssa Sara Furlan

---

Anno 2015



## **SOMMARIO**

### **CAPITOLO I**

#### **NOZIONE “COMUNE” DI MISURA PRIVATIVA DELLA LIBERTÀ PERSONALE**

- 1.1 Le nozioni convenzionali di “privazione” e di “restrizione” della libertà personale
- 1.2. Il concetto di durata della privazione
- 1.3. I requisiti previsti dall’art. 5 Cedu: la tassatività
- 1.4 segue: la legalità
- 1.5 segue: la non arbitrarietà
- 1.6 Le limitazioni alla libertà in funzione cautelare
- 1.7 segue: le alternative alla misura cautelare in carcere
- 1.8 Le misure cautelari non detentive
- 1.9 segue: la detenzione a seguito di condanna non definitiva

### **CAPITOLO II**

#### **LA CUSTODIA CAUTELARE -ORIENTAMENTI CEDU-**

- 2.1 Presupposti applicativi: le ragioni di plausibile sospetto
- 2.2. Rapporto tra gravi indizi e chiamate di correttezza
- 2.3. Le esigenze cautelari
  - 2.3.1. Il pericolo di inquinamento probatorio
  - 2.3.2 Il pericolo di fuga
  - 2.3.3 Il pericolo di reiterazione
  - 2.3.4 Ragioni di ordine pubblico
- 2.4. La compatibilità delle presunzioni legali con l’art. 5 cedu

- 2.5 Le presunzioni legali dopo l'intervento legislativo del 2009

### **CAPITOLO III**

#### **LA RAGIONEVOLE DURATA DELLA CUSTODIA CAUTELARE**

- 3.1 Premessa
- 3.2 I confini temporali della custodia cautelare
- 3.3 I termini di durata massima della carcerazione preventiva
- 3.4. Riesame periodico dei motivi di custodia cautelare
- 3.5 La scarcerazione subordinata al rilascio di garanzie che assicurino la comparizione della persona all'udienza

### **CAPITOLO IV**

#### **IL DIRITTO DEL DETENUTO AD ESSERE CONDOTTO DINNANZI AD UNA AUTORITA' GIUDIZIARIA.**

##### **RIFLESSI SUL RUOLO DEL PUBBLICO MINISTERO**

- 4.1 Il diritto ad un tempestivo intervento giurisdizionale nella giurisprudenza Cedu
- 4.2 Situazione attuale in Francia
- 4.3 Precedenti prese di posizione da parte di entità internazionali
- 4.4 L'attività del Consiglio d'Europa
- 4.5 Riflessioni

## **CAPITOLO V**

### **IL DIRITTO AD OTTENERE UN CONTROLLO SULLA LEGITTIMITA' DELLA MISURA CAUTELARE**

- 5.1 Il controllo sulle misure cautelari: aspetti definitivi
- 5.2 Le impugnazioni cautelari nel sistema italiano: il tribunale della libertà
- 5.3 Profili di confronto tra il procedimento di riesame e disposizioni internazionali
- 5.4 L'esigenza del "breve termine" nel giudizio di appello e nel ricorso per cassazione
- 5.5 Alcune considerazioni sulla disciplina delle impugnazioni cautelari alla luce delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'Uomo
- 5.6 Il giudicato cautelare

### **BIBLIOGRAFIA**



## CAPITOLO I

### NOZIONE “COMUNE” DI MISURA PRIVATIVA DELLA LIBERTA’ PERSONALE

SOMMARIO: 1. Le nozioni convenzionali di “privazione” e di “restrizione” della libertà personale. – 1.2. Il concetto di durata della privazione. – 1.3. I requisiti previsti dall’art. 5 Cedu: la tassatività. – 1.4 segue: la legalità – 1.5. segue: la non arbitrarietà. 1.6. Le limitazioni alla libertà in funzione cautelare. – 1.7 segue: le alternative alla misura cautelare in carcere. – 1.8 Le misure cautelari non detentive. – 1.9 segue: la detenzione a seguito di condanna non definitiva.

#### **1. Le nozioni convenzionali di “privazione” e di “restrizione” della libertà personale.**

In una materia, come quella della libertà personale, ove si avverte sempre di più l’esigenza di chiarezza e di uniformità di interpretazione, le disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali costituiscono uno strumento fondamentale di verifica della legalità, dell’opportunità e della razionalità delle misure restrittive della libertà personale.

La sfera della protezione dei diritti degli individui sottoposti ad una privazione della libertà personale è, infatti, da tempo uno di quei settori nei quali gli effetti del sistema sovranazionale di tutela dei diritti umani si sono fatti sentire in maniera più decisa.

La consapevolezza che le libertà individuali sono fragili dinnanzi al potere dello Stato che – specie nel caso del procedimento penale – si esplica attraverso l'utilizzazione di mezzi di coercizione particolarmente invasivi e il cui risultato può condurre a un più o meno lungo *status custodiae*, rendono quanto mai opportuna una dettagliata analisi delle forme di garanzia dei diritti umani approntata dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Ruolo decisivo, in quest'ottica, è svolto dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo che si occupa costantemente di presunte violazioni del diritto alla libertà personale e attraverso un approccio casistico detta linee guida a tutte le autorità nazionali.

E tale aspetto diventerà ancora più importante a seguito della crescente rilevanza assunta dal diritto sovranazionale nell'amministrazione della giustizia penale.

Com'è noto, l'art. 5 CEDU costituisce la disposizione cardine in tema di diritto alla libertà e alla sicurezza degli individui<sup>1</sup>.

La norma, oltre a specificare in maniera tassativa le singole ipotesi in cui è consentita la privazione della libertà personale, tutte caratterizzate sul piano teleologico, indica una serie di garanzie costruite in chiave soggettiva, che competono alla persona “arrestata” o “detenuta”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Il nesso tra libertà e sicurezza già presente nell'art. 3 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo risale a Montesquieu: “*la libertà politica consiste nella sicurezza, o perlomeno nella convinzione che si ha della propria sicurezza*” e “*questa sicurezza non è mai posta in pericolo maggiore che nelle accuse pubbliche o private*” sicché “*quando l'innocenza dei cittadini non è garantita non lo è neanche la libertà*” come riferisce L. FERRAIOLI, *Teoria del garantismo penale*, Roma, 2002, p. 559.

<sup>2</sup> In sintesi si tratta del diritto alla conoscenza dei dati legali processuali; al primo contatto dell'arrestato con il giudice o con un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie; ad essere giudicati entro un termine ragionevole o ad essere messi in libertà durante la procedura; a ricorrere ad un tribunale avverso i provvedimenti lesivi dello status libertatis; ad avere una riparazione in caso di arresto o di detenzione illegale.



La disposizione viene in rilievo ogniqualvolta un individuo sia sottoposto a coercizioni fisiche ed al controllo diretto di terzi sulla propria libertà personale, al fine di tutelarla da illegittime ed arbitrarie privazioni<sup>3</sup>.

Distinto, ma non irrilevante nell'implicazioni con l'art. 5 Cedu, è il concetto di libertà di circolazione a cui viene espressamente dedicato l'art. 2 Prot. n. 4 Cedu.

Non si può infatti escludere che una stringente restrizione apportata alla libertà di circolazione possa trasformarsi in una vera e propria privazione della libertà fisica.

L'art. 2 Prot. n. 4, al § 3 consente alle autorità statali di porre in essere talune compressioni alla libertà personale purché necessarie ad assicurare la tutela di determinati interessi elencati nello stesso articolo, quali la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale o la protezione dei diritti e libertà altrui.

In questo caso, l'elencazione dei limiti cui la libertà personale può essere sottoposta non è tassativa, poiché si preferisce far salve tutte e soltanto le misure che implicano una restrizione alla libertà giustificate in via generale dalla presenza di un interesse pubblico preminente.

È necessario quindi distinguere tra misure che comportano una "privazione" della libertà, rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 5 § 1 Cedu, dalle semplici "restrizioni" della libertà di circolazione che ricadono nell'ambito dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu.

A farsi carico dell'esigenza di individuare i confini, non sempre nitidi, tra le due nozioni, è intervenuta più volte la Corte europea che, valutando le circostanze del caso concreto, ha poi individuato gli elementi che connotano il concetto di "privazione" della libertà.

I giudici di Strasburgo hanno affermato che una privazione della libertà personale si concreta, sotto il profilo oggettivo, nell'ipotesi di "*confinement in a particular restricted space for a not negligible length of time*"<sup>4</sup>; mentre, sotto il

---

<sup>3</sup> Secondo M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, 1969, p. 174, la sfera di libertà interessata dalla normativa non riguarda la cosiddetta "libertà morale" bensì la libertà in senso meramente fisico.

<sup>4</sup> C.edu, 16 giugno 2005, *Storck c. Germania*, § 74.

profilo soggettivo, è necessario che l'internato non abbia prestato il consenso alla sua detenzione<sup>5</sup>.

A quest'ultimo riguardo, va precisato che il diritto alla protezione della libertà personale non viene meno qualora una persona abbia inizialmente accettato di essere reclusa in quanto il consenso alla detenzione è sempre revocabile.

Il consenso iniziale alla restrizione della libertà o la costituzione volontaria della persona non può pertanto di per sé giustificare la detenzione prolungata di un soggetto<sup>6</sup>.

Il diritto alla libertà personale riveste, infatti, una tale importanza da implicare che un individuo non possa perdere il beneficio della sua protezione nemmeno nell'ipotesi in cui la detenzione sia accettata dall'interessato, perché tale eventualità non elimina il dovere per i competenti organi interni di controllare scrupolosamente la sua legalità<sup>7</sup>.

Sotto il profilo oggettivo, invece, l'identificazione di una misura come "privativa della libertà" prescinde dalla qualifica giuridica di tale misura nel singolo ordinamento nazionale.

Al fine di assicurare la massima estensione delle garanzie convenzionali ed evitare gli effetti di una possibile "frode delle etichette", infatti, la giurisprudenza europea ha da tempo fatto propria una nozione autonoma di "privazione" della libertà.

Nel diritto di Strasburgo, la differenza tra privazione e semplici limitazioni della libertà personale è "una differenza di grado e d'intensità, non di natura o di contenuto"<sup>8</sup>.

I criteri utilizzati dalla Corte europea – a partire dal *leading case Guzzardi c. Italia* del 1980<sup>9</sup> – per stabilire se ci si trovi di fronte ad una privazione (e non a una

---

<sup>5</sup> C.edu, 16 giugno 2005, *Storck c. Germania*, § 74.

<sup>6</sup> C.edu, 18 giugno 1971, *De Wilde, Ooms and Versyp c. Belgio*, § 65; C.edu, *Storck c. Germania*, cit., § 74. In dottrina sul punto cfr. J. PRADEL-G.J.M. CORSTENS, *Droit penal européenne*, 2<sup>a</sup> ed., Paris, 2002, p. 326.

<sup>7</sup> Così G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Raffaello Cortina Editore, 2009, p. 98.

<sup>8</sup> C.edu, 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*, § 93, C.edu, 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, § 42; C.edu, 12 febbraio 2009, *Nolan e K. C. Russia*, § 93.

<sup>9</sup> Nel caso in oggetto, riguardante l'Italia, la Corte ha ritenuto violato il diritto alla libertà nella situazione di un soggetto colpito dalla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno in un Comune, in ragione delle severe misure cui era sottoposta, in concreto, la vita dell'interessato a seguito dell'applicazione di tale misure nell'isola dell'Asinara.

limitazione) della libertà, sono di tipo quantitativo e riguardano “*il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta*”.<sup>10</sup>

Una privazione della libertà si realizza senza dubbio ove la libertà fisica<sup>11</sup> venga a mancare del tutto perché si è in presenza di coercizioni sul corpo.

Si tratta *in primis* della detenzione, vale a dire della “*coazione a vivere in un luogo chiuso ben determinato, e nel forzato distacco dalle normali relazioni familiari e professionali*”, e dell’arresto, che va inteso come “*apprensione di un individuo, qualificata dalla sua provvisorietà rispetto ad una più stabile situazione (non necessariamente detentiva)*”<sup>12</sup>.

Dalle ipotesi espressamente previste di detenzione e arresto, vanno sicuramente ricomprese le figure previste dal nostro codice di procedura penale quali il “fermo”, la “traduzione” e l’“accompagnamento coattivo”.

Ma al di là delle singole fattispecie, la Corte europea è giunta a ritenere integrata una privazione della libertà ogniqualvolta vi siano vincoli particolarmente incisivi della libertà di circolazione e una sorveglianza rigorosa delle forze dell’ordine.

Così nel già citato caso *Guzzardi*<sup>13</sup>, i giudici europei hanno concluso che le restrizioni imposte alla libertà di circolazione del ricorrente, attraverso la misura di prevenzione della sorveglianza speciale, avevano comportato una privazione della sua libertà personale.

Nel stabilire ciò la Corte ha tenuto in considerazione, non solo l’incidenza delle prescrizioni imposte sulla libertà fisica del soggetto, ma anche la condizione di emarginazione in cui questi si era venuto a trovare in seguito alla loro applicazione.

In questo senso, si potrebbe osservare che, a mano a mano che la misura imposta risulta meno afflittiva della libertà fisica in senso stretto, la Corte tende a prendere in considerazione anche altri fattori che riguardano la libertà personale in senso lato.

---

<sup>10</sup> *Guzzardi*, cit., §§ 92-93

<sup>11</sup> Sulla nozione di libertà personale cfr. sent. C.edu, 18 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

<sup>12</sup> Così M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., p.173.

<sup>13</sup> Nel caso *Guzzardi*, cit., il ricorrente era stato costretto a soggiornare in un piccolo villaggio dell’Asinara, era stato sottoposto alla vigilanza continua dell’autorità di polizia e aveva potuto avere contatti solo con la propria famiglia e con gli agenti di polizia addetti al servizio di sorveglianza.

Nel caso *Raimondo c. Italia*<sup>14</sup> – in cui il ricorrente era stato anch'egli sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, con l'obbligo di non lasciare la propria abitazione prima delle 7 del mattino e di non rincasare più tardi delle 21 e di presentarsi alla polizia in certi giorni – la Corte europea ha, invece, ritenuto che le prescrizioni imposte fossero meno afflittive rispetto a quelle applicate nei confronti del ricorrente nel caso *Guzzardi* e, pertanto, ha concluso che la misura in questione avesse comportato una restrizione (e non una privazione della libertà personale).

Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, l'art. 5 § 1 Cedu viene quindi in rilievo nelle ipotesi di privazione della libertà personale mediante misure adottate dall'autorità pubblica, che costringono la persona in un luogo determinato e delimitato, per un tempo non definito, contro la sua volontà o senza il suo consenso<sup>15</sup>.

Tale garanzia non opera, invece, nei confronti delle misure che comportano una mera restrizione della libertà personale, la cui legittimità va pertanto vagliata alla stregua dei criteri fissati dall'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, posto a tutela della libertà di circolazione<sup>16</sup>.

In alcune pronunce, la Corte europea ha riconosciuto all'art. 5 Cedu anche un ambito di applicazione “*orizzontale*” in relazione a condotte poste in essere da parte di privati cittadini<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> C.edu, 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia* (ric. n. 12954/87). Sul punto, v. nota 41.

<sup>15</sup> Così S. TRECHSEL, *Human Right in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, p. 412.

<sup>16</sup> L'art. 2 Prot. n. 4 Cedu richiede, innanzitutto, il requisito della legittimità della interferenza. La giurisprudenza di Strasburgo ha in proposito stabilito che la legge posta a fondamento di qualsiasi provvedimento restrittivo della libertà personale debba soddisfare i requisiti qualitativi di accessibilità e prevedibilità, ovvero che la legge definisca chiaramente i presupposti di applicazione delle misure restrittive della libertà in modo che ciascuno possa prevedere con un ragionevole grado di approssimazione le conseguenze delle proprie azioni. L'applicazione di misure restrittive della libertà di circolazione, è inoltre soggetta ai principi di necessità e proporzione: una volta riscontrata nel caso concreto un'interferenza con la sfera di tutela dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, la Corte è chiamata ad operare un bilanciamento tra il rispetto del diritto garantito dalla norma in parola, da un lato, e le esigenze della collettività, dall'altro. Cfr. sul punto D.J. HARRIS – M. O'BOYLE – C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, p. 737 ss.

<sup>17</sup> Riguardo al riconoscimento di un effetto orizzontale all'art. 5 §1 Cedu cfr. J.P. MARGUENAUD, in *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, 2007, p.182.

Secondo i giudici europei l'art. 5 § 1 Cedu pone a carico degli Stati membri, non solo obblighi negativi di astensione, ma anche obblighi positivi di intervento<sup>18</sup> e in particolare, per quel che qui interessa, l'obbligo di proteggere l'individuo da privazioni arbitrarie della libertà personale, tanto nel caso in cui le stesse siano realizzate dalle autorità statali, quanto nell'ipotesi in cui responsabile diretto della privazione sia un soggetto privato (*private detention*), laddove le autorità competenti “*erano o avrebbero potuto essere a conoscenza di un pericolo effettivo ed immediato per la libertà personale*”<sup>19</sup>.

Concludere diversamente sarebbe non solo contraddittorio rispetto alla giurisprudenza della Corte in relazione agli artt. 2, 3 e 8, che individuano obblighi positivi di intervento per i Paesi membri, ma aprirebbe una lacuna nella protezione contro la detenzione arbitraria, che sarebbe incompatibile con l'importanza che la libertà personale riveste in una società democratica.

Per affermare la responsabilità dello Stato, dunque, non è necessario che la violazione dell'art. 5 § 1 Cedu sia stata posta in essere dalle autorità statali, ben potendo la privazione illegittima della libertà personale essere stata realizzata anche da un privato<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Sugli obblighi positivi, cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*, Torino, 2008, pp. 222-228 e, soprattutto, A.R. MOWBRAY, *The development of positive obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland Oregon, 2004, pp. 68-79 e D.J. HARRIS-M. O' BOYLE-C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 129 ss.

<sup>19</sup> Il principio è stato riconosciuto nel caso, *Storck c. Germania*, 16 giugno 2005, relativo al ricovero in una clinica psichiatrica, per volere dei genitori, di una ragazza maggiorenne, la Corte europea ha ritenuto la Germania responsabile, seppur indirettamente, della detenzione illegittimamente subita dalla ricorrente, sottolineando che lo Stato “*is obliged to take measures providing effective protection of vulnerable persons, including reasonable steps to prevent deprivation of liberty of which authorities have or ought to have knowledge*” § 102.

<sup>20</sup> Nel caso, *Riera Blaume c. Spagna*, sent. 14 ottobre 1999, alcune persone vittime di una setta religiosa, erano in stato di detenzione per volere delle loro famiglie e dell'associazione al fine di sottoporle ad un trattamento psicologico. La corte ha censurato il comportamento delle autorità che avevano reso possibile tale restrizione senza accertarsi della reale volontà degli interessati.

## 1.2 Il concetto di durata della privazione.

Come già precedentemente accennato, la Corte di Strasburgo ritiene che la privazione della libertà personale, per essere tale, deve spingersi “*for a not negligible length of time*”.

L’analisi della giurisprudenza offre un quadro interessante d’ipotesi in cui la Corte europea è progressivamente giunta, attraverso un’interpretazione evolutiva dell’art. 5 § 1 Cedu, a dare rilevanza ad ipotesi di privazioni molto brevi della libertà, considerando sempre più marginale la durata delle prescrizioni imposte<sup>21</sup>.

Sotto questo aspetto, presenta profili di interesse la sentenza *Gillan e Quinton c. Regno Unito*<sup>22</sup>, in cui la Corte ha qualificato come privazione della libertà personale il fermo di breve durata (una trentina di minuti) subito dai ricorrenti, che, durante una esposizione di armi a Londra nel settembre 2003, erano stati bloccati e perquisiti sul posto da alcuni agenti di polizia, in forza dei poteri previsti dagli artt. 44 e 45 del *Terrorism Act* del 2000 e dell’autorizzazione precedentemente rilasciata dall’autorità amministrativa, come previsto dall’art. 46 della stessa legge.

I giudici di Strasburgo non hanno, infatti, ritenuto condivisibile la decisione della *House of Lords*, che aveva escluso un’interferenza nella libertà personale dei ricorrenti, in virtù della breve durata e della scarsa gravità dell’episodio.

In particolare, nel riconoscere che i ricorrenti avevano subito una privazione della libertà personale, la Corte europea ha escluso che potesse essere attribuita qualsiasi tipo di rilevanza alla circostanza che la privazione della libertà dei ricorrenti si fosse protratta solo per pochi minuti e hanno sottolineato, invece, come un eventuale rifiuto da parte dei ricorrenti di rimanere sul posto e di subire la perquisizione avrebbe integrato un reato, per il quale è previsto l’arresto in flagranza.

Peraltro, i giudici di Strasburgo, alla fine, hanno rinviato l’apprezzamento sulla violazione della Convenzione all’esame svolto sotto il profilo dell’art. 8 Cedu, anch’esso ritenuto applicabile.

---

<sup>21</sup> Il principio è stato affermato per la prima volta nella decisione 7 ottobre 1976 (Commissione), *X e Y c. Svezia*, relativa alla detenzione di un o straniero protrattasi per un’ora in vista dell’espulsione.

<sup>22</sup> C.edu, sent. 12 gennaio 2010, *Gillan e Quinton c. Regno Unito* (ric. n. 4158/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 749. Sull’applicabilità dell’art. 5 § 1 Cedu in caso di fermo di breve durata, v. anche C.edu, sent. 24 giugno 2008, *Foka c. Turchia* (ric. n. 28940/95).

Nella sentenza *Iskandarov c. Russia*<sup>23</sup> in tema di *extraordinary renditions*, la Corte ha affermato che il trasporto coattivo del ricorrente, dalla Russia al Tajikistan, da parte delle forze dell'ordine russe, a bordo di un velivolo, aveva comportato una vera e propria *privazione* della libertà personale, a nulla valendo l'obiezione del governo russo secondo cui il ricorrente era rimasto sotto il controllo dei militari russi solo per poche ore<sup>24</sup>.

In altra pronuncia<sup>25</sup>, riguardante il caso di un manifestante e di alcuni passanti che erano stati trattenuti all'interno di un cordone di polizia per quasi sette ore durante una protesta contro la globalizzazione a Londra, la Grande Camera ha invece ritenuto che nel caso di specie non era configurabile una privazione della libertà personale ai sensi dell'art. 5 Cedu.

Più precisamente, i giudici di Strasburgo hanno affermato che la norma deve essere interpretata alla luce delle esigenze di prevenzione dei reati e di tutela dell'ordine pubblico, sussistenti nel caso concreto.

---

<sup>23</sup> C.edu, sent. 23 settembre 2010, *Iskandarov c. Russia* (ric. n. 17185/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1873. Per un esame approfondito della pronuncia, cfr. altresì A. COLELLA, *Dalla Corte di Strasburgo una severa condanna delle "extraordinary renditions"*, in *Riv. dir. penale contemporaneo*, 6 novembre 2010. Sulla pratica delle *extraordinary renditions*, si veda anche la dec. 6 luglio 2010, *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito* (ric. n. 24027/07, 11949/08 e 36742/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1815, relativa all'extradizione negli Usa di quattro ricorrenti, tre inglesi e uno egiziano, sospettati di aver compiuto atti preparatori di attentati terroristici contro obiettivi statunitensi.

<sup>24</sup> *Iskandarov*, cit., § 140.

<sup>25</sup> C.edu, sent. 15 marzo 2012 (Grande camera), *Austin e altri c. Regno Unito* (ric. n. 39692/09). Il 1 maggio 2001, Londra fu teatro di una serie di manifestazioni contro la globalizzazione messe in atto da alcuni gruppi di ambientalisti, anarchici ed esponenti della sinistra radicale. Gli organizzatori della protesta non comunicarono alle autorità tali iniziative né chiesero alcuna autorizzazione per porle in essere. La polizia si trovò, dunque, improvvisamente a cercare di mantenere l'ordine pubblico, la sicurezza e la quiete in *Oxford Circus*, ove si erano riunite più di 1.500 persone, alcune delle quali si mostrarono particolarmente violente. Le autorità decisero di organizzare un cordone di contenimento, quale strumento meno invasivo e più efficace per assicurare l'incolumità del pubblico avverso gli atti di violenza di alcuni dimostranti, con la previsione di un graduale rilascio dei singoli manifestanti al fine di realizzare una loro dispersione pacifica. L'operazione di rilascio si rivelò, però, molto difficoltosa e durò diverse ore (dalle ore 14.00 alle ore 21.30) a causa del comportamento aggressivo di alcuni dei dimostranti che iniziarono addirittura a lanciare detriti contro le forze dell'ordine.

I quattro ricorrenti, rispettivamente un manifestante e tre passanti estranei alle proteste, si trovarono costretti nel cordone di contenimento dal primo pomeriggio sino alla sera e, esaurite le vie di ricorso interne, hanno adito la Corte europea lamentando di essere stati privati della libertà personale senza un giustificato motivo, in violazione dell'art. 5 §1 Cedu.

La Corte osserva di essere di fronte al primo caso in cui le viene chiesto di applicare l'art. 5 Cedu con riferimento ad un cordone di contenimento posto in essere dalla polizia per motivi di ordine pubblico.

Dopo aver richiamato alcuni principi enunciati nella sua giurisprudenza in merito ai criteri di distinzione tra privazione e restrizione della libertà<sup>26</sup>, la Corte afferma che l'art. 5 Cedu deve essere interpretato alla luce delle altre disposizioni della Convenzione che impongono allo Stato di proteggere le persone contro gli atti di violenza e di aggressione.

Per la Corte di Strasburgo, l'applicazione di tale articolo non può rappresentare un ostacolo allo svolgimento delle funzioni di salvaguardia dell'ordine pubblico e di protezione della popolazione incombenti sulle forze dell'ordine.

Con riferimento alla fattispecie oggetto di giudizio, la Corte riconosce che i ricorrenti furono sottoposti ad una temporanea restrizione della libertà astrattamente riconducibile nell'ambito dell'art. 5 Cedu.

Gli accertamenti di fatto hanno, però, messo in rilievo che tale limitazione si rese assolutamente necessaria per scongiurare ed evitare l'imminente pericolo del verificarsi di gravi offese contro la popolazione ad opera di una considerevole minoranza di manifestanti violenti.

La Corte evidenzia, inoltre, che il contenimento fu posto in essere con le modalità meno invasive possibili e che la polizia cercò per tutto il pomeriggio di rilasciare gradualmente le persone, nonostante il comportamento non collaborativo e violento di molti manifestanti. Alla luce di ciò, la Corte ritiene che, nel caso di specie, non si sia verificata alcuna privazione della libertà personale in violazione dell'art. 5 Cedu.

Per la Corte, l'art. 5 Cedu non può essere interpretato in modo tale da rendere impossibile per la polizia di eseguire i compiti loro affidati di mantenimento dell'ordine e di salvaguardia della popolazione, a condizione che l'individuo sia in ogni caso protetto dall'arbitrio<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Corte e.d.u., Engel e altri, § 59; Guzzardi, §§ 92-93, Storck, § 71, tutti già citata, e anche , più di recente, Medvedyev e altri c. Francia [GC], n. 3394/03, § 73, CEDU 2010.

<sup>27</sup> Vedi Corte E.d.u., 29 gennaio 2008, Saadi c. Regno Unito [GC], n. 13229/03, §§ 67-74, CEDU 2008.



Nell'ipotesi ora esaminata è stata, quindi, considerata legittima la compressione del diritto alla libertà personale in considerazione delle ulteriori e preminenti esigenze -quali la prevenzione generale dei reati e l'ordine pubblico-, di talchè il fattore temporale è passato in secondo piano.

Questa scelta può tuttavia far discutere circa un abbassamento dello *standard* di tutela riconosciuto dalla Corte stessa nella precedente sentenza *Gillan e Quinton c. Regno Unito* del 12 gennaio 2010<sup>28</sup>.

Anche nella precedente decisione vi erano motivi di ordine pubblico che avevano determinato il fermo del ricorrente, tuttavia la Corte aveva ritenuto che, sebbene il periodo di tempo durante il quale il ricorrente era stato fermato non avesse superato i 30 minuti, durante questo periodo i ricorrenti erano stati interamente privati di ogni libertà di movimento.

Per la Corte, questo elemento di coercizione era di per sè indicativo di una privazione della libertà ai sensi dell'articolo 5 § 1 Cdu, dal momento che tali persone erano state obbligate a rimanere dove si trovavano e se avessero rifiutato sarebbero state passibili di arresto.

Non si può quindi escludere che l'uso di tecniche di contenimento e di controllo della folla possa, in particolari circostanze, dare luogo ad una ingiustificata privazione della libertà in violazione dell'articolo 5 § 1.

### **1.3 I requisiti previsti dall'art. 5 Cedu: la tassatività**

Fatte queste doverose premesse sulla distinzione tra restrizioni della libertà di circolazione che rientrano nell'ambito dell'art. 2 Protocollo n. 4 Cedu e vere e proprie limitazioni della libertà personale, rilevanti ai sensi dell'art. 5 Cedu, passiamo ora ad esaminare i principi stabiliti da quest'ultima disposizione sovranazionale.

Secondo il tenore letterale dell'art. 5 § 1 Cedu, nessuno può essere privato della libertà personale salvo che nei "casi" contemplati dalla stessa norma convenzionale e nei "modi" previsti dalla legge.

---

<sup>28</sup> Cfr. L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 2011, p.255 ss..

Le due condizioni fondamentali in presenza delle quali è consentita la privazione della libertà di un individuo sono dunque la riconducibilità ad una delle ipotesi tassative previste dall'art. 5 Cedu e la legalità della detenzione.

Comparando siffatti requisiti con quelli previsti in altri articoli della Convenzione che si riferiscono alle garanzie per la limitazione al diritto al rispetto della vita privata, alla libertà di pensiero di coscienza e di religione, alla libertà di espressione e alla libertà di riunione e di associazione, si è correttamente notato che, proprio con riguardo alla libertà di personale, manchi il richiamo alla terza condizione che figura in altre disposizioni, ovvero la necessità della restrizione<sup>29</sup>.

Va comunque riconosciuto che, in relazione alla libertà personale, sono molto più stringenti gli altri due requisiti e che in giurisprudenza si è fatto strada un *test* di arbitrarietà dotato di una certa autonomia, che sembra configurare un ulteriore presupposto, almeno in parte sovrapponibile a quello della necessità della restrizione.

In primo luogo, l'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo introduce, quindi, nella tematica dei comportamenti idonei a privare l'individuo della sua libertà personale, il "principio di tassatività".

La giurisprudenza di Strasburgo è costante nel sostenere da un lato che l'elenco delle eccezioni deve reputarsi esaustivo<sup>30</sup> e, dall'altro, che soltanto una interpretazione restrittiva delle fattispecie derogatorie risulta coerente con la

---

<sup>29</sup>Così S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., p.419, egli giustifica l'omissione con l'eterogeneità dei casi previsti dal l'art. 5 Cedu: per alcuni di questi, come per quello della lettera a), sarebbe difficile ipotizzare una verifica di necessità. Diversamente, con riferimento alle ipotesi di detenzione di cui alle lett. b (detenzione per violazione di un provvedimento legittimamente adottato da un tribunale competente ovvero per garantire l'esecuzione di un obbligo imposto dalla legge), c (detenzione nell'ambito di un procedimento penale), d (detenzione di un minore per esigenze educative o al fine di tradurlo davanti all'autorità competente) ed e (detenzione per prevenire la propagazione di una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane e di un vagabondo) Cedu: in tali ipotesi, infatti, la detenzione dovrebbe essere necessaria rispetto al pericolo di commissione di reati ovvero rispetto a generali esigenze di difesa sociale.

<sup>30</sup>Cfr. tra le tante Corte e.d.u., *Medvedyev e altri c. Francia*, cit. § 78, Corte e.d.u., *Quinn c. Francia*, 22 marzo 1995, §42; Corte e.d.u., *Guzzardi*, cit., § 96.

finalità ultima della norma che è quella di assicurare che nessuno venga arbitrariamente privato della sua libertà<sup>31</sup>.

A tal proposito, si è rilevato come la predeterminazione casistica e tassativa delle eccezionali ipotesi di privazione della libertà da parte dell'art.5 sia ben più stringente rispetto alla mera individuazione – anche attraverso formule generiche- delle finalità delle restrizioni di cui ai § 2 degli artt. 8-11 della Convenzione<sup>32</sup>.

Sul versante italiano, si è notato come la scelta dell'art. 5 Cedu di individuare un numero chiuso di fattispecie restrittive si faccia apprezzare rispetto alla riserva di legge –peraltro caratterizzata da un vuoto dei fini- dell'art.13 Cost<sup>33</sup>.

Se la nostra Carta costituzionale si è limitata a stabilire una riserva di legge e di giurisdizione, senza preoccuparsi di fissare i casi in cui la restrizione della libertà personale è ammessa; si apprezza la diretta “specificazione” cui procede l'art. 5 Cedu, anche se non si è mancato di sottolineare che la sua concreta incidenza potrebbe rischiare a sua volta “*di ridursi notevolmente per via della formulazione troppo elastica o ambigua di alcune sue clausole*”<sup>34</sup>.

La tassatività delle previsioni non esclude che, in concreto, la detenzione di una persona possa trovare giustificazione contemporanea in diverse fattispecie, tuttavia quando non è possibile sussumere la fattispecie concreta in una delle ipotesi di privazione indicate dalla norma, la Corte sancisce la violazione dell'art. 5<sup>35</sup>.

Un'ipotesi ricorrente affrontata dalla giurisprudenza di Strasburgo è quella relativa al ritardo nella liberazione del detenuto: nel caso in cui, nonostante l'emissione di un provvedimento di rilascio, la persona rimanga *in vinculis*, siffatta restrizione non trova giustificazione nelle fattispecie contemplate dalla norma in esame.

---

<sup>31</sup> *Assanidze c. Georgia*, 8 aprile 2004, § 179, *Labita c. Italia*, 6 aprile 2000, § 170, *Giulia Manzoni c. Italia*, 1 luglio 1997, § 25; *Van der Leer c. Paesi Bassi*, 21 febbraio 1990, § 22.

<sup>32</sup> S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., p.419.

<sup>33</sup> Così M. PISANI, *sub art. 5*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p.118.

<sup>34</sup> M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 176-177.

<sup>35</sup> Corte e.d.u., Sez. II, 11 maggio 2004, *Morsink c. Paesi Bassi*, § 61; Corte e.d.u., 27 maggio 1997, *Eriksen c. Norvegia*, § 76

Com'è evidente, la Corte consente un certo margine di elasticità e tollera i ritardi che siano ridotti al minimo o che siano necessari per espletare le formalità amministrative connesse alla rimessione in libertà<sup>36</sup>.

Sul piano quantitativo, la Corte ha ritenuto rilevante ai fini della violazione dell'art.5 il ritardo che si protrae oltre a qualche ora<sup>37</sup>, tenendo anche in particolare considerazione gli orari serali e notturni della privazione<sup>38</sup> e delle inefficienze dell'amministrazione<sup>39</sup>.

#### **1.4 segue: la legalità**

Accanto alla riconducibilità alle ipotesi tassativamente previste, la Convenzione fissa un secondo requisito che coincide con la legalità della privazione della libertà.

L'art. 5 Cedu richiede un duplice vaglio di legalità: da un lato, una valutazione di conformità alle norme processuali; dall'altro, un sindacato di osservanza delle norme sostanziali, anche se nell'interpretazione fornita dagli organi di Strasburgo i due riferimenti finiscono per sovrapporsi in un unico concetto.

La dottrina ha in proposito osservato che la legalità presuppone sia una verifica di conformità alle regole sostanziali e processuali del diritto interno, sia un vaglio di congruità della detenzione rispetto allo scopo individuato dall'art. 5 Cedu<sup>40</sup>.

Analizzando, tuttavia, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sembra più corretto sostenere che la legalità presuppone un triplice vaglio: anzitutto sulla

---

<sup>36</sup>Corte e.d.u., *Giulia Manzoni c Italia*, 1 luglio 1997, § 25, la quale in un caso di ritardo di sette ore ha escluso la violazione dell'art. 5; *Rashid c. Bulgaria*, 18 gennaio 2007, § 78.

<sup>37</sup>Si è valutato eccessivo un ritardo di undici ore nel caso *Quinn c. Francia*, 22 marzo 1995, § 42 e di più di un giorno nel caso *Bojinov c. Bulgaria*, 28 ottobre 2004, §§ 37-39.

<sup>38</sup>*Campanovici c. Romania*, 1 luglio 2008, § 77.

<sup>39</sup>*Labita c. Italia*, 6 aprile 2000 § 172 con nota di A. ESPOSITO, *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 244.

<sup>40</sup>M. DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, 1997, p.105; O. MAZZA, in AA. VV., *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di M.G. Coppetta, Torino, 2005, p. 50; P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano, 2005, p.148.

conformità della detenzione al diritto nazionale; in secondo luogo sulla “qualità” del diritto nazionale; infine sull’eventuale arbitrarietà della detenzione<sup>41</sup>.

Per il diritto di Strasburgo, quindi, la privazione della libertà personale non può innanzitutto essere considerata legittima laddove sia stata disposta in esecuzione di un provvedimento delle autorità nazionali contrario alle regole sostanziali e processuali dello Stato in cui viene emanato<sup>42</sup>.

Perché la detenzione possa considerarsi “legittima”, tuttavia, non è sufficiente che la privazione della libertà personale abbia una base legale nell’ordinamento interno (o internazionale) richiedendosi anche un rispetto dei principi generali espressi o impliciti esistenti, ed in particolare la compatibilità con il principio della certezza del diritto.

La Corte deve pertanto verificare la qualità del diritto, ossia che il diritto nazionale sia compatibile con il canone della *rule of law*, la quale permea di sé tutte le disposizioni della Convenzione<sup>43</sup>.

In particolare, si richiede che la legge interna sia sufficientemente precisa ed adeguatamente accessibile da consentire ai cittadini di prevedere in termini ragionevoli le conseguenze delle proprie azioni<sup>44</sup>.

Per altro verso si è puntualizzato che la qualità del diritto non è un fine a se stante e non deve essere valutata in astratto: essa diviene rilevante solo ed esclusivamente se, in considerazione delle circostanze del caso, risulta che la scarsa qualità ha effettivamente pregiudicato i diritti dell’interessato.

Sempre con riguardo al rispetto dei principi fondamentali da parte del diritto nazionale, la Corte ha sostenuto che alla base del richiamo alla “*procedure prescribed by law*” vi è la nozione di procedura equa e adeguata, l’idea che ogni

---

<sup>41</sup> Cfr. M. GIALUZ, *Art. 5 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, p. 151.

<sup>42</sup> Corte e.d.u., 13 gennaio 2011, *Haidn c. Germania*, § 79; Corte e.d.u., *Iskandarov c. Russia*, cit.; Corte e.d.u., 29 gennaio 2008, *Saadi c. Regno Unito*, § 67.

<sup>43</sup> Cfr. B. BELDA, *Les droits de l’homme des personnes privées de liberté*, Contribution à l’étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l’homme, 2010, p. 444 ss.

<sup>44</sup> Il concetto di qualità della legge in materia di privazione della libertà personale è stato applicato per la prima volta in *Amuur*, cit., § 50. Sul punto, vedi anche sent. 23 settembre 1998, *Steel c. Gran Bretagna*, (ric. n. 67/1997/851/1058), § 74. Sulla nozione di legalità della privazione della libertà personale, in dottrina, cfr., B. EMMERSON-A. ASHWORTH-A. MACDONALD, *Human rights and criminal justice*, Londra, 2007, pp. 237 ss.; D. J. HARRIS-M. O’BOYLE-C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 138 ss.; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2009, pp. 97 ss.

misura privativa della libertà provenga da un'autorità qualificata<sup>45</sup>, che sia eseguita da siffatta autorità e non abbia carattere arbitrario.

Viene inoltre richiesto che la privazione della libertà venga regolata in modo preciso e puntale, che venga registrata la data, l'ora e il luogo di inizio della privazione della libertà, i motivi che la giustificano e i nomi delle persone che ne sono responsabili<sup>46</sup>.

### **1.5 segue: la non arbitrarietà**

Dalla finalità ultima sottesa all'art. 5 Cedu, la giurisprudenza europea ha ricavato l'esigenza che la base legale sia configurata in maniera da proteggere l'individuo da privazioni arbitrarie della libertà personale.

Il requisito della non arbitrarietà viene talvolta riferito espressamente alla legalità<sup>47</sup>, oppure viene ricondotto implicitamente a tale condizione; tuttavia, nella giurisprudenza più recente tende ad assumere una propria autonomia<sup>48</sup>.

La Corte non ha fornito una definizione di "arbitrarietà", ma ne ha richiamato l'applicazione ogniqualvolta, nonostante il formale rispetto del diritto nazionale, si è riscontrato un elemento di male fede o di inganno da parte delle autorità, oppure quando le autorità nazionali non si sono impegnate ad applicare la legislazione rilevante in modo corretto<sup>49</sup>.

La non arbitrarietà postula inoltre che il provvedimento restrittivo e la sua esecuzione siano autenticamente conformi allo scopo delle limitazioni consentite dallo stesso art. 5 § 1 Cedu<sup>50</sup>.

Essa domina l'insieme dell'art. 5 Cedu e riguarda sia il momento iniziale di adozione della misura, sia la fase di esecuzione della suddetta misura.

---

<sup>45</sup> Corte e.d.u., 24 novembre 1994, *Kemmache c Francia*, § 37

<sup>46</sup> Corte e.d.u., Grande Camera, 8 luglio 1999, *Cakici c Turchia*, § 104-105

<sup>47</sup> Cfr. J.P. MARGUENAUD, in *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 185.

<sup>48</sup> Cfr. M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2001, p.199.

<sup>49</sup> Corte e.d.u. *Saadi*, cit., § 69; *Conka c. Belgio*, 5 febbraio 2002, § 42; Corte e.d.u. *Bozano c. Francia*, 18 dicembre 1986, § 59.

<sup>50</sup> Corte e.d.u. *Enhorn c. Svezia*, 25 gennaio 2005, § 44; Corte e.d.u. *Witold Litwa c. Polonia*, 4 aprile 2000, § 78.

Così, una misura che priva della libertà personale una persona, seppure inizialmente giustificata, può diventare sproporzionata e violare i diritti di questa se si prolunga automaticamente oltre un certo periodo: ciò può avvenire, ad esempio, allorché le autorità statali ordinino la prosecuzione dell'internamento in un ospedale psichiatrico giudiziario di un soggetto nonostante sia venuto meno il disturbo psichico che ne aveva legittimato inizialmente il ricovero<sup>51</sup>; oppure allorché le autorità, durante la detenzione dello straniero nelle more del procedimento di espulsione, omettano di attivarsi con la doverosa diligenza per creare le condizioni che rendano possibile l'allontanamento.

In tali ipotesi, dunque, la detenzione diviene arbitraria e deve cessare immediatamente<sup>52</sup>.

Il diritto di Strasburgo richiede inoltre -con riferimento alle ipotesi di detenzione sub art. 5 lett. b (detenzione per violazione di un provvedimento legittimamente adottato da un tribunale competente ovvero per garantire l'esecuzione di un obbligo imposto dalla legge) d (detenzione di un minore per esigenze educative o al fine di tradurlo davanti all'autorità competente) ed e) Cedu-, che la detenzione sia "necessaria" rispetto allo scopo perseguito.

Con riguardo invece alla detenzione preventiva di cui alla lettera c) e alla privazione di cui alla lettera f) (arresto o detenzione di una persona per impedirle di entrare illegalmente in un territorio oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione), siffatto requisito di proporzionalità viene tradizionalmente valutato sotto il profilo della ragionevolezza della protrazione della misura cautelare.

La dottrina, da un lato ha sottolineato come la verifica della necessità della misura sia più preciso rispetto a quello di arbitrarietà<sup>53</sup>, dall'altro ha auspicato un impegno da parte della Corte del canone della proporzionalità sul versante dell'art.5

---

<sup>51</sup> Il principio è stato affermato per la prima volta nella sent. 24 ottobre 1979, *Winterwerp c. Paesi Bassi* (ric. n. 6301/73).

<sup>52</sup> Sul principio di proporzionalità della privazione della libertà personale rispetto allo scopo legittimo perseguito con la medesima, cfr. B. EMMERSON-A. ASHWORTH- A. MACDONALD, *Human rights and criminal justice*, cit., pp. 243-244.

<sup>53</sup> Cfr. S. TRECHSEL, *op. cit.*, p. 421

analogo a quello realizzato per i diritti fondamentali riconosciuti dagli artt. 8-11, quale rimedio contro la crescita dei tassi di incarcerazione in Europa<sup>54</sup>.

### **1.6      Le limitazioni alla libertà in funzione cautelare**

Le ipotesi tassativamente previste di limitazione alla libertà personale elencate nell'art. 5 Cedu possono essere distinte in misure derivanti: da una condanna (lett. a); dall'adempimento di un obbligo giuridico (lett. b); dalla traduzione dinanzi all'Autorità Giudiziaria (lett. c); da esigenze educative di un minore o sua traduzione dinanzi all'Autorità Giudiziaria (lett. e); di difesa sociale (lett. e); dall'espulsione di uno straniero (lett.f).

Tralasciando l'analisi di tutte le singole fattispecie, qui si è scelto di esaminare le garanzie che devono presiedere all'adozione, nei singoli Stati aderenti, di misure limitative dello *status libertatis* in funzione di cautela processuale.

La custodia cautelare dell'indiziato di reato in attesa di giudizio è sicuramente l'istituto più discusso in tema di privazione della libertà personale, nel quale ciascuno Stato misura "la qualità garantista della giurisdizione penale"<sup>55</sup>.

Infatti, il valore supremo della libertà personale induce ad affermare che, nelle more dell'accertamento giudiziario, la regola sia quella della assenza di coercizioni – l'imputato dovrebbe affrontare libero il processo – e che, pertanto, eventuali restrizioni possano essere adottate soltanto in via eccezionale e in presenza di presupposti ben precisi.

Numerosi sono gli studi in materia ed i tentativi volti ad assicurare un utilizzo delle misure restrittive non solo conforme ai principi generali e ai valori sottesi alla nostra Carta fondamentale, ma anche tale da assicurare – in concreto – la minore privazione possibile della libertà.

L'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo può fornire in quest'ottica un prezioso aiuto al fine di comprendere se, nella prassi, il

---

<sup>54</sup> Cfr. S. SNACKEN, *A reductionist penal policy and European human rights standards*, *European journal on Criminal Policy and Research*, Springer, 2006, p. 159 ss..

<sup>55</sup> Così G. ZACCARO, in *Introduzione* atti del Convegno "Misure cautelari e libertà personale", in *Questione Giustizia*, ottobre 2014, p. 4.



ricorso alla misura carceraria in funzione cautelare da parte degli Stati aderenti, sia rispettosa degli *standards* minimi di tutela previsti dalla Convenzione.

La Corte di Strasburgo è innanzitutto costante nell'affermare che la persona che sia sospettata di aver commesso un reato può essere privata della libertà solo in circostanze eccezionali<sup>56</sup>.

La detenzione di una persona è una misura così grave che può giustificarsi solo come *extrema ratio*, quando altre, meno gravi, misure sono state prese in considerazione e sono state ritenute insufficienti a salvaguardare l'interesse individuale o collettivo che viene in rilievo<sup>57</sup>.

In una recente sentenza che ha riguardato l'Italia, la Corte ed ha precisato che *"l'applicazione della custodia cautelare e la sua durata dovrebbero essere ridotte al minimo compatibile con gli interessi della giustizia. Gli Stati dovrebbero, al riguardo, assicurarsi che la loro legislazione e la loro prassi siano conformi alle disposizioni pertinenti della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo ed alla giurisprudenza dei suoi organi di controllo e lasciarsi guidare dai principi enunciati nella Raccomandazione n. R (80) 11 in materia di custodia cautelare per quanto riguarda, in particolare, i motivi che consentono l'applicazione della custodia cautelare"*<sup>58</sup>.

La Corte dei diritti dell'uomo ritiene che sia opportuno fare un uso più ampio possibile delle alternative alla custodia cautelare *"quali ad esempio l'obbligo, per l'indagato, di risiedere ad un indirizzo specificato, il divieto di lasciare o di raggiungere un luogo senza autorizzazione, la scarcerazione su cauzione, o il controllo e il sostegno di un organismo specificato dall'autorità giudiziaria"*, spingendosi fino al punto di *"valutare attentamente la possibilità di controllare tramite sistemi di sorveglianza elettronici l'obbligo di dimorare nel luogo precisato"*.

Al fine di sostenere il ricorso efficace e umano alla custodia cautelare, prosegue la Corte europea *"è necessario impegnare le risorse economiche e umane necessarie e, eventualmente, mettere a punto i mezzi procedurali e tecnici di gestione appropriati"*.

---

<sup>56</sup> Corte e.d.u., *Lelièvre c. Belgio*, 8 novembre 2007; Corte e.d.u., *Vafiadis c. Grecia*, 2 luglio 2009.

<sup>57</sup> Cfr in proposito S. SNACKEN, *A reductionist penal policy and European human rights standards*, cit., p.143-164.

<sup>58</sup> Corte e.d.u. 8 gennaio 2013 *Torreggiani ed altri, contro Italia*.

In quest'ottica, la carcerazione preventiva deve essere soluzione estrema, da applicare solamente allorché le altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti<sup>59</sup>.

### **1.7 segue: le alternative alla misura cautelare in carcere**

Attesa la necessità di utilizzare la carcerazione preventiva solo in casi eccezionali, e predicato il ricorso a strumenti alternativi, la Corte di Strasburgo non si è sottratta dall'analizzare la conformità ai principi stabiliti dalla Convenzione delle misure alternative alla custodia in carcere.

Riprendendo la distinzione tra misure private e restrittive della libertà personale, la Corte europea ha stabilito la riconducibilità delle misure alternative - a seconda della maggiore o minore incidenza nella sfera di libertà del soggetto-, nell'ambito di tutela dell'art.5 Cedu, ovvero della libertà di circolazione, ex 2 Prot. n. 4 Cedu.

Innanzitutto, la Corte europea ha ritenuto che l'imposizione dell'obbligo di restare a casa per l'intera giornata integri una privazione della libertà personale, anche nel caso in cui la polizia non eserciti controlli rigorosi e il soggetto possa in qualsiasi momento allontanarsi impunemente dalla propria abitazione<sup>60</sup>.

Problematica risulta, invece, la qualificazione dell'obbligo di soggiornare nella propria abitazione per un periodo inferiore alle ventiquattro ore al giorno.

Nella decisione *Trijonis c. Lituania*<sup>61</sup> del marzo 2005, la Corte ha dichiarato che gli arresti domiciliari con facoltà di allontanarsi dalla propria abitazione per lavorare e l'obbligo di rimanere nella propria abitazione tra le ore 19 e le 7 nel corso della settimana e tutta la giornata dei fine settimana, non equivalessero a una privazione di libertà, ma a una restrizione della libertà di circolazione.

Ai fini della qualificazione dell'obbligo di soggiornare nella propria abitazione come meramente restrittivo della libertà, la Corte di Strasburgo ha

---

<sup>59</sup> Corte e.d.u., 8 novembre 2007, *Lelièvre c. Belgio*; Corte e.d.u., 2 luglio 2009, *Vafiadis c. Grecia*.

<sup>60</sup> Cfr. C.edu, sent. 30 marzo 2006, *Pekov c. Bulgaria* (ric. n. 50358/99), § 73, in cui la Corte ha rigettato l'eccezione del Governo bulgaro secondo cui il ricorrente non era stato privato della libertà personale in quanto non era sottoposto a controlli da parte della polizia e conseguentemente avrebbe potuto allontanarsi impunemente dalla propria abitazione.

<sup>61</sup> C.edu, sent. 17 marzo 2005, *Trijonis c. Lituania* (ric. n. 2333/02).

attribuito un peso determinate alla circostanza che all'interessato fosse stata riconosciuta la possibilità di risiedere nella propria abitazione insieme ai propri familiari e di svolgere un'attività lavorativa.

Sembra, allora, condivisibile l'osservazione secondo cui dalla citata pronuncia potrebbe trarsi il principio per il quale non si può ritenere integrata una privazione della libertà personale laddove al soggetto venga concesso di mantenere un normale equilibrio nella propria vita privata e lavorativa<sup>62</sup>.

Ci si può chiedere, tuttavia, se una tale conclusione possa essere messa in discussione alla luce della successiva sentenza *Storck c. Germania* del giugno 2005, nella quale la Corte europea ha affermato che si configura una privazione della libertà nell'ipotesi in cui l'individuo venga costretto “*in particular restricted space for a not negligible length of time*”<sup>63</sup>.

Si è sostenuto, infatti, che laddove si dovesse riconoscere a tale principio validità generale, si dovrebbe concludere nel senso che anche l'imposizione dell'obbligo di restare nella propria abitazione per un periodo di tempo inferiore alle ventiquattro ore al giorno integri una privazione della libertà ai sensi dell'art. 5 § 1 Cedu<sup>64</sup>.

In caso contrario, infatti, si finirebbe con l'attribuire una differenza nella valutazione del contenuto afflittivo della misura ordinata in considerazione del solo fatto che il sottoposto sia stato costretto a soggiornare nella propria abitazione, anziché in un istituto pubblico (nel caso *Storck*, lo ricordiamo, la ricorrente era stata ricoverata in una clinica psichiatrica).

Dalla giurisprudenza sopra esaminata emerge come la questione della natura (privativa o restrittiva della libertà) delle misure che comportano l'obbligo di soggiorno nella propria abitazione sia estremamente controversa.

Nel caso *Ciobanu c. Roumania e Italia*<sup>65</sup> il ricorrente si era rivolto alla Corte europea dei diritti dell'uomo a seguito del rifiuto dei tribunali rumeni di dedurre la

---

<sup>62</sup> In questo senso, v. anche D.J. HARRIS-M. O'BOYLE- C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 125.

<sup>63</sup> *Storck*, cit., § 74.

<sup>64</sup> Sul punto, cfr. D.J. HARRIS- M. O'BOYLE- C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 125.

<sup>65</sup> Corte E.d.u., 9 luglio 2013, *Ciobanu c. Roumania e Italia* - Ricorso n. 4509/08 - § 54-66.

durata degli arresti domiciliari scontati in Italia dalla sua pena detentiva in Romania.

Al Ciobanu era stata inizialmente applicata la custodia cautelare in carcere poi sostituita dalla misura degli arresti domiciliari con facoltà di allontanarsi dalla propria abitazione per andare al lavoro che durò fino alla sua estradizione verso la Romania.

Il ricorrente, mettendo in evidenza che per l'ordinamento italiano il periodo di privazione della libertà sofferto prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile, debba essere detratto dalla durata della pena detentiva, aveva sostenuto l'illegittimità della sua detenzione.

Per il Governo rumeno, invece, gli arresti domiciliari con facoltà di allontanarsi dalla propria abitazione per lavorare non potevano equivalere ad una privazione della libertà, ma dovevano essere considerati una mera limitazione della libertà di circolazione e pertanto non potevano essere computati con riguardo alla pena finale.

Nella sentenza, la Corte ha osservato che nel diritto italiano, una persona sottoposta agli arresti domiciliari si considera sottoposta a custodia cautelare, anche se è autorizzata ad uscire per lavorare (art. 284 c.p.p.).

Quindi per l'ordinamento italiano non si pone un problema di valutare se la misura cautelare degli arresti domiciliari rientra nella previsione dell'art. 5 Cedu essendo comunque qualificata nell'ordinamento interno come una misura privativa della libertà personale equivalente alla detenzione in carcere<sup>66</sup>.

In una precedente decisione del 2001<sup>67</sup>, la Corte aveva stabilito che vi era stata una violazione dell'art. 5 § 1 Cedu perché i ricorrenti, nonostante avessero ottenuto dal Tribunale del riesame gli arresti domiciliari in sostituzione della custodia in carcere, erano stati trasferiti presso la loro abitazione con un ritardo di tre giorni a causa della mancanza del servizio di polizia che avrebbe dovuto dare esecuzione al provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Di particolare interesse la *dissenting opinion* dei giudici Conforti, Levits e Kovler, i quali hanno sottolineato che nel caso in esame si era passati da una forma

---

<sup>66</sup> Cass. Pen, sez. IV 15 marzo 2005 n. 45113 in *Guida al diritto* 2006, 17, p. 105; Cass. pen., sez. VI, 21 marzo 1994, in Cass. pen. 1995, 2546.

<sup>67</sup> Corte e.d.u., 2 agosto 2001, *Vittorio e Luigi Mancini c. Italia*, n. 44955/98, § 13-26.

di privazione della libertà più incisiva ad un'altra, ma che la detenzione non poteva dirsi comunque cessata, con conseguente impossibilità di dichiarare la violazione dell'art. 5 Cedu<sup>68</sup>.

Questa seconda impostazione pare più coerente rispetto a quanto sostenuto dai giudici nella decisione *Ciobanu c. Roumania e Italia*, ove la Corte ha confermato che per l'ordinamento italiano vi è equivalenza tra detenzione in carcere e arresti domiciliari.

La maggioranza dei giudici (quattro contro tre) ha invece ritenuto che vi fossero considerevoli differenze tra il caso in esame e il precedente *Ashingdane c. United Kingdom*<sup>69</sup>, ove la Corte aveva escluso che vi fosse stata una violazione dell'art.5 Cedu in caso di ritardo del trasferimento del detenuto da un ospedale psichiatrico all'altro.

Si è sostenuto che mentre il trasferimento in altro ospedale psichiatrico anche se può comportare un significativo miglioramento della situazione generale del paziente, non modifica il tipo di privazione della libertà a cui un richiedente è sottoposto; lo stesso non si può dire in caso di sostituzione della detenzione in carcere con gli arresti domiciliari.

A differenza degli arresti domiciliari, la detenzione in carcere richiede l'integrazione dell'individuo in una organizzazione complessiva, la condivisione delle attività e delle risorse con altri detenuti, e uno stretto controllo da parte delle autorità degli aspetti principali della sua vita giorno per giorno.

Il cambiamento nella natura del luogo di detenzione da un ente pubblico a una casa privata per la Corte costituisce pertanto un elemento di notevole rilevanza.

Una pronuncia chiarificatrice della Corte in merito ai criteri di valutazione del contenuto affittivo di tali misure restrittive della libertà è fortemente auspicabile, tuttavia possiamo affermare che dall'analisi delle precedenti sentenze

---

<sup>68</sup> "I regret that I cannot concur with the majority in this case. Whilst I do not find the position adopted by the Court in *Ashingdane* very convincing and think that it may merit some reappraisal, I find it difficult to agree that there are substantial differences between *Ashingdane* and the present case. In my opinion it is the analogies between the two cases that are important, the differences being insignificant. The crucial point is that in both cases there was a transition from a stricter form of detention to a more liberal one. In both cases therefore the detention did not cease to be – to use the words of the Court in *Ashingdane* – a "lawful detention" entailing any greater limitations than those provided for under Article 5 § 1 (c) of the Convention. This being so, I do not think it is possible to find that there has been a violation of the Convention".

<sup>69</sup> Corte e.d.u., 28 Maggio 1985, *Ashingdane v. the United Kingdom*, § 47.

si può notare come il vaglio della Corte europea si fa più stringente a seconda del grado e dell'intensità della privazione, rendendo rilevante anche il ritardo nel passaggio da una forma più afflittiva ad un'altra.

### **1.8 Le misure cautelari non detentive**

Come precedentemente affermato, la garanzia di cui all'art. 5 § 1 Cedu non opera nei confronti delle misure che comportano una mera restrizione della libertà personale, la cui legittimità va pertanto vagliata alla stregua dei criteri fissati dall'art. 2 Prot. n. 4 Cedu. posto a tutela della libertà di circolazione.

Se il divieto di trasferire la residenza in un comune diverso<sup>70</sup>, l'obbligo di presentarsi al commissariato di polizia una volta al giorno<sup>71</sup> e il divieto di espatrio, nel diritto di Strasburgo vengono pacificamente considerate mere restrizioni della libertà di circolazione, il problema si pone, invece, con riferimento all'imposizione dell'obbligo di soggiorno nella propria abitazione.

La nostra giurisprudenza ritiene che l'obbligo di dimora, strutturato nel divieto, per il sottoposto alla misura, di allontanarsi dal territorio di un determinato comune, è istituito ontologicamente diverso e contrapposto rispetto alle misure coercitive detentive degli arresti domiciliari e della custodia carceraria.

In quest'ottica è stato stabilito che il "*divieto di allontanarsi dalla propria abitazione in alcune ore del giorno*", senza pregiudizio per le normali esigenze di lavoro, che il giudice può prescrivere ex art. 283, comma 4, c.p.p., non possa avere ad oggetto un numero tale di ore, nell'arco della giornata, talmente elevato da renderla assimilabile agli arresti domiciliari con facoltà di allontanamento per poter svolgere l'attività lavorativa<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Cfr. C.edu, 20 aprile 2010, *Villa c. Italia* (ric. n. 19675/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1297.

<sup>71</sup> Nella decisione C.edu, sent. 30 marzo 2010, *Cipriani c. Italia* (ric. n. 22142/07), § 3, la Corte ha escluso che l'imposizione nei confronti del ricorrente della misura di prevenzione dell'obbligo di presentarsi settimanalmente alla polizia giudiziaria e del divieto di allontanarsi dal comune di residenza avesse comportato una privazione della sua libertà personale.

<sup>72</sup> Per Cass. Pen., sez. I, 19 gennaio 2012, n. 3664: "*Ai fini della determinazione della pena detentiva da eseguire a seguito di condanna per un determinato reato, la misura cautelare dell'obbligo di dimora subita in relazione ad esso, qualora sia accompagnata dall'arbitraria imposizione all'imputato di obblighi tali da renderla assimilabile al regime degli arresti domiciliari*

Al di là delle etichette, quindi, se nell'ordinamento interno le prescrizioni imposte con l'obbligo di dimora risultano così stringenti da renderle analoghe al regime degli arresti domiciliari, saremo in una ipotesi di privazione della libertà personale ai sensi dell'art. 5 Cedu.

Negli altri casi la valutazione dovrà essere compiuta con riguardo alla libertà di circolazione e alla sfera di tutela dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu.

Per la Corte di Strasburgo, non è per se stesso discutibile che lo Stato possa applicare varie misure che restringono la libertà di un accusato per assicurare il corretto ed efficiente esercizio di un'azione penale. Tuttavia, occorre verificare che tali misure, ed in particolare la loro durata, siano proporzionate agli scopi richiesti<sup>73</sup>.

Secondo il diritto di Strasburgo, infatti, le autorità nazionali non sono legittimate a mantenere restrizioni sulla libertà di circolazione del ricorrente per un lungo periodo di tempo senza procedere ad accertamenti periodici della loro giustificazione<sup>74</sup>.

La Corte europea non è invero pervenuta sempre alle medesime conclusioni nella valutazione del rispetto del requisito della proporzione nel caso di varie misure finalizzate a garantire la presenza dell'imputato al processo.

Così nella sentenza *Fedorov e Fedorova c. Russia*<sup>75</sup> del 2005 – relativa all'imposizione nei confronti del ricorrente, imputato in un procedimento penale, del divieto di allontanarsi dal comune di residenza per un periodo di sei anni – i giudici europei hanno escluso una violazione della suddetta norma convenzionale affermando che la durata della misura non poteva considerarsi sproporzionata rispetto allo scopo legittimo di assicurare la presenza dell'imputato al processo.

Diversamente, nella sentenza *Bessenyei c. Ungheria*<sup>76</sup>, in cui la Corte europea ha ritenuto che il divieto imposto al ricorrente, imputato per il delitto di

---

(nella specie, la previsione del divieto di allontanarsi dall'abitazione estesa all'intera giornata) è fungibile con la pena inflitta". Nello stesso senso v. Cass. pen., sez. I, 28 novembre 2007 n. 47428.

<sup>73</sup> Cfr. Corte e.d.u., *Nagy v. Hungary* 6 July 2004, n. 6437/02; Corte e.d.u., *Fedorov and Fedorova*, § 41; Corte e.d.u. *Petre c. Romania*, 27 June 2006, n. 71649/01, § 47. "The Court reiterates that it is not in itself questionable that the State may apply various preventive measures restricting the liberty of an accused in order to ensure the efficient conduct of a criminal prosecution, in so far as such a measure, and in particular its duration, is proportionate to the aims sought".

<sup>74</sup> Cfr., sul punto, sent. 21 dicembre 2006, *Bartik c. Russia* (ric. n. 55565/00).

<sup>75</sup> Sent. 13 ottobre 2005, *Fedorov e Fedorova c. Russia* (ric. 31008/02).

<sup>76</sup> Corte edu, 21 ottobre 2008, *Bessenyei c. Ungheria* (ric. N. 37509/06).

contraffazione, di lasciare il paese per tutta la durata del procedimento penale avesse costituito una interferenza ingiustificata e sproporzionata nella libertà di circolazione del medesimo in quanto tale divieto veniva mantenuto automaticamente per un periodo di più di due anni, senza nuovi accertamenti periodici della sua giustificazione.

Nella successiva sentenza *Rosengren c. Romania*<sup>77</sup>, al ricorrente, imputato per bancarotta fraudolenta, era stato proibito di allontanarsi dal comune di residenza per tutta la durata del procedimento penale (protrattosi per sei anni e tre mesi), benché il periodo massimo di durata della misura fosse di 5 anni.

La Corte ha quindi riconosciuto una violazione dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, per superamento della sua durata massima e perché le corti nazionali non hanno offerto comunque alcuna ragione pertinente per applicare o prolungare la misura, benché il richiedente l'impugnasse ripetutamente<sup>78</sup>.

Attesa la riconosciuta importanza di limitare la custodia cautelare in carcere, all'interno dell'Unione europea si è fatta largo l'esigenza di dare reciproco riconoscimento alle varie misure alternative alla custodia cautelare contemplate all'interno dei singoli Stati<sup>79</sup>.

Attualmente, infatti, le misure cautelari non detentive (ad esempio l'obbligo di presentarsi alla polizia giudiziaria o il divieto di espatrio) non possono essere recepite né eseguite al di là delle frontiere, poiché gli Stati non riconoscono i provvedimenti giudiziari stranieri emessi in materia.

La persona non residente nello Stato del processo corre il rischio di essere posta in custodia cautelare in attesa di processo, laddove un residente non lo sarebbe.

---

<sup>77</sup> Corte edu, 24 aprile 2008, *Rosengren c. Romania* (ric. n. 70786/01).

<sup>78</sup> Con riferimento all'imposizione dell'obbligo di soggiorno, cfr. sent. 22 novembre 2005, *Antonenkov e altri c. Ucraina* (ric. n. 14183/02); sent. 7 dicembre 2006, *Invanov c. Ucraina* (ric. n. 15007/02). Con riferimento al divieto di lasciare il territorio nazionale, cfr. sent. 23 maggio 2006, *Riener c. Bulgaria* (ric. 46343/99); sent. 31 ottobre 2006, *Földes e Földesné Hajlik c. Ungheria* (ric. n. 41463/02).

<sup>79</sup> Cfr. *Libro verde sul reciproco riconoscimento delle misure cautelari non detentive*, COM(2004) 562, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).



La decisione quadro del 2009 sulle misure cautelari in quanto alternativa alla custodia cautelare (ordinanza cautelare europea)<sup>80</sup> consente agli Stati membri dell'UE di effettuare questo riconoscimento, permettendo ad una persona residente in uno Stato membro, ma sottoposta a procedimento penale in un secondo Stato membro, di essere sorvegliata dalle autorità dello Stato in cui risiede in attesa del processo.

In tal modo, si conseguono notevoli risparmi di denaro, si riduce il numero di detenuti in attesa di giudizio nell'Unione europea e si rafforza il diritto alla libertà e la presunzione d'innocenza nell'Unione europea, diminuendo il rischio di disparità di trattamento nei confronti degli indagati che non risiedono nel paese in cui sono avviate le indagini.

All'apertura del giudizio, l'indagato che rifiuti di comparire volontariamente può essere trasferito a forza nel paese in cui ha luogo il procedimento.

Agli Stati membri era stato dato tempo fino al 1 dicembre 2012 per recepire questo strumento nelle loro disposizioni legislative nazionali, attualmente però solamente dodici Stati hanno provveduto, e tra questi non figura l'Italia<sup>81</sup>.

### **1.9 La detenzione a seguito di condanna non definitiva**

Prima di procedere con l'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo con riguardo ai requisiti previsti dagli Stati aderenti per l'adozione ed il mantenimento della misura cautelare in carcere, occorre svolgere un'ultima precisazione.

---

<sup>80</sup> Decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare.

<sup>81</sup> Cfr. *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione da parte degli Stati membri delle decisioni quadro 2008/909/GAI, 2008/947/GAI e 2009/829/GAI* relative al reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative alla detenzione cautelare del 5 febbraio 2014. Gli Stati che hanno recepito la decisione quadro 2009/829/GAI sull'ordinanza cautelare europea sono l'Austria (1.8.2013) la Repubblica ceca (1.1.2014) la Danimarca (1.12.2012) la Finlandia (1.12.2012) la Croazia (1.7.2013) Ungheria (1.1.2013) Lettonia (1.7.2012) Paesi Bassi (1.11.2013) Polonia (1.12.2012) Romania (25.12.2013) Slovenia (20.9.2013) Slovacchia (1.7.2013).

Per la Corte di Strasburgo la detenzione conseguente ad una decisione di condanna anche non definitiva non rientra nell'ipotesi di cui alla lettera c) dell'art. 5 Cedu bensì nella lettera a) dell'art. 5 § 1 Cedu.

La Convenzione europea legittima la detenzione subita in esecuzione di una decisione giurisdizionale di condanna, ove per *condanna*, deve intendersi “*una pronuncia che contenga una dichiarazione di colpevolezza conseguente all'accertamento legale di un'infrazione e l'inflizione di una pena detentiva o altra misura di privazione della libertà personale*”<sup>82</sup>.

La sentenza non deve essere necessariamente definitiva, essendo sufficiente per giustificare la privazione della libertà personale una decisione emessa a seguito di un giudizio di primo grado<sup>83</sup>, senza che assuma rilievo l'eventuale proposizione di impugnazioni o, addirittura la successiva riforma della decisione in accoglimento delle stesse impugnazioni<sup>84</sup>.

Per la giurisprudenza europea è quindi possibile che le sentenze di condanna siano eseguibili prima del loro passaggio in giudicato.

In Italia, in conformità al principio della presunzione di innocenza, nessuna forma di esecutività è invece prevista per le sentenze e i decreti penali di primo grado (art. 650 c.p.p.), sicchè le restrizioni alla libertà personale anteriori alla condanna definitiva sono consentite nei confronti di un imputato solo in presenza dei presupposti cautelari.

La Convenzione europea è in questo senso meno garantista rispetto al nostro ordinamento.

Si è in proposito osservato, che in tal modo si è deciso di non far dipendere l'osservanza delle disposizioni pattizie dalle scelte operate dalle singole discipline nazionali in materia, pervenendo ad una distinzione adeguata tra le ipotesi

---

<sup>82</sup> Definizione risalente alla sent. 24 giugno 1982, *Van Droogenbroeck c. Belgio* (ric. n. 7906/77), § 35 e tuttora utilizzata.

<sup>83</sup> Cfr. sent. 27 giugno 1968, *Wemhoff c. Germania*, § 9.

<sup>84</sup> Cfr. sent. 10 giugno 1996, *Benham c. The United Kingdom*, Raccolta 1996-III, p. 753, par. 42: “*Detention will in principle be lawful if it is carried out pursuant to a court order. A subsequent finding that the court erred under domestic law in making the order will not necessarily retrospectively affect the validity of the intervening period of detention. For this reason, the Strasbourg organs have consistently refused to uphold applications from persons convicted of criminal offences who complain that their convictions or sentences were found by the appellate courts to have been based on errors of fact or law (cfr. Bozano v. France judgment of 18 December 1986, Series A no. 111, p. 23, para. 55, and the report of the Commission of 9 March 1978 on application no. 7629/76, Krzycki v. Germany, Decisions and Reports 13, pp. 60-61)*”.

integrative dall'art. 5 comma 1 lett. a Cedu e quelle di applicabilità dell'art. 5 comma 3 Cedu, escludendo dall'area di incidenza di quest'ultimo la detenzione subita dopo che sia intervenuta una condanna anche solamente di prima istanza<sup>85</sup>.

La verifica delle misure cautelari adottate o mantenute a seguito di una sentenza di primo grado da parte delle autorità italiane verranno pertanto valutate dalla Corte di Strasburgo alla stregua dell'art. 5 lettera a) Cedu.

La detenzione dovrà in ogni caso essere "regolare", ossia conforme in primo luogo alle previsioni del diritto nazionale, ma anche alle previsioni della stessa Convenzione europea.

Si tratta, com'è stato già precedentemente analizzato, della esplicitazione di quel controllo di legalità sostanziale e processuale che la Corte opera sia nella adozione quanto nel mantenimento della misura privativa della libertà personale.

Per quanto concerne il vaglio preliminare di conformità del provvedimento coercitivo all'ordinamento nazionale, la misura detentiva priva di una valida base legale nel diritto interno risulta automaticamente contraria all'art. 5 Cedu.

Per quanto riguarda l'Italia verrà, quindi, comunque verificata la sussistenza dei presupposti cautelari previsti dalla nostra legislazione interna.

La Corte, ha poi stabilito che l'esecuzione di una pena detentiva inflitta in esito ad un processo giudicato contrario al contenuto della Cedu, diviene illegittima ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. a Cedu, con conseguente obbligo per le autorità giudiziarie nazionali di far cessare immediatamente l'esecuzione della pena, in forza dell'art. 5 § 4 Cedu.

In questo senso, nella pronuncia *Stoichkov c. Bulgaria*<sup>86</sup> del 2005 la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 5 § 1 lett. a Cedu dal momento che il ricorrente era stato mantenuto in stato di detenzione dalle autorità bulgare, nonostante la Corte europea avesse accertato che la condanna nei suoi confronti era stata pronunciata in violazione delle regole del giusto processo, sancite dall'art. 6 Cedu, e avesse riconosciuto il diritto del medesimo ad ottenere la rinnovazione del giudizio.

---

<sup>85</sup> Così G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, 2009, p. 102, che consta come sia irrilevante che l'eventuale privazione della libertà sofferta in pendenza dell'impugnazione alla decisione di primo grado venga reputata dal diritto interno come custodia cautelare.

<sup>86</sup> Corte e.d.u., 3 marzo 2005, *Stoichkov c. Bulgaria* (ric. n. 9808/02).

La detenzione fondata su una sentenza emessa a seguito di un processo dichiarato non equo dalla Corte EDU diviene illegittima e conseguentemente il giudice deve dichiarare l'inseguibilità della detenzione<sup>87</sup>.

Le "regolarità" della detenzione presuppone, infine, che sussista un nesso causale tra la condanna e la privazione della libertà.

Per la Corte, infatti, non ha rilevanza la specifica natura della sanzione applicabile, potendo trattarsi sia di una sanzione detentiva, sia di una qualsiasi misura comportante il venir meno della libertà personale, a condizione che tra la condanna e la privazione della libertà sussista un nesso di causalità sufficiente.

La Corte è in particolare costante nel ribadire che la "regolarità" voluta dalla Convenzione presuppone il rispetto non solo del diritto interno, ma anche – l'articolo 18 lo conferma<sup>88</sup> – del fine della privazione della libertà autorizzata dal comma a) dell'articolo 5 § 1<sup>89</sup>.

L'espressione "in seguito a condanna" non indica, in questo contesto, una mera successione cronologica tra condanna e detenzione: la seconda deve risultare dalla prima, verificarsi "in seguito e in conseguenza" – o "in virtù" – di questa. Insomma, deve esistere tra esse un nesso di causalità sufficiente<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Corte e.d.u., 3 marzo 2005, *Stoichkov c. Bulgaria* (ric. n. 9808/02 § 51) "the Court has also held that if a "conviction" is the result of proceedings which were a "flagrant denial of justice", i.e. were "manifestly contrary to the provisions of Article 6 or the principles embodied therein", the resulting deprivation of liberty would not be justified under Article 5 § 1".

<sup>88</sup> Per l'art. 18 Convenzione europea dei diritti dell'uomo "Le restrizioni che, in base alla presente Convenzione, sono poste a detti diritti e libertà possono essere applicate solo allo scopo per cui sono state previste".

<sup>89</sup> Cfr. Corte e.d.u. *Bozano c. Francia*, sentenza del 18 dicembre 1986, § 54, serie A n. 111.

<sup>90</sup> Cfr. Corte e.d.u., *Van Droogenbroeck c. Belgio*, cit.. Il principio è stato poi ribadito e precisato in alcune decisioni contro la Gran Bretagna riguardanti la compatibilità con l'art. 5 § 1 Cedu delle *discretionary sentences of life imprisonment*: cfr. sent. 2 marzo 1982, *Weeks c. Regno Unito* (ric. n. 9787/82), § 46-51 e sent. 28 maggio 2002 (Grande Camera), *Stafford c. Regno Unito* (ric. n. 46295/99), § 68. Cfr., sul punto, B. EMMERSON-A. ASHWORTH-A. MACDONALD, *Human Rights*, cit., p. 677; R. VAN ZYL SMIT-A. ASHWORTH, *Disproportionate sentences as human rights violations*, in *Modern law review*, 2004, p. 541.

## CAPITOLO II

### LA CUSTODIA CAUTELARE -ORIENTAMENTI CEDU-

Sommario: 2.1 Presupposti applicativi: le ragioni di plausibile sospetto; 2.2. Rapporto tra gravi indizi e chiamate di correttezza; 2.3. Le esigenze cautelari; 2.3.1. Il pericolo di inquinamento probatorio; 2.3.2 Il pericolo di fuga; 2.3.3 Il pericolo di reiterazione; 2.3.4 Ragioni di ordine pubblico; 2.4. La compatibilità delle presunzioni legali con l'art. 5 cedu; 2.5 Le presunzioni legali dopo l'intervento legislativo del 2009.

#### **2.1 Presupposti applicativi: le ragioni di plausibile sospetto**

Le disposizioni della Convenzione europea in tema di esercizio del potere cautelare, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, sono destinate a svolgere un ruolo fondamentale tanto per la giurisprudenza interna chiamata a dare immediata attuazione ai diritti enunciati<sup>91</sup>, quanto per il legislatore nazionale

---

<sup>91</sup> Cfr. Corte Costituzionale, 22 ottobre 2007, n. 348 e 349, in *Giur. Cost.*, 2007, p. 3475. La Corte Costituzionale ha riconosciuto alla Convenzione europea una rilevanza diversa rispetto agli altri

chiamato ad adeguare la propria normativa, se incompatibile con quella sovranazionale, per evitare eventuali responsabilità a livello internazionale<sup>92</sup>.

Per comprendere se la nostra disciplina interna sulle misure cautelari personali sia aderente a quella sovranazionale e al fine di appurare quali correttivi sia possibile adottare per adeguarsi ai principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, è quindi necessario partire dall'analisi delle disposizioni convenzionali.

Ai sensi dell'art. 5 comma 1 lett. c Cedu, le misure restrittive disposte in funzione di cautela processuale sono consentite *“quando vi sono motivi plausibili di sospettare che il soggetto arrestato o detenuto abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso”*.

Le predette ragioni sono assai simili alle condizioni di applicabilità delle misure cautelari previste dal nostro codice di rito, *in primis*, i gravi indizi di colpevolezza e le esigenze cautelari, non senza qualche divergenza lessicale, foriera di dubbi interpretativi<sup>93</sup>.

Dalla lettura della norma non è chiaro, innanzitutto, se le diverse ipotesi debbano essere considerate presupposti autonomi<sup>94</sup>, e fra loro alternativi, delle misure coercitive, o se tali presupposti debbano tra loro concorrere<sup>95</sup>.

Nel testo convenzionale, le esigenze cautelari (come il pericolo di commissione dei reati e il pericolo di fuga) vengono, infatti, indicate di seguito ai motivi di plausibile sospetto e intervallate dalla disgiuntiva “o”, facendo pensare che sia sufficiente una sola di esse per giustificare l'adozione della misura privativa della libertà personale.

---

accordi internazionali dovuta alla sua peculiarità che consiste nel superamento del quadro di una semplice somma di diritti e obblighi reciproci degli Stati contraenti. Quest'ultimi, infatti, hanno istituito un sistema di tutela uniforme delle disposizioni della Convenzione.

<sup>92</sup> Cfr. sul punto B. CONFORTI, *L'applicabilità diretta e sistematica della Convenzione e la tutela del singolo*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento interno*, a cura di Nascimbene, Milano, 2002, p.85 e ss.

<sup>93</sup> O. MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea*, in *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di M. G. Coppetta, Giappichelli, 2005, p. 53.

<sup>94</sup> Così M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti*, cit., pag. 198 s, il quale considera ciascuna delle tre previsioni di cui all'art. 5 § 1 lett. c Cedu *“idonea ad esaurire di per sé sola, la funzione legittimatrice dell'arresto o della detenzione”*.

<sup>95</sup> S.TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005, p. 425 ss.

Giungendo ad un simile conclusione, si ammetterebbe la possibilità di un arresto basato sul solo tentativo di fuga senza ulteriori elementi di sospetto, con l'effetto di ridurre la tutela accordata dal nostro ordinamento e di agevolare possibili aggiramenti della clausola di salvaguardia della libertà personale<sup>96</sup>.

La Corte EDU è quindi intervenuta in merito, precisando che le ragioni di sospetto circa la commissione di un reato non vanno intese come alternative rispetto alla ricorrenza delle esigenze cautelari, posto che il *fumus commissi delicti* rappresenta il presupposto indefettibile che deve precedere e accompagnare nel tempo la sussistenza di concrete esigenze cautelari<sup>97</sup>.

La sussistenza di ragionevoli sospetti costituisce, infatti, un fattore essenziale di tutela da arbitrarie privazioni della libertà e per giurisprudenza consolidata consiste nell'esistenza di informazioni capaci di indurre in un osservatore obiettivo il convincimento che la persona interessata dal provvedimento cautelare possa avere commesso il reato per cui si procede<sup>98</sup>.

La Corte non ha tuttavia mai preteso che gli elementi posti a fondamento dell'applicazione di una misura cautelare debbano avere lo stesso livello di persuasività richiesto per giustificare una sentenza di condanna o anche solo la formulazione dell'imputazione<sup>99</sup>, atto, quest'ultimo che pure nel nostro sistema processuale si colloca in uno stadio avanzato delle indagini.

A conferma della diversa potenzialità persuasiva che connota gli elementi conoscitivi richiesti per provvedere alla privazione della libertà in via cautelare, la Corte europea ha sottolineato come non siano rilevanti i successivi sviluppi del procedimento, potendo essere pienamente legittima anche la detenzione provvisoria

---

<sup>96</sup> Cfr. G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Raffaello Cortina Editore, 2009, p. 106-107.

<sup>97</sup> Se manca il plausibile sospetto che un soggetto si sia macchiato di un crimine, stabilire quale bene venga messo in pericolo dalla sua condizione di libertà sarebbe un'inutile e ingiustificata perdita di tempo. Cfr. Corte edu, sez. I, 30 settembre 2004, *Zaprianov c. Bulgaria*, § 63; Corte edu, sez. I, 8 aprile 2004, *Hamanov c. Bulgaria*, § 71; Corte edu, sez. I, 11 dicembre 2004, *Yankov c. Bulgaria*, § 172-173; Corte edu, sez. III, 30 ottobre 2003, *Goral c. Polonia*, § 68; Cedu, sez. IV, 26 luglio 2001, *Ilijkov c. Bulgaria*, § 80 ss.; Corte edu, sez. III, 31 luglio 2000, *Jecius c. Lituania*, § 94; Cedu, 13 luglio 1995, *Van der Tag c. Spagna*, § 63.

<sup>98</sup> Corte e.d.u., 6 novembre 2007, *Musuc c. Moldavia*; Sent., 2 novembre 2004, *Tuncer e Durmus c. Turchia*, § 47; Corte e.d.u., 27 luglio 2004, *Ikincisoy c. Turchia*, § 95; Corte e.d.u., 30 agosto 1990, *Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito*, § 32; Corte e.d.u., 27 novembre 1997, *K.-F. c. Germania*, § 57.

<sup>99</sup> Corte e.d.u., 28 ottobre 1994, *Murray c. Regno Unito*, § 55.

di un soggetto nei confronti del quale in un secondo momento non venga nemmeno elevata l'imputazione, non essendo necessario che la polizia disponga di prove sufficienti a sostenere l'accusa in giudizio fin dal momento dell'arresto o del fermo<sup>100</sup>.

D'altro canto, la successiva condanna del sospettato, se può confermare la fondatezza dei sospetti che a suo tempo avevano portato all'arresto, non è di per sé idonea a “*fugare a posteriori i rischi di arbitrio che l'art. 5 § 1 tende a prevenire*”<sup>101</sup>.

La dottrina italiana si è chiesta se lo *standard* di convincimento da raggiungere per ritenere legittimo l'esercizio del potere cautelare in ambito internazionale sia sufficientemente garantista rispetto a quanto riconosciuto in sede interna dall'art. 273 comma 1 c.p.p.<sup>102</sup>, il quale, indicando la necessità di gravi indizi di colpevolezza, sembra *prima facie* richiedere che l'emissione del provvedimento sia sorretto da un giudizio più pregnante del “plausibile sospetto” previsto dalla Convenzione europea.

In questa prospettiva, si è sostenuto che l'origine anglosassone della formulazione contenuta nell'art. 5 § 1 Cedu apprestasse un livello di tutela inferiore rispetto, addirittura, ai “sufficienti indizi” del codice di procedura penale italiano del 1930<sup>103</sup>.

Se ne è quindi dedotta l'inapplicabilità della disciplina internazionale in favore della normativa interna più garantista, in virtù della clausola di salvaguardia prevista dall'art. 60 (oggi 53) Cedu, secondo cui “*nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell'Uomo e le Libertà fondamentali che possono essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi*”.

Alla luce della successiva giurisprudenza della Corte europea che ha interpretato la locuzione richiedendo che vi fosse “*the existence of facts or*

---

<sup>100</sup> Corte e.d.u., 27 luglio 2004, *Ikincisoy c. Turchia*, § 96; Sent., 29 novembre 1998, *Brogan e altri c Regno Unito*, § 53.

<sup>101</sup> Corte e.d.u., 23 settembre 1998, *Demir e a. c. Turchia*, § 53.

<sup>102</sup> Cfr. P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà*, cit., p. 154.

<sup>103</sup> Così E. AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv.it.dir.e proc. pen.*, 1967, p.872 e G. CONSO, *I diritti dell'uomo e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p.319 e 321.



*information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence*”<sup>104</sup>, altri e più recenti commenti hanno sottolineato che non vi sono notevoli differenze rispetto a quanto richiesto dalla nostra giurisprudenza con riguardo alla presenza dei “gravi indizi” di colpevolezza<sup>105</sup>.

In questo senso si è notata una certa sovrapposizione tra la definizione data dalla giurisprudenza europea e quella di “*ragionevole e consistente probabilità di colpevolezza*” ovvero di “*rilevante probabilità di colpevolezza*” richiesta dalla nostra giurisprudenza.

Andando oltre, si è poi affermato che il termine plausibile sospetto possa permettere di superare alcune interpretazioni errate del termine “indizio” utilizzato dal nostro legislatore all’art. 273 c.p.p.<sup>106</sup>.

Gli “indizi” non sono una particolare tipologia probatoria, “*le prove cosiddette logiche o indirette*”, – il che altrimenti determinerebbe il paradossale effetto di escludere la cd. prova diretta dal materiale valutabile ai fini dell’emissione e del mantenimento di una misura cautelare- bensì un tipo di giudizio –di alta probabilità di colpevolezza sulla commissione del fatto- da compiersi sulla base degli elementi acquisiti al procedimento, i quali ben possono essere costituiti da prove dirette così come da indizi in senso tecnico.

In altri termini, occorre tener distinta la proposizione da provare – la gravità indiziaria – dalle prove (dirette o indirette) utilizzabili ai fini della prognosi di colpevolezza.

Avvicinandosi ai concetti espressi dalla Corte europea dei diritti dell’uomo con riguardo alle ragioni di plausibile sospetto, ci si allontana dalla diatriba sulla consistenza degli elementi indiziari ai fini della prognosi di colpevolezza, ovvero sia sul concetto di prova cautelare intesa come accertamento sommario, *id est* dotato di minore pregnanza, rispetto alla prova dibattimentale.

Come sostiene autorevole dottrina, i gravi indizi “non sono ciò che prova, ma ciò che è oggetto di prova”, mentre le vere e proprie “prove” sono costituite dagli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Corte edu, 6 novembre 2007, *Musuc c Moldavia*.

<sup>105</sup> Cfr. P. SPAGNOLO, *Il Tribunale della libertà*, cit., p. 155; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, cit. p. 81.

<sup>106</sup> Cfr. P. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 155 e ss.

<sup>107</sup> P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, p. 215

Trattasi di elementi definibili “prova in formazione”, in quanto non ancora sottoposta al vaglio del contraddittorio dibattimentale: ciò, per “la diversa natura del giudizio” -di “probabilità” e non di “certezza”-, che è richiesta ai fini dell’applicazione di una misura cautelare<sup>108</sup>.

Detti elementi, “tuttavia, consentono, per la loro consistenza, di prevedere che, attraverso il prosieguo delle indagini, saranno idonei a dimostrare la responsabilità, fondando nel frattempo una qualificata probabilità di colpevolezza”<sup>109</sup>.

In altre parole, non è dunque richiesto il grado di “certezza della colpevolezza”, ineludibile per la sentenza di condanna, ma “un consistente grado di probabilità” dell’attribuibilità del reato all’indagato<sup>110</sup>.

L’indizio di cui all’art. 273 c.p.p. può essere considerato una “prova allo stato degli atti”<sup>111</sup>, discendente dalla scrematura, operante anche nelle “procedure incidentali cautelari”, di quanto cade sotto la scure dell’inutilizzabilità cosiddetta “patologica”, inerente cioè gli atti probatori assunti *contra legem*<sup>112</sup>.

Avvicinandosi ad un concetto di “prova cautelare” – intesa come elemento legittimamente acquisito – non potranno essere valutati gli atti affetti da inutilizzabilità patologica, in quanto assunti *contra legem*, perché il loro impiego è vietato in modo assoluto in ogni fase del procedimento, ivi comprese le indagini preliminari.

Analogamente, non potranno contribuire a delineare un giudizio di colpevolezza le prove formate o acquisite in violazione –o con modalità lesive- dei diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione o dalla Convenzione e, perciò, assoluti ed irrinunciabili, a prescindere dall’esistenza di un espresso o tacito divieto al loro impiego nel procedimento, contenuto nella legge processuale.

Tenendo infatti presente l’identità strutturale tra gli effetti della custodia cautelare e della pena, il sistema non sembra tollerare la diversità dei criteri di valutazione della prova, pena l’inaffidabilità della prognosi: quest’ultima non

---

<sup>108</sup> Cass. sez. II, 10 gennaio 2003, Sirani, in *Cass. pen.*, 2004, 1317.

<sup>109</sup> Cass. sez. II, 19 gennaio 2005, Paesano, in *Guida dir. - Dossier*, 2005, 2, 69.

<sup>110</sup> Cass. sez. VI, 7 ottobre 2004, X, in *CED Cass.*, 230756.

<sup>111</sup> Cass. sez. I, 4 maggio 2005, Lo Cricchio, in *CED Cass.*, 232601.

<sup>112</sup> Cass. sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 3259.

potrebbe essere espressa sulla base di atti che, per difetti strutturali e/o valutativi, non consentirebbero all'esito del dibattimento l'affermazione di responsabilità.

## **2.2. Rapporto tra gravi indizi e chiamate di correttezza**

Come esaminato, l'art. 5 § 1 lett. c) autorizza l'arresto e la detenzione di una persona al fine di condurla davanti all'autorità giudiziaria sulla base dell'esistenza di un ragionevole sospetto che abbia commesso un reato e la persistenza di tale sospetto costituisce una *condicio sine qua non* della regolarità del mantenimento dell'interessato in detenzione.

Il problema dell'affievolimento – o, meglio, del non consolidamento dei gravi indizi di colpevolezza è stato affrontato specificamente dalla Corte europea proprio in un caso riguardante l'Italia, il caso *Labita*<sup>113</sup>, nel quale il ragionevole sospetto che aveva giustificato l'adozione della misura cautelare era stato fondato *ab origine* sulle dichiarazioni di un pentito.

I giudici di Strasburgo, pur consapevoli dell'importanza della collaborazione quale strumento fondamentale nella lotta contro la mafia, hanno insistito sulla delicatezza di tali fonti dichiarative e hanno richiesto che esse siano corroborate da altri elementi obiettivi, soprattutto quando si tratta di proroga della custodia cautelare.

Nel caso *Labita*, il ricorrente era stato arrestato e poi sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere con l'accusa di far parte di una associazione mafiosa, sulla base delle sole dichiarazioni di un collaboratore di giustizia, che affermava di aver “*appreso da una fonte indiretta che il ricorrente era il cassiere di una organizzazione mafiosa*”.

La Corte, accogliendo le doglianze del cittadino italiano, ha affermato che “*l'uso delle dichiarazioni dei pentiti pone vari delicati problemi poiché, per loro natura, tali dichiarazioni sono suscettibili di essere il risultato di manipolazioni, di perseguire unicamente lo scopo di ottenere i benefici accordati dalla legge italiana*”.

---

<sup>113</sup> Corte eu., 1 marzo 2000, *Labita c Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p.189, con nota di V. ESPOSITO, *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell'uomo*.

*ai pentiti o ancora di realizzare delle vendette personali. La natura talvolta ambigua di tali dichiarazioni e il rischio che una persona possa essere accusata e arrestata sulla base di affermazioni non controllate e non disinteressate non devono essere sottovalutate. Per tali motivi, ... le dichiarazioni dei pentiti devono essere corroborate da altri elementi.”*<sup>114</sup>.

Notando che nel caso in esame nessun riscontro era stato fornito a riprova delle dichiarazioni del pentito, ma al contrario che esse erano state contraddette, la Corte ha concluso ritenendo che la detenzione del ricorrente fosse incompatibile con le esigenze di cui all'art. 5 Cedu.

Analoga questione – sufficienza e pertinenza dei sospetti provenienti dalle dichiarazioni dei pentiti ai fini del mantenimento in detenzione preventiva – era stata affrontata dalla Commissione nel caso *Contrada*<sup>115</sup>.

Già in quell'occasione, la Commissione aveva invitato alla cautela nell'uso delle dichiarazioni accusatorie dei pentiti, utilizzando le stesse espressioni poi riprese dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Labita*.

L'esigenza di corroborazione richiesta dalla Corte edu conferma, quindi, che “la plausibilità” dei sospetti posta a fondamento della misura cautelare richiede un certo rigore nella fase di valutazione.

In Italia si era sviluppato, già a partire dagli anni '90 del secolo scorso, un ricco dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul concetto di gravità indiziaria, con particolare riguardo alle ipotesi in cui la misura cautelare fosse stata adottata sulla

---

<sup>114</sup> Corte edu *Labita*, cit., parr., 156-157.

<sup>115</sup> Cfr. Corte edu 24 agosto 1998, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Vol. II (1991-1998), a cura di Michele De Salvia e Vladimiro Zagrebelsky, Giuffrè 2006, pagg. 733-740. Il 24 dicembre 1992 il sig. Contrada, direttore aggiunto dei servizi segreti civili (SISDE) per la Sicilia, veniva arrestato con l'accusa di concorso esterno in associazione mafiosa, sulla base di dichiarazioni rilasciate da pentiti nel corso di diversi procedimenti per reati di mafia. Il Contrada proponeva ricorso avanti la Corte Europea dei diritti dell'uomo contestando la regolarità del suo arresto e della sua detenzione in relazione all'art. 5 § 1 Cedu per il fatto che si fondavano esclusivamente sulle dichiarazioni di pentiti. La Commissione dapprima affermò la violazione dell'art 5 § 3 per la irragionevole durata della detenzione preventiva subita dal ricorrente affermando che le esigenze cautelari a base del provvedimento restrittivo erano venute meno nel corso del processo. La Corte successivamente intervenuta, non confermò tale opinione ritenendo che nel caso di specie le autorità investite della procedura nazionale avessero ragionevolmente fondato la custodia cautelare di Contrada su motivi pertinenti e sufficienti e che il procedimento, stante la sua particolare complessità, era stato condotto con la particolare diligenza richiesta.

base delle sole dichiarazioni eteroaccusatorie rese da soggetti coindagati nel medesimo procedimento.

Di particolare rilevanza, in questo confronto, erano state le conclusioni a cui erano giunte le Sezioni Unite nella sentenza *Costantino*<sup>116</sup>.

Secondo la Corte di cassazione, la chiamata di correo, perché potesse assurgere a grave indizio di colpevolezza, doveva essere suffragata da riscontri *“che non dovevano riferirsi necessariamente alla posizione soggettiva dell'accusato e al reato attribuitogli, bensì dovevano tradursi solamente nella conferma delle modalità oggettive del fatto, in modo da dissipare il sospetto di mendacio del chiamante”*.

Il giudice della misura cautelare, dopo avere verificato l'intrinseca attendibilità del chiamante, *“doveva appurare solo se esistevano circostanze di fatto di smentita e se la stessa potesse considerarsi confermata, in relazione all'imputazione, da riscontri esterni di qualsiasi natura, sia rappresentativi sia logici”*<sup>117</sup>.

A fronte della distorta prassi applicativa che ricorreva ad un utilizzo spregiudicato di tali dichiarazioni, nel 2001 il legislatore è intervenuto con la l. 63/2001 (legge sul cd. “Giusto processo”) introducendo all'art. 273 c.p.p. il nuovo comma 1 bis, secondo il quale *“nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli articoli 192, comma 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271, comma 1”*.

In tal modo si è voluto estendere anche alla fase cautelare la metodologia di valutazione della fase di merito, ossia la verifica della credibilità del dichiarante, dell'intrinseca consistenza e delle caratteristiche delle sue dichiarazioni e degli ulteriori riscontri esterni.

---

<sup>116</sup> Cass., Sez. Un., 21 aprile 1995, n. 11, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2838.

<sup>117</sup> Cass., Sez. Un., 21 aprile 1995, n.11, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2838, con nota di S. BUZZELLI, *Chiamata in correità ed indizi di colpevolezza ai fini delle misure cautelari nell'insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*; e, ivi, 1996, 467, 211, con nota di V. BONINI, *Chiamata di correo, riscontri esterni e sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza*; inoltre, in *Foro it.*, 1996, I, 6; in *Dir pen e processo*, 1996, III, p. 343, con nota di A. CASELLI LUPESCHI, *Quando la chiamata in correità può portare in carcere?*; in *Giust. pen.*, 1996, III, 321, con nota di F. PULEIO, *Gravi indizi di colpevolezza in materia di misure cautelari e dichiarazioni accusatorie del coimputato*; in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 1141, con nota di P. MOLINARI, *Sui rapporti tra gravi indizi di colpevolezza e chiamata in correità ai fini della applicazione delle misure cautelari*; in *Riv. pen.*, 1995, II, p. 1147.

Nonostante l'espresso richiamo all'art. 192 commi 3 e 4, non si era tuttavia sopita la problematica interna attinente alla necessità dei riscontri esterni nel caso in cui i "gravi indizi" fossero costituiti da dichiarazioni di correi.

Ne era infatti scaturito un acceso dibattito in ordine alla necessità che, in sede cautelare, la forma di conferma della chiamata in reità apparisse di natura specifica, cioè fosse corredata dai cd. "*riscontri individualizzanti*", cioè elementi tutt'altro che generici, in quanto "*pertinenti agli aspetti obiettivi del reato e non anche alla sua attribuzione soggettiva all'indagato, ai fini dell'adozione della misura cautelare*"<sup>118</sup>.

L'orientamento prevalente della giurisprudenza della Suprema Corte riteneva che ai fini della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza necessari per l'emissione di una misura cautelare personale, in tanto risultassero necessari "*i riscontri individualizzanti alla chiamata in correità in quanto essi [fossero] funzionali al giudizio di credibilità del chiamante, per consentire al giudice di superare gli eventuali errori, incongruenze, contraddizioni contenuti nelle sue dichiarazioni eteroaccusatorie*"<sup>119</sup>.

Se le dichiarazioni di un unico collaboratore risultano essere l'unica fonte di accusa a carico, queste devono essere riscontrate *ab externo*, cioè in base ad altri elementi non provenienti dallo stesso dichiarante, onde evitare la cosiddetta circolarità della prova, "*vale a dire che la verifica dell'attendibilità del dichiarante sia tautologica e autoreferente e che, in definitiva, la ricerca finisca per usare come sostegno dell'ipotesi accusatoria che si trae dalla chiamata in correità la chiamata stessa, cioè lo stesso dato da riscontrare*"<sup>120</sup>.

A prescindere, pertanto, dalla natura atipica del riscontro, il quale può consistere in elementi di qualsivoglia natura, cioè non predeterminati per specie o qualità e, quindi, anche solo di carattere logico che, pur non avendo autonoma forza probante, siano in grado di corroborare la chiamata, in radice passibile di sospetto, conferendole la credibilità piena di qualsiasi elemento di prova, va riaffermata, con forza, la indefettibile necessità che esso risulti, comunque, esterno alla chiamata nel senso che, pur dovendosi necessariamente collegare ai fatti riferiti dal chiamante,

---

<sup>118</sup> Cfr. Cass. pen. Sez. V, 11 Aprile 2002, n. 21342, Bruno, Massima redazionale, 2005.

<sup>119</sup> Cfr. Cass. pen. Sez. II, 18-11-2003, n. 49212 (rv. 227506) P.M. in proc. Palumbo e altri, *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2005, 104 CED Cassazione, 2003 *Riv. Pen.*, 2005, p. 92.

<sup>120</sup> Cfr. Cass. pen. Sez. II, 16-12-2002, n. 12838 Bellofiore, *Guida al Diritto*, 2003, p. 80.

esso deve tuttavia rimanere ed apparire esterno ad essi, allo scopo di evitare che la verifica sia circolare e tautologica<sup>121</sup>.

Rispetto a siffatto indirizzo, non sono, però, mancate voci totalmente o parzialmente dissonanti.

Una parte della giurisprudenza, contrastando l'opinione prevalente, ha pervicacemente escluso la necessità di riscontri individualizzanti, asserendo la sufficienza, ai descritti fini, di riscontri esterni che confermino l'attendibilità del chiamante.

In medio tra gli opposti schieramenti si poneva una visione di compromesso, la quale affermava che i riscontri dovevano apparire quantomeno parzialmente individualizzanti, perchè essi dovevano, quindi, permettere di dimostrare la effettiva attinenza fra condotta dell'indagato (chiamato in reità) e il fatto oggetto dell'imputazione provvisoriamente ascritta al medesimo.

Questa giurisprudenza individuava e propugnava un concetto di individualizzazione del riscontro di natura teorica e potenziale, posto che l'elemento di conferma della chiamata doveva solamente dimostrare una propria astratta tendenza alla specificità, ben potendosi, poi, in relazione ai casi concreti e dettagliati esprimere un carattere di elasticità rispetto alla narrazione principale.

Il contrasto è stato superato dalle SS.UU. della Corte di Cassazione che con sentenza 30 Ottobre 2006 n. 36267 ha risolto il conflitto stabilendo che la *corroboration*, relativa ad una chiamata di correo (assunta quale grave indizio di colpevolezza), che paia intrinsecamente attendibile, "deve essere costituita da riscontri esterni individualizzanti in grado di dimostrarne la compatibilità col *thema decidendum* proprio della pronuncia de libertate e di giustificare, quindi, la razionalità della medesima"<sup>122</sup>.

Si potrebbe pertanto concludere che tale approdo interpretativo abbia, non solo raggiunto, ma addirittura superato i requisiti richiesti dalla giurisprudenza internazionale, posto che nella citata sentenza *Labita* la Corte EDU fa riferimento

---

<sup>121</sup> Cfr. Cass. pen. Sez. I, 13-11-2002, n. 4765 (rv. 223152) Cusimano, CED Cassazione, 2003.

<sup>122</sup> F. P. GIORDANO, *Chiamata di correo e necessità di riscontri individualizzanti*, Cass. pen. Sez. Unite, 30 maggio 2006, n. 36267, in *Dir. Pen. e Processo*, 2007, 7, 875.

alla necessità dei riscontri nella fase di “mantenimento” e non all’adozione della misura cautelare<sup>123</sup>.

Mentre per la giurisprudenza interna il riscontro individualizzante deve essere presente fin dal primo momento in cui si attua la restrizione della libertà personale, per la Cedu tali riscontri che potrebbero mancare nel momento applicativo, sono, invece, necessari quando si tratta di prorogare la custodia cautelare in carcere.

Non sembra invero che questa sottile differenza autorizzi a dedurre che il sistema italiano garantisca maggiormente la libertà personale.

Per un verso, è indubbio che la Corte edu proprio per il controllo che le è affidato, tenda ad affermazioni più flessibili rispetto a quelle proprie della giurisprudenza interna: essa non può sconfinare nell’ambito riservato alla discrezionalità del giudice nazionale in tema di valutazione probatoria, tanto è vero che è raro riscontrare pronunce in ordine ai criteri di valutazione e di utilizzabilità della prova (salvo che si tratti di elementi ottenuti con l’impiego di trattamenti contrari all’art.3 Cedu, nel qual caso la prova è sicuramente inutilizzabile).

Per altro verso, la posizione espressa dai giudici di Strasburgo appare sottendere non tanto una minore pregnanza dei riscontri nel momento applicativo della cautela, quanto la necessità che con il passare del tempo, il controllo sulla detenzione *ante iudicium* includa anche quella verifica sulla “ragionevolezza” della detenzione che, invece, sembra ancora assente nel nostro sistema<sup>124</sup>.

### **2.3 Le esigenze cautelari.**

La Corte di Strasburgo ha individuato quattro possibili giustificazioni del prolungamento della detenzione preventiva<sup>125</sup> che rispecchiano da un lato l’impostazione prevalente delle legislazioni continentali, almeno per quel che

---

<sup>123</sup> Corte e.d.u., *Labita*, cit., “se le dichiarazioni dei pentiti possono validamente fondare la detenzione preventiva, esse perdono necessariamente il loro valore con il trascorrere del tempo, in modo particolare se il corso delle indagini non consente la scoperta di nessun elemento ulteriore”, § 156-157.

<sup>124</sup> Così P. SPAGNOLO, *Il Tribunale della libertà*, cit., p. 166.

<sup>125</sup> Cfr. F.G. JACOBS, R.C.A. WHITE, *The European Convention of Human Rights*, II ed., Oxford, 1996, p. 85



concerne la triade classica dei *pericula libertatis*<sup>126</sup>; dall'altro lato esse trovano risponso nelle Raccomandazioni R (80) 11 e R. (2006) 13 sull'impiego della custodia preventiva, sulle condizioni per la sua applicazione e sulla garanzie contro l'abuso.

La Raccomandazione R (80) 11 del Comitato dei Ministri degli Stati membri del Consiglio d'Europa sul tema della carcerazione provvisoria<sup>127</sup>, affermando che quest'ultima "deve [...] essere considerata come una misura eccezionale e non essere mai obbligatoria né utilizzata a fini punitivi", ha sottolineato, in conformità alla giurisprudenza Cedu che la custodia cautelare "*non può essere disposta se non quando l'interessato è legittimamente sospettato d'aver commesso il reato addebitatogli e se vi sono serie ragioni per ritenere che esistano uno o più dei pericoli seguenti*": fuga, ostruzione del corso della giustizia, commissione di un grave reato.

Analogamente, la successiva Raccomandazione Rec (2006)13 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sull'uso della custodia cautelare ha riconosciuto espressamente che un soggetto possa rimanere in carcere quando vi siano fondate ragioni che egli se rilasciato, possa fuggire, perpetrare un grave reato, interferire con il regolare corso della giustizia, ovvero porre in serio pericolo l'ordine pubblico<sup>128</sup>.

Per la Corte e.d.u. la verifica sulla legalità della detenzione si fa più complessa e pressante al progredire del procedimento, poiché ogniqualvolta venga addotto quale unico motivo il sospetto che l'imputato abbia commesso gravi reati, senza una precisa e sufficiente indicazione della sussistenza delle esigenze cautelari, la detenzione non può essere proseguire<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> Cfr. M. CHIAVARIO, *Procedure penali d'Europa. Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia. Sintesi nazionali e analisi comparatistiche*, Cedam, 2001 p. 547; M. DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, 1997, p. 124.

<sup>127</sup> Raccomandazione R(80) 11 del 27 June 1980 in <https://wcd.coe.eu>.

<sup>128</sup> L'*Explanatory memorandum* della Raccomandazione 13/2006 del 26 settembre 2007 precisa che le quattro esigenze cautelari prendono spunto dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 5 § 1 lett. c Cedu.

<sup>129</sup> Tra le recenti pronunce della Corte europea in argomento si segnala, la sent. Corte e.d.u., sez. V, 3 ottobre 2013, *Vosgien c. Francia*. Il ricorrente, accusato di gravi reati, viene posto in detenzione il 19 settembre 2006 e, a seguito di diverse proroghe ( motivate sul pericolo di fuga, sul rischio d'inquinamento probatorio, su quello di reiterazione del reato e sulla minaccia per l'ordine pubblico), vi rimane fino al 12 aprile 2011, quando la corte d'appello, dopo la condanna di primo grado e in attesa di decidere sull'impugnazione, dispone la sostituzione della custodia in carcere con

Tale vaglio viene compiuto attraverso il richiamo al criterio stabilito dall'art. 5 § 3 Cedu sulla valutazione della ragionevolezza della durata della custodia.

In questo modo, la Corte allarga il proprio sindacato ai motivi costituenti la giustificazione della durata della misura custodiale, richiedendo maggiori tutele nella fase di esecuzione della detenzione<sup>130</sup>.

Va comunque tenuto presente che la verifica dei giudici di Strasburgo viene compiuta innanzitutto sulla conformità alla legge nazionale delle restrizioni della libertà e che, per il nostro ordinamento, i gravi indizi di colpevolezza e almeno una delle esigenze cautelari indicate nell'art.274 c.p.p. devono essere presenti sin dal momento applicativo della cautela.

La Corte europea potrà allora, nel caso dell'Italia, sindacare la legittimità della detenzione -e quindi la sussistenza delle esigenze cautelari- sin dal momento iniziale di adozione della misura.

D'altro canto, l'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo ha valutato più volte come motivi legittimatori del protrarsi della custodia la persistenza delle esigenze cautelari indicate dal nostro legislatore nazionale, vale a dire il pericolo di fuga, quello della commissione di nuovi reati e quello di inquinamento probatorio.

---

l'obbligo di dimora. Accogliendo la doglianza del ricorrente, la Corte europea ritiene che, nel caso di specie, la detenzione protrattasi per quattro anni, tre mesi e due giorni sia da considerarsi irragionevole, in quanto è mancata una precisa e sufficiente motivazione in ordine alla sussistenza delle esigenze cautelari indicate nelle ordinanze di proroga; né il riferimento astratto alla gravità dei fatti e ai pericoli per l'ordine pubblico sono sufficienti a giustificare un così lungo periodo detentivo.

Di analogo tenore sono le sent. Corte e.d.u. 17 ottobre 2013, *Sergey Vasilyev c. Russia*, relativa a un caso in cui la detenzione di circa un anno e tre mesi è stata giustificata solo dalle gravità delle accuse, senza addurre fatti specifici e considerare l'opportunità di ricorrere a misure alternative; e la sent. Corte e.d.u., sez. III, sent. 1° ottobre 2013, *Leontin Pop c. Romania* ove il giudice di Strasburgo osserva come la custodia cautelare, durata due anni, cinque mesi e ventiquattro giorni, sia sempre stata giustificata attraverso l'uso di formule stereotipate che adducevano quale unico motivo il sospetto che l'imputato avesse commesso gravi reati, senza mai prendere in considerazione neppure l'opportunità di misure alternative.

<sup>130</sup> Per Corte e.d.u. 20 gennaio 2004, *D.P. c Polonia*, § 83 e ss. Per giustificare la detenzione devono sussistere “*specific indications of genuine requirement of public interest which, notwithstanding the presumption of innocence, outweighs the rule of respect for individual liberty*”.

### 2.3.1 Il pericolo di fuga

L'esigenza di impedire la fuga è sempre stato un criterio ispiratore di misure coercitive volte – in sistemi che escludono il giudizio in contumacia – a prevenire l'assenza dal processo ovvero, in linea generale, e più radicalmente a prevenire la sottrazione del condannato all'esecuzione della pena.

Secondo consolidato indirizzo, il pericolo di fuga non può essere desunto dalla sola gravità della pena irrogabile all'esito del giudizio<sup>131</sup>; se, infatti, la gravità della pena prevista può essere presa in considerazione come elemento che induca l'accusato alla fuga (nonostante che la sua rilevanza si affievolisca con il protrarsi della carcerazione e quindi con la diminuzione della quantità di pena da espiare prevedibilmente in futuro, dato che da essa verrebbe sottratto il periodo trascorso *in vinculis*<sup>132</sup>), la sola eventualità di una sanzione severa non basta per giustificare la lunghezza della custodia cautelare in mancanza di altre circostanze proprie del caso considerato e di uno specifico comportamento dell'imputato<sup>133</sup>.

Il pericolo di fuga va pertanto valutato sulla base di elementi concreti, considerando particolarmente il carattere, la moralità, il domicilio, la professione, le disponibilità economiche, i vincoli familiari, i contatti internazionali del detenuto e i suoi legami con il Paese dove è in corso il processo<sup>134</sup>.

Né possono bastare le semplici possibilità o facilità di passare la frontiera, ma bisogna che un insieme di evenienze, e specialmente la previsione di una pena severa, l'intolleranza particolare alla detenzione o l'eventuale mancanza di legami con il Paese in cui si svolge il processo, facciano apparire all'accusato le conseguenze e i rischi di una fuga come un male minore rispetto al mantenimento della detenzione<sup>135</sup>.

L'esigenza cautelare in parola non si può ricondurre alla sola circostanza che l'imputato si sia inizialmente reso latitante e sia stato arrestato solo in seguito alle ricerche effettuate dalla polizia<sup>136</sup>.

---

<sup>131</sup> Corte e.d.u., 3 aprile 2014, *Artemov c. Russia*; sent. 8 aprile 2014, *Ergezen c. Turchia*

<sup>132</sup> Corte e.d.u., 27 giugno 1968, *Neumeister c. Austria*, § 10

<sup>133</sup> Corte e.d.u., 27 giugno 1968, *Wemhoff c. Germania*, § 14

<sup>134</sup> Corte e.d.u., 26 gennaio 1993, *W. c. Svizzera*; sent. 27 giugno 1968, *Neumeister c. Austria*, § 10

<sup>135</sup> Corte e.d.u., 10 novembre 1969, *Stögmüller c. Austria*, § 15

<sup>136</sup> Corte e.d.u., Sez. IV, 20 gennaio 2004, *G.K. c. Polonia* § 84.

In ogni caso, poi, l'autorità procedente deve escludere la possibilità che misure cautelari meno gravose siano parimenti idonee a garantire un regolare svolgimento del processo con la presenza dell'accusato<sup>137</sup>.

### **2.3.2 Pericolo di reiterazione**

La seconda possibile giustificazione della protrazione della detenzione preventiva è rappresentata dal pericolo di reiterazione o di ripetizione del reato.

L'interesse pubblico a prevenire la commissione di reati può legittimare la detenzione preventiva quando vi sono fondati motivi di ritenere che l'imputato, se liberato, commetterebbe un reato o reati della stessa specie di quello per il quale è accusato.

Si è ritenuto, non senza dissensi<sup>138</sup>, che la norma non si ispiri ad un criterio di politica di prevenzione generale diretta contro una persona o categoria di persone che presentino una propensione alla criminalità, avendo piuttosto di mira l'impedimento di una fattispecie concreta e determinata di reato<sup>139</sup>.

La Corte ha ad esempio affermato che non è legittima la privazione della libertà personale di sospetti terroristici per il solo fatto che gli stessi abbiano precedenti penali specifici<sup>140</sup>, e ciò nonostante in materia di lotta al terrorismo la giurisprudenza europea appaia da sempre molto meno rigorosa.

Sulla stessa linea si è esclusa la possibilità di una detenzione disposta per ragioni di ordine preventivo<sup>141</sup>.

Non mancano interpreti i quali ritengono che la previsione in discorso si attagli all'ipotesi della persona che si trovi sul punto di commettere o stia commettendo un reato<sup>142</sup>.

---

<sup>137</sup> Corte e.d.u., sez. IV, 21 dicembre 2000, *Jablonski c. Polonia*

<sup>138</sup> Per D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the european Convention on Human Rights*, Londra, 1998, p. 178 non sarebbe necessario il sospetto che l'imputato commetterebbe uno specifico reato.

<sup>139</sup> Corte e.d.u., 6 novembre 1980, *Guzzardi c Italia*, in *Foro it.*, 1981, IV, c. 1 ss.

<sup>140</sup> Corte e.d.u., 30 agosto 1990, *Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito*, § 32 e 35.

<sup>141</sup> Corte e.d.u., 22 febbraio 1989, *Ciulla c Italia*

<sup>142</sup> Cfr. P. VAN DIJK, VAN HOOFF, J.H. GODEFRIDUS, *Theory and practice of the European convention on human rights*, The Hague, 1998.

La Corte di Strasburgo ha, invece, affermato che il pericolo della reiterazione del comportamento criminoso, può fondarsi sull'esame di precedenti specifici analoghi a quelli del reato per cui si procede<sup>143</sup>, possono essere valutate la continuazione prolungata dei comportamenti illeciti dell'imputato, l'entità dei danni cagionati dai crimini a lui ascritti e la sua nocività<sup>144</sup>.

Muovendosi in un'ottica di maggior determinatezza, il legislatore italiano, pur sensibile nell'attingere dalla normativa europea la giustificazione di una esigenza cautelare di tipo preventivo, è venuto configurando la relativa disciplina in termini ancor più restrittivi<sup>145</sup>.

Nonostante la formulazione più dettagliata del nostro codice di rito, non sono mancate discussioni sulla compatibilità costituzionale della finalità preventiva ed interventi della Corte Suprema di Cassazione al fine di ribadire la necessità che il parametro della concretezza del pericolo di reiterazione di reati della stessa indole non sia affidato a elementi meramente congetturali ed astratti<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> Corte e.d.u., 12 dicembre 1991, *Clooth c. Belgio*, § 40

<sup>144</sup> Corte e.d.u., 10 novembre 1969, *Matznetter c. Austria*, § 9

<sup>145</sup> Il quale, come è noto, stabilisce che le misure cautelari possono essere disposte “*quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni*”.

<sup>146</sup> Secondo la Corte di Cassazione il parametro della concretezza, a cui si richiama l'art. 274 c.p.p., lett. c), c.p.p., è configurabile solo nella misura in cui “*esistano elementi "concreti" (cioè non meramente congetturali) sulla base dei quali possa affermarsi che l'indagato possa, verificandosene l'occasione, commettere reati della stessa specie di quello per cui si procede, ossia che offendono lo stesso bene giuridico (sentenza 10 luglio – 3 ottobre 2013, n. 40954; sentenza Sez. 1, n. 25214, 03/06/2009, Pallucchini, rv. 244829; Sez. 1, n. 10347, 20/01/2004, Catanzaro, rv. 227227)*” dovendosi tradurre il predetto giudizio “*nella dichiarazione di una concreta probabilità che egli commetta alcuno dei delitti indicati nel suddetto articolo attraverso la compiuta disamina di “dati di fatto oggettivi e indicativi delle inclinazioni comportamentali e della personalità dell'indagato, sulla cui base possa affermarsi che quest'ultimo possa facilmente, verificandosene l'occasione, commettere detti reati” che, dal canto suo, deve svolgersi “in concreto, su base non meramente previsionale*”.

In questo senso Cassazione ha ritenuto non sussistente il pericolo di recidiva nelle susseguenti ipotesi: ove si faccia un “*mero riferimento alla "gravità dei fatti" e alla "disinvoltura con cui sono stati commessi" (Cass. pen., sez. VI, 8/03/12, n. 38763, in CED Cass. pen. 2012); laddove si giustifichi “la misura coercitiva con l'esigenza socialpreventiva di scongiurare il pericolo di*

Al di là dell'assunto che il pericolo di reiterazione di reati della stessa indole non possa desumersi per automatismo dal carattere stesso dei reati contestati, si sono tuttavia registrati differenti orientamenti nomofilattici su come debba avvenire il vaglio prognostico di reiterazione.

Secondo un primo orientamento, il pericolo deve essere individuato in *“condotte concrete dell'indagato rivelatrici di una effettiva disponibilità di mezzi e circostanze che renderebbero altamente probabile la ripetizione di delitti della stessa specie”*<sup>147</sup>.

In tale filone interpretativo, è stato postulato che “gli aspetti di disvalore della personalità devono essere enucleati o dalle precedenti condanne o, in mancanza, da specifiche sue condotte anteriori coeve o successive al reato contestato, ma ad esso

---

reiterazione criminosa specifica, ravvisato nell'estrema disinvoltura con la quale l'indagato aveva perseverato nell'illecito, nonchè nella mancanza di freni inibitori per la "ricerca spasmodica del lucro", nonostante "pendenze giudiziarie e disciplinari" a carico del medesimo indagato” (Cass. pen., sez. VI, 10/07/07, n. 30976, in Guida al diritto 2007, 40, 109); quando non vengano presi “in considerazione per la valutazione della personalità del (...), incensurato, ai fini delle esigenze socialpreventive altri elementi fattuali estranei al fatto criminoso, pur evidenziati dalla difesa” (Cass. pen., sez. II, 28/09/99, n. 4016, in Ced Cassazione 1999); allorquando “non risulta presa in esame la personalità dell'indagato, ed in particolare non sono stati esaminati i suoi eventuali precedenti, il sistema di vita che conduce attualmente, nè comportamenti o atti concreti da cui desumere che sussiste detto pericolo di reiterazione” (Cass. pen., sez. VI, 20/03/97, n. 1280, in Ced Cassazione 1997); ove sia compiuto un riferimento agli schemi culturali dell'etnia di appartenenza “riconducibile a una visione per stereotipi” (Cass. pen., sez. V, 3/02/10, n. 17696, in CED Cass. pen. 2010, Cass. pen. 2011, 4, 1515; in riferimento a reati connessi alla funzione pubblica esercitata dall'imputato o indagato, nel caso in cui non venga spiegato “attraverso quali meccanismi i due indagati, che non ricoprono più cariche pubbliche, potrebbero continuare a commettere analoghe condotte criminose” (Cass. pen., sez. VI, 16/12/09, n. 1963, in CED Cass. pen. 2010); nella misura in cui la sussistenza delle esigenze cautelare de qua sia desunta “dal "persistente reticente contegno processuale dell'indagato", che "si è avvalso della facoltà di non rispondere””(Cass. pen., sez. VI, 8/01/07, n. 14120, in Cass. pen. 2008, 3, p. 1138); ove l'impugnato provvedimento contenga un “esplicito riferimento alla sola esigenza di cui alla lettera c) art 274 cpp, che ritiene di supportare facendo accenno alla ordinanza applicativa della misura cautelare (emessa, a quanto si comprende, dal giudice del dibattimento), ma non chiarisce perché essa non sia validamente resistita dalle argomentazioni addotte dalla difesa del (...) che ha fatto riferimento a precise "controcondotte" poste in atto dell'imputato” (Cass. pen., sez. V, 14/02/05, n. 12869, in Cass. pen. 2006, 7-8, 2550); in materia di stupefacenti, quando il giudice di merito si sia limitato “a porre in evidenza le circostanze e modalità del fatto - la ripartizione della sostanza in dosi, la dislocazione della stessa in vari punti dell'autovettura e dell'abitazione, l'atteggiamento dell'imputato che tentava di disfarsi di una dose - neppure accennando alla personalità” (Cass. pen., sez. IV, 1/04/04, n. 37566, in Cass. pen., 2004) di quest'ultimo; laddove il pericolo di reiterazione consegua “dal carattere stesso dei delitti contrastanti, cioè dalla "protezione nel tempo di condotta professionalmente dedicata alla prospettazione dei fatti per cui è indagine””(Cass. pen., sez. V, 28/11/97, n. 5457, in Cass. pen. 1999, 918).

<sup>147</sup> Cass. pen., sez. VI, 10/07/07, n. 30976, in Guida al diritto 2007, 40, 109 (s.m.).

estranee, che dimostrino comunque l'inclinazione, permanente o temporanea, a delinquere”<sup>148</sup>.

In particolare, si è addivenuti a tale considerazione giuridica alla stregua del tenore letterale dell'art. 274, co. I, lett. c), c.p.p. dato che, secondo quanto rimarcato in questa corrente ermeneutica, tale disposizione legislativa, “mantenendo i due parametri di riferimento, delimita gli elementi sintomatici per la valutazione del solo secondo, la personalità, che quindi nulla hanno a che vedere con il primo, la gravità del fatto-reato per cui si procede”<sup>149</sup>.

Secondo un altro indirizzo, all'opposto, preso atto che l'art. 274 c.p.p. “distingue fra circostanze e modalità del fatto, che sono alla base di una valutazione di oggettiva gravità, e atti e comportamenti dell'indagato, che, per quanto inseriti nella medesima vicenda, hanno una valenza soggettiva e riportano ad una valutazione di personalità”<sup>150</sup>, bisogna ritenere che, in questa previsione normativa, “*atti e comportamenti e precedenti penali [siano] disgiuntamente indicati, nel senso che gli elementi per tale valutazione possono trarsi anche solo dagli uni o dagli altri, a seconda della rispettiva, concreta rilevanza e, quindi, anche solo dagli atti e dai comportamenti in difetto di precedenti penali ed anche solo dai precedenti penali, se rilevanti ai fini della valutazione della personalità*”<sup>151</sup> ben potendo l'esigenza in discorso essere desunta “*dalla specifica e concreta gravità del fatto ovvero dai precedenti penali e comportamentali del soggetto, dovendosi soltanto escludere che il giudice possa assumere come sintomo di pericolosità il "tipo" di reato contestato*”<sup>152</sup>.

D'altronde, tale elaborazione ermeneutica è stata fatta discendere “dalla considerazione che la condotta tenuta in occasione del reato costituisce un elemento specifico assai significativo per valutare la personalità dell'agente”<sup>153</sup> essendo stimata la condotta, tenuta in occasione del reato, “*un elemento specifico significativo per valutare la personalità dell'agente*”<sup>154</sup> “e da un'interpretazione

---

<sup>148</sup> Cass. pen., sez. II, 28/09/99, n. 4016, in Ced Cassazione 1999.

<sup>149</sup> In dottrina: P. MADDALENA, *Le esigenze cautelari*, in Aa.Vv., *Commento alle nuove norme sulla custodia cautelare (l. 8 agosto 1995, n. 332)*, Ponte Nuovo, Bologna, 1996, p. 72

<sup>150</sup> Cass. pen., sez. VI, 24/05/07, n. 37087, in *Guida al diritto* 2007, Dossier 10, 64

<sup>151</sup> *Ibidem*

<sup>152</sup> Cass. pen., sez. II, 15/05/07, n. 23059, in *Guida al diritto*, 2007, 28, p. 73.

<sup>153</sup> Cass. pen., sez. IV, 3/07/07, n. 34271, in CED Cass. pen. 2007, Cass. pen. 2008, 9, 3381.

<sup>154</sup> Cass. pen., sez. VI, 11/07/06, n. 29405, in Cass. pen. 2007, 9, 3409

adeguatrice tesa ad eliminare ingiustificate disparità di trattamento, derivanti dal mero dato temporale e dalla maggiore o minore celerità di giudizio, tra indagato già condannato per altro reato ed altro incensurato colpito dalla misura restrittiva per una pluralità di condotte criminose, sintomatiche di personalità caratterizzate da plurimi fatti penalmente rilevanti”<sup>155</sup>.

Si sostiene quindi, alla stregua di tale approccio interpretativo, che la suddetta norma giuridica vada così interpretata non potendosi procedersi “*per categorie di atti, ma secondo l'oggetto della dimostrazione, cioè la pericolosità del soggetto, di cui da la definizione con riferimento alla possibilità della commissione di ulteriori, specifici delitti*”<sup>156</sup> ma per converso mediante la valutazione di “*tutti gli elementi di natura oggettiva e soggettiva che hanno capacità di prova e sono, quindi, idonei a sorreggere una prognosi di pericolosità*”<sup>157</sup>

Secondo un terzo orientamento, per così dire mediano fra quelli menzionati in precedenza, che è stato però “abbandonato”<sup>158</sup>, l’“esigenza cautelare collegata al pericolo di reiterazione di reati (art. 274 lett. c), c.p.p.), deve essere valutata sulla base dei due requisiti, di cui è necessaria la congiunta presenza, costituiti dalle "specifiche modalità e circostanze del fatto" e dalla "personalità" del soggetto sottoposto ad indagini”<sup>159</sup> e, con “riguardo a detto secondo requisito, i "comportamenti o atti concreti", cui pure la norma si riferisce nell'indicare gli elementi sui quali fondare il giudizio sulla personalità, debbono essere diversi da quelli che possono desumersi esclusivamente dal reato per cui si procede, avendo questi ultimi già ricevuto una valutazione quando il giudice ha preso in esame le "specifiche modalità e circostanze del fatto”<sup>160</sup> “trattandosi di indici obiettivi sicuri che denotano la personalità dell'imputato, la sua attitudine a delinquere nello stesso campo di azione e la sua pericolosità sociale”<sup>161</sup>.

---

<sup>155</sup> Cass. pen., sez. IV, 3/07/07, n. 34271, in CED Cass. pen. 2007, Cass. pen. 2008, 9, 3381.

<sup>156</sup> Cass. pen., sez. VI, 24/05/07, n. 37087, in *Guida al diritto*, 2007, Dossier 10, p. 64

<sup>157</sup> Tra questi si è fatto riferimento alle specifiche modalità e circostanze del fatto, indicative dell'inclinazione del soggetto a commettere reati della stessa specie, alla personalità dell'indagato, da valutare alla stregua dei suoi precedenti penali e giudiziari, all'ambiente in cui il delitto è maturato, nonché alla vita anteatta dell'indagato stesso, come pure di ogni altro elemento compreso fra quelli enunciati nell'art. 133 c.p.

<sup>158</sup> Cass. pen., sez. IV, 3/07/07, n. 34271, in CED Cass. pen. 2007, Cass. pen. 2008, 9, 3381.

<sup>159</sup> Cass. pen., sez. II, 20/11/96, n. 4620, in *Arch. nuova proc. pen.* 1997, 36.

<sup>160</sup> *Ibidem*

<sup>161</sup> Cass. pen., sez. IV, 19/12/96, n. 3207, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1997, p.170.



Una recente proposta legislativa del maggio 2013 al fine di limitare la discrezionalità del giudice nell'applicazione della misura cautelare carceraria propone l'introduzione di uno specifico comma che preveda che il pericolo di reiterazione del reato non possa dedursi esclusivamente dalle modalità del fatto-reato e che la personalità dell'indagato (o dell'imputato) non possa parimenti dedursi unicamente dalle circostanze del fatto addebitato.

Sarebbe a tal proposito auspicabile che la Corte europea dei diritti dell'uomo intervenisse in proposito per definire degli *standards* di tutela minimi con riguardo al requisito della concretezza del pericolo di reiterazione di reati della stessa indole.

### **2.3.3. Pericolo di inquinamento probatorio**

Il pericolo di inquinamento probatorio non viene espressamente previsto dalla Convenzione tra i motivi che legittimano la detenzione cautelare.

La Corte europea ha tuttavia preso più volte in considerazione tale esigenza cautelare al fine di confermarne la legittimità precisando che la stessa dovesse essere rapportata allo stato dell'istruzione.

Più in particolare la Corte ha ritenuto che il pericolo di inquinamento probatorio potesse essere concepibile solamente all'inizio delle attività investigative, ma che non potesse giustificare il mantenimento della custodia cautelare quando le acquisizioni probatorie erano ormai state effettuate<sup>162</sup>.

Questa interpretazione – che estende il novero delle esigenze cautelari ad ipotesi non espressamente disciplinate-, per parte della dottrina, non viola il principio della libertà personale dal momento che solamente le ipotesi di restrizione della libertà elencate nel comma 1 debbono essere tassative, diversamente l'elenco del comma 3 art. 5 Cedu può essere considerato meramente esemplificativo<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> Corte e.d.u., Sez. III, sent. 9 novembre 1999, *Debboub alias Hussein Ali c. Francia*, § 44.

<sup>163</sup> Cfr. S.TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005, p. 407; E. BLEICHDRODT, *Right to liberty and security of a person (Article 5)* cit., 472.

Di recente, la Corte di Cassazione è stata investita della questione di compatibilità dell'art. 274 comma 1 lett. a c.p.p. con l'art. 5 § 1 lett. c Cedu<sup>164</sup>.

Il ricorrente aveva, infatti, sostenuto che ci fosse stata una violazione della norma convenzionale in parola, “*per avere il Tribunale di Napoli confermato l'esistenza dell'esigenze di cautela connessa al pericolo per l'acquisizione e la genuinità della prova*”.

La Corte nel respingere la doglianza riconosce la legittimità del provvedimento limitativo della libertà personale con l'art. 5 Cedu, ma invece di analizzare l'ipotesi di cui alla lettera a) prende in esame altra esigenza cautelare –il pericolo di reiterazione del reato- non oggetto di doglianza da parte del ricorrente.

Nel rammaricarsi per l'evidente svista, non sembrano esservi dubbi sulla compatibilità della misura privativa della libertà personale con la necessità di far fronte al rischio che venga compromesso il regolare svolgimento e il genuino risultato delle indagini preliminari con il dettato dell'art. 5 Cedu.

Già in passato la Corte Europea, nel caso *Contrada c Italia*, aveva riconosciuto la legittimità della detenzione cautelare italiana giustificata dal rischio per la regolarità delle indagini, sostenendo il diritto dello Stato a che la giustizia faccia il suo lineare corso<sup>165</sup>.

Anche Francia, Spagna, Germania e Regno Unito, per fare alcuni esempi a noi vicini, annoverano il pericolo di inquinamento probatorio tra le esigenze cautelari<sup>166</sup>.

Più interessante sarebbe stato se la Corte si fosse soffermata nel valutare la persistenza del pericolo di inquinamento probatorio alla luce della giurisprudenza della Corte europea sul criterio della ragionevolezza della durata della custodia.

Se infatti non sembrano esservi dubbi sulla compatibilità astratta della esigenza in parola con la Convenzione europea, è necessario interrogarsi sulla

---

<sup>164</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez VI, 9 gennaio 2013, n.1059 in *Diritto penale e processo*, 2013, pp. 1210-1212.

<sup>165</sup> Nel già citato caso *Contrada* (Corte edu 24 agosto 1998 *Contrada c Italia* § 61) la Corte ha ritenuto fondato il timore che l'ex direttore del Sids di Palermo esercitasse pressione sui testimoni o nascondesse materiale probatorio di altro tipo, in virtù della natura del reato contestatogli (concorso esterno in associazione mafiosa) e della connessione personale che aveva con molte persone informate sui fatti)

<sup>166</sup> Sulla disciplina della custodia cautelare in Europa si rimanda a AA. VV., *Pre-trial Detention in the European Union*, Nijmegen, 2009, 3 ss.

necessità che i motivi addotti a fondamento del protrarsi della misura siano concretamente persistenti.

L'art. 7 lettera b) della Raccomandazione Rec (2006)13, riconosce espressamente che un soggetto possa rimanere in carcere quando vi è il fondato pericolo che egli possa interferire con il regolare svolgimento della giustizia<sup>167</sup>.

Il “*rischio di ostacolo alle indagini*” è d'altronde annoverato tra le legittime esigenze che sostengono l'adozione di una misura cautelare anche nel Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione– COM (2011) 327<sup>168</sup>.

#### **2.3.4 Ragioni di ordine pubblico**

Una quarta specie di esigenze cautelari è stata, infine, enucleata dalla Corte europea con riguardo alla necessità di tutelare l'ordine pubblico.

Si tratta di una ragione cautelare che ha impegnato la Corte soprattutto con riguardo all'ordinamento francese, posto che l'art. 144 c. 7 del codice di rito penale transalpino prevede la possibilità di applicare la custodia cautelare in carcere anche per scongiurare seri problemi di ordine pubblico che potrebbe derivare dal turbamento generato dalla commissione del reato<sup>169</sup>.

Secondo i giudici di Strasburgo solo in circostanze eccezionali certi reati, per la loro gravità, per le modalità della loro commissione o per l'importanza del danno che hanno cagionato, possano causare un turbamento sociale di natura tale da giustificare la custodia cautelare<sup>170</sup>.

La Corte edu ha chiarito che tale esigenza cautelare può essere considerata rilevante e sufficiente a protrarre la detenzione solamente se essa si fonda su fatti idonei a dimostrare che la scarcerazione del detenuto potrebbe realmente turbare l'ordine pubblico, e soltanto se questo continua a essere effettivamente minacciato.

---

<sup>167</sup> V. Raccomandazione 13/2006 del 26 settembre 2007, del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sull'uso della custodia cautelare.

<sup>168</sup> V. il Libro verde della Commissione sulla presunzione di non colpevolezza, COM(2011) 327 del 14 giugno 2011 su [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

<sup>169</sup> Corte e.d.u. 26 settembre 2006, Gerard Bernard c. Francia, § 46.

<sup>170</sup> Corte e.d.u., 13 febbraio 2001, Gombert e Gocharian c. Francia, § 46.

Il suo perdurare, inoltre, non può essere valutato in astratto, sulla sola gravità dei reati, e non può comunque essere utilizzato come strumento di anticipazione di una pena privativa della libertà personale<sup>171</sup>.

Questa impostazione suscita perplessità essendo avulsa da qualsiasi richiamo a esigenze di carattere processuale idonee a consentire una deroga alla presunzione d'innocenza sancita dall'art. 6 comma 2 Cedu<sup>172</sup>.

#### **2.4 La compatibilità delle presunzioni legali con l'art. 5 cedu**

I giudici di Strasburgo hanno affermato che qualsiasi sistema di detenzione cautelare obbligatoria è di per sé incompatibile con l'art. 5 § 3 Cedu<sup>173</sup>.

Le autorità nazionali sono infatti obbligate a giustificare la necessità della detenzione di un imputato presunto innocente.

La previsione della carcerazione obbligatoria è stata esclusa dal punto 1.a della risoluzione CM, Ris (65) 11 sulla detenzione preventiva, nonché dall'art.1 della raccomandazione CM, Racc. (80) 11<sup>174</sup>, concernente la custodia cautelare durante il processo e da ultimo dalla Raccomandazione (2006)13 la quale ha sostituito le due precedenti.

Pertanto laddove le legislazioni nazionali prevedano delle presunzioni circa la sussistenza dei presupposti della custodia, l'esistenza delle ragioni che giustificano la prevalenza della stessa rispetto alla regola della libertà personale andrà comunque dimostrata<sup>175</sup>.

L'inversione dell'onere della prova in capo al detenuto equivale infatti a smentire il principio sancito dall'art. 5, secondo il quale la restrizione della libertà personale rappresenta una eccezione ammissibile solo in una serie tassativa di casi<sup>176</sup>.

---

<sup>171</sup> Corte e.d.u., 27 novembre 1991, *Kemmache c. Francia*, § 52.

<sup>172</sup> O. MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea*, cit., p. 66.

<sup>173</sup> Corte e.d.u., 12 giugno 2008, *Vlasov c. Russia*, § 109; Corte e.d.u., 7 aprile 2005, *Rokhlina c. Russia*, § 67.

<sup>174</sup> A. GIARDA, *Un'importante raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa in tema di carcerazione preventiva*, in *Rivista it. dir e proc. pen.*, 1981, XXIV, pp. 696 ss.

<sup>175</sup> Cfr. M. GIALUZ, *Art. 5 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 151.

<sup>176</sup> Cfr. Corte e.d.u., 9 gennaio 2003, *Shishkov c. Bulgaria*, § 64; Corte e.d.u., 8 aprile 2004, *Belchev c. Bulgaria*, § 76.

Nel 2003 la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata sulla compatibilità del sistema delle presunzioni delineato dal legislatore italiano all'art. 275 comma 3 c.p.p. con i principi dettati dall'art. 5 CEDU<sup>177</sup>.

Come noto, la seconda parte dell'art. 275 comma 3 c.p.p. contiene un'importante deroga ai criteri che normalmente regolano la discrezionalità del giudice nell'applicazione della misura cautelare in quanto introduce due presunzioni:

- una prima, a carattere relativo, avente ad oggetto la sussistenza delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p.: il giudice deve considerarle sussistenti a meno che non consti la "prova" della loro mancanza ("prova" di tipo negativo);

- una seconda, a carattere assoluto, concernente la scelta della misura cautelare personale: ove non sia raccolta la anzidetta "prova" negativa, prevale la previsione vincolante di adeguatezza della sola misura della custodia cautelare in carcere, con esclusione di ogni altra diversa misura.

Con il che il giudice, anziché poter scegliere fra tutte le misure cautelari previste dall'ordinamento vigente, può decidere solo se applicare o meno la più afflittiva tra le medesime.

Una simile deroga era inizialmente prevista nel nostro ordinamento solo in riferimento all'associazione criminale di stampo mafioso nel caso di *"gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 416-bis del codice penale, o ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo"*.

Successivamente il legislatore è più volte intervenuto a modificare la disposizione normativa ampliando il novero dei reati per i quali andava applicata la misura cautelare in carcere<sup>178</sup> o viceversa escludendo la possibilità di applicare la carcerazione preventiva

---

<sup>177</sup> Corte e.d.u., Sez. I, 6 novembre 2003, *Pantano c Italia*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>178</sup> Il d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (in G.U. 16/5/1991 n. 110), come convertito con l. 12 luglio 1991, n. 203 (in G.U. 12/7/1991 n. 162) stabiliva che *"quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 285, 286, 416-bis e 422 del codice penale, a quelli, consumati o tentati, di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 dello stesso codice, ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, ai delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni ovvero ai delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo di guerra parti di esse, di esplosivi, di*

per determinate ipotesi delittuose<sup>179</sup>.

Da ultimo, la legge n.38 del 23 aprile 2009 ha invece esteso tale deroga ai delitti "*di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, primo comma, 600-ter, escluso il quarto comma, 600-quinquies, 609-bis, escluso il caso previsto dal terzo comma, 609-quater e 609-octies del codice penale*"<sup>180</sup>.

Se il giudice ritiene sussistenti i gravi indizi di colpevolezza per uno dei reati predetti e nell'eventualità in cui non emergano elementi tali da indurlo a valutare l'insussistenza delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p., egli dovrà applicare unicamente la misura della custodia in carcere.

Il meccanismo della doppia presunzione assolve al duplice scopo di limitare al massimo i casi di ritenuta insussistenza delle esigenze cautelari e di escludere qualsiasi possibilità di graduazione nella scelta della misura.

Nel caso *Pantano* la Corte edu, pur premettendo come una tale presunzione potesse apparire eccessivamente rigida, impedendo al giudice di verificare l'adeguatezza della misura rispetto alle esigenze cautelari sussistenti nel caso

---

*armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della legge 18 aprile 1975, n. 110, ovvero ai delitti di cui agli articoli 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che le stesse possano essere soddisfatte con altre misure*".

Il d.l. 9 settembre 1991, n. 292 (in G.U. 10/9/1991 n. 212), come convertito con l. 8 novembre 1991, n. 356 (in G.U. 9/11/1991, n. 263), ha introdotto la presunzione assoluta dell'idoneità della sola misura carceraria eliminando le parole "*o che le stesse possono essere soddisfatte con altre misure*". La l. 8 agosto 1995, n. 332 (in G.U. 8/8/1995 n. 184) ha modificato l'articolo limitandolo ai reati di mafia, secondo la dizione riportata nel testo, e come è rimasto in vigore fino alla modifica operata dal decreto legge del febbraio del 2009.

<sup>179</sup> Cfr. dl. 14 luglio 1994, n. 440 che escludeva l'applicabilità della custodia cautelare in carcere e, di conseguenza, individuava negli arresti domiciliari la misura più afflittiva per i reati di peculato, concussione, corruzione, ricettazione, associazione per delinquere non di stampo mafioso. Il citato decreto non è stato convertito in legge.

<sup>180</sup> I delitti previsti dall'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. sono i seguenti: delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 416, comma 6, 416 realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473, 474, 600, 601, 602, 416 bis e 630 c.p., per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'art. 74 TU. sugli stupefacenti e dall'art. 291 quater TU. leggi doganali; delitti consumati con finalità di terrorismo.

Per un quadro di sintesi, G. BARROCU, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, 224.

concreto<sup>181</sup>, ha assunto una posizione meno rigorosa, sulla considerazione che il ricorrente era imputato per un reato legato alla criminalità mafiosa.

Per i giudici di Strasburgo, infatti, la lotta contro tale fenomeno può, in determinati casi, richiedere l'adozione di misure che costituiscono una deroga giustificata all'art. 5 Cedu essendo funzionali a proteggere, anzitutto, la sicurezza e l'ordine pubblico rispetto al pericolo rappresentato dalla criminalità organizzata di stampo mafioso.

In un tale contesto, si è affermato, la presunzione di pericolosità può essere ritenuta legittima considerato, oltretutto, il carattere non assoluto ma relativo della stessa e tenendo in considerazione che in Italia, la detenzione cautelare di indagati e/o imputati del reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. è volta a recidere i legami sussistenti tra tali soggetti e il contesto criminale cui appartengono minimizzando il rischio che si mantengano i contatti con le strutture dell'organizzazione criminale e che si possano commettere, nel frattempo, analoghe condotte criminose.

Per la Corte edu non si può, dunque, non tener conto della specificità del fenomeno della criminalità organizzata (e in particolare, di quella di tipo mafioso), dovendosi riconoscere che la presunzione introdotta dal legislatore italiano si è posta come ragionevolmente necessaria per fronteggiare effettive esigenze di interesse pubblico, in particolare la difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica, così come per ragioni di prevenzione speciale e generale<sup>182</sup>.

In particolare, la Corte europea ha ritenuto che tali presunzioni trovino giustificazione alla luce “*della natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata e soprattutto di quella di stampo mafioso*”.

Rispetto a tali reati le presunzioni di sussistenza delle esigenze cautelari e, soprattutto, di adeguatezza assoluta della misura della custodia cautelare in carcere sono state quindi considerate costituzionalmente e convenzionalmente legittime<sup>183</sup>.

Tuttavia, deve rilevarsi che la questione sollevata dal ricorrente non aveva ad oggetto soltanto la compatibilità con l'articolato convenzionale delle presunzioni

---

<sup>181</sup> Corte e.d.u., 16 novembre 2000, *Vaccaro c. Italia*, ricorso n.41852/98, § 38.

<sup>182</sup> Corte e.d.u., Sez. I, 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*, § 69-71.

<sup>183</sup> In ambito comunitario, la Raccomandazione R (80) 11 del Comitato dei Ministri degli Stati membri del Consiglio d'Europa sul tema della carcerazione provvisoria aveva stabilito che: "anche se non si potesse ritenere l'esistenza dei pericoli di cui sopra [di fuga, di reiterazione o di inquinamento probatorio], la carcerazione provvisoria può tuttavia eccezionalmente giustificarsi in certi casi di reati particolarmente gravi”.

processuali stabilite dall'art. 275, comma 3, c.p.p. per i delitti di stampo mafioso nel momento dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva, ma anche - e soprattutto - la legittimità di tali presunzioni processuali anche nelle vicende successive che attengono più propriamente alla permanenza delle esigenze cautelari e quindi al mantenimento della misura carceraria.

Il ricorrente lamentava un'irragionevole durata della detenzione cautelare: più volte, infatti, i giudici nazionali avevano confermato la misura custodiale sulla base della permanenza dei gravi indizi di colpevolezza, delle esigenze cautelari e, soprattutto, in virtù della presunzione assoluta di adeguatezza di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p.

Nella valutazione dei giudici di Strasburgo, tale aspetto risulta assorbito, quasi interamente, nella verifica della legittimità *ab origine* di tale presunzione, giustificandola con la specificità del fenomeno della criminalità organizzata.

Nell'ordinamento interno, invece, la *quaestio* è stata particolarmente dibattuta atteso che l'art. 299, comma 2, c.p.p. richiede una continua valutazione dell'attualità e permanenza delle esigenze cautelari tali da giustificare il mantenimento della misura custodiale in carcere.

La regola generale comporta dunque una continua verifica, da parte del giudice, circa il permanere delle condizioni che hanno determinato la limitazione della libertà personale e la scelta di una data misura cautelare. Tuttavia, nel disposto del secondo comma dell'art. 299 c.p.p. risulta essere espressamente richiamato (e fatto salvo) lo stesso art. 275, comma 3, c.p.p.

In relazione alle due norme è sorto, dunque, un contrasto interpretativo nella giurisprudenza di legittimità.

Un primo orientamento restringeva l'ambito applicativo della presunzione assoluta di adeguatezza di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p. solo al momento applicativo della misura coercitiva, ritenendo quindi che il giudice funzionalmente competente, attraverso i criteri di adeguatezza e proporzionalità, potesse poi non solo revocare ma anche sostituire la misura<sup>184</sup>.

---

<sup>184</sup> Cass. Pen., Sez. 6, n. 25167 del 18/02/2010, Gargiulo, Rv. 247595; Cass. Pen., Sez. 6, n. 54 del 13/01/1995, Corea, Rv. 200564 e Cass. Pen., Sez. 1, n. 3592 del 24/05/1996, Corsanto, Rv. 205490



Una diversa e prevalente ricostruzione interpretativa, invece, riteneva operante la presunzione assoluta di adeguatezza per l'intera fase di "vita" della misura coercitiva, inibendo così al giudice di graduare la misura cautelare<sup>185</sup>.

Il contrasto è stato risolto dal recente intervento delle Sezioni Unite<sup>186</sup> che sulla base di ragioni di ordine letterale, sistematico e logico hanno avallato tale ultima opzione interpretativa.

In virtù di tale intervento, opera dunque il principio di diritto secondo cui "la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere ex art. 275 c.p.p., comma 3, opera non solo in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva ma anche nelle vicende successive che attengono alla permanenza delle esigenze cautelari"<sup>187</sup>.

Con il medesimo provvedimento, le Sezioni Unite hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p. nella parte in cui stabilisce una presunzione assoluta di adeguatezza della misura carceraria per i reati c.d. di "contesto mafioso" (art. 7 D.L. 152/1991).

Nell'iter motivazionale dell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale si evidenzia il riferimento alla sentenza *Pantano* della Corte europea dei diritti dell'uomo per sottolineare che la presunzione assoluta possa giustificarsi solamente per i delitti di mafia in senso stretto, ma che non possa essere estesa ad ambiti criminosi per i quali vale una regola di esperienza diversa<sup>188</sup>.

---

<sup>185</sup> Cass. Pen., Sez. 1, n. 3274 del 07/07/1992, Bigoni, Rv. 191558; Cass. Pen., Sez. 1, n. 931 del 04/03/1993, Granato, Rv. 193997; Cass. Pen., Sez. 5, n. 1753 del 12/05/1993, Giugliano, Rv. 195408; Cass. Pen., Sez. 3, n. 2711 del 03/08/1999, dep. 21/04/2000, Valenza; Cass. Pen., Sez. 5, n. 24924 del 07/05/2004, Santaniello, Rv. 229877; Cass. Pen., Sez. 6, n. 9249 del 26/01/2005, Miceli Corchettino, Rv. 230938; Cass. Pen., Sez. 6, n. 20447 del 26/01/2005, Marino, Rv. 231451; Cass. Pen., Sez. 2, n. 16615 del 13/03/2008; Cass. Pen., Sez. 5, n. 27146 del 08/06/2010, Femia, Rv. 248034; Cass. Pen., Sez. 6, n. 32222 del 09/07/2010, Galdi, Rv. 247596; Cass. Pen., Sez. 5, n. 34003 del 18/05/2010, Di Simone, Rv. 248410; Cass. Pen., Sez. 2, n. 11749 del 16/02/2011, Armens, Rv. 249686

<sup>186</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. Unite, 19 luglio 2012, n.34473.

<sup>187</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. Unite, 19 luglio 2012, n.34473, con nota di M.E. GAMBERINI, *Le Sezioni Unite sull'operatività della presunzione di esclusiva adeguatezza della custodia in carcere nelle fasi successive a quella genetica: l'art. 275, comma 3, c.p.p. ancora alla Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2013, pag. 42; e di E. FARINELLI, *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Archivio Pen.*, 2013, 1, pp. 1 e ss.

<sup>188</sup> "La deroga, costituita dalle presunzioni di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza della misura carceraria per i delitti di mafia in senso stretto, ha superato il vaglio della Corte Costituzionale e della Corte Europea dei diritti dell'uomo, avendo entrambe le Corti valorizzato le peculiarità di tali delitti, la cui connotazione strutturale astratta, come reati associativi e dunque

Il 29 marzo 2013 è intervenuta, la sentenza di illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p. nella parte in cui stabilisce una presunzione assoluta di adeguatezza della misura carceraria per i reati c.d. di "contesto mafioso" (art. 7 D.L. 152/1991)<sup>189</sup>.

Anche valorizzando le indicazioni fornite dai Giudici europei, la Consulta ha riconosciuto la irragionevolezza di una presunzione assoluta fondata su accadimenti che non rispondono alla generalizzazione posta a base dello stesso criterio previsto nei procedimenti aventi ad oggetto delitti di mafia in senso stretto<sup>190</sup>.

La stessa deroga non viene considerata compatibile con i parametri della Carta fondamentale se riferita a procedimenti concernenti i reati concernenti l'impiego del cosiddetto "metodo mafioso" o la finalizzazione della condotta criminosa all'agevolazione di un'associazione mafiosa, per i quali le regole di esperienza permettono di reputare possibile l'applicazione di altre misure meno gravose di quella carceraria, comunque idonee a fare fronte ai riconosciuti bisogni processuali.

Ancora una volta dunque, risulta evidente la rilevanza assunta dalle pronunce europee nell'ordinamento interno: la giurisprudenza nazionale volge costantemente lo sguardo verso quella europea ricercando una duplice legittimità in relazione alle disposizioni censurate.

Va precisato tuttavia che, in ambedue le sentenze, il riferimento alla sentenza *Pantano* è circoscritto alla legittimità convenzionale in astratto delle presunzioni di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza della misura carceraria per i delitti di mafia in senso stretto.

---

permanenti, rende ragionevoli le presunzioni, e specificamente quella di adeguatezza della custodia carceraria, misura ritenuta maggiormente idonea per soddisfare l'esigenza di neutralizzazione del *periculum libertatis* "connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato e associazione".

<sup>189</sup> Corte Costituzionale, 29 marzo 2013 n. 57 con nota di A. ALBERICO, "Giudizi di fatto" e contiguità mafiosa nella recente giurisprudenza costituzionale, in *Cass. Pen.*, 2014, 2, p. 515; A. MARANDOLA, Sull'(in)adeguatezza della custodia inframuraria applicata ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero il punto di « non ritorno » degli automatismi in sede cautelare, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, 2, 885; R. ADORNO, L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare "obbligatorio": cade la presunzione assoluta anche per i reati di "contesto mafioso", in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, 3, p. 2408

<sup>190</sup> Cfr. E. APRILE, Osservazioni a Corte Costituzionale 25 marzo 2013, n.57, in *Cass. Pen.* 2013, 7-8, p. 2588.

Come anticipato, infatti, la *quaestio* relativa alla operatività di tali presunzioni nelle vicende cautelari successive al momento genetico non trova (purtroppo), nella valutazione dei giudici europei, autonoma considerazione.

La difficoltà di superare la presunzione di responsabilità, da un lato, e l'impossibilità di sostituire la custodia in carcere con una misura cautelare meno affittiva dall'altro, inducono troppo spesso il giudice procedente a confermare lo stato di detenzione fino allo scadere del termine di fase o di quello di durata massima<sup>191</sup>

Le riserve, allora, riguardano “ *l'impossibilità di provare, nel caso concreto, un'attenuazione delle esigenze cautelari tale da permettere l'adozione di una misura meno affittiva della carcerazione*”<sup>192</sup>.

Per evitare la carcerazione è necessario dimostrare l'azzeramento di ogni esigenza cautelare, mentre anche in presenza di un *periculum libertatis* effettivamente blando è disposta e mantenuta la più gravosa delle misure *ante iudicium*.

Secondo larga parte della giurisprudenza, il provvedimento di applicazione o conferma della custodia in carcere può limitarsi a dare atto dell'inesistenza di elementi idonei a vincere la presunzione di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p., senza dover specificamente motivare sul punto: soltanto là dove la difesa alleggi specifiche circostanze dirette a provare positivamente l'assenza di esigenze cautelari nel caso concreto, l'obbligo di motivazione del provvedimento applicativo o confermativo della misura carceraria diventerà allora più oneroso, dovendosi giustificare l'inidoneità dei fatti appositamente allegati a vincere la presunzione<sup>193</sup>.

Per ritenere conseguita una tale prova, in giurisprudenza si è ripetutamente richiesta la dimostrazione dell'avvenuta rescissione definitiva di ogni legame con l'organizzazione mafiosa<sup>194</sup>.

Là dove poi la prova della stabile fuoriuscita dall'associazione venga desunta

---

<sup>191</sup> Per rilievi critici in ordine alla “prova negativa, suscettibile di tradursi, nei fatti, in una sorta di *probatio diabolica*” richiesta all'imputato per superare la presunzione relativa di cui sopra, cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2a ed., Torino, 2009, p.144.

<sup>192</sup> Così G. MANTOVANI, *Dalla Corte europea una "legittimazione" alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia. c.p.p. art. 275 Corte europea diritti dell'uomo*, 6 novembre 2003, in *Legislazione penale*, 2004.

<sup>193</sup> Cass. (S.U.) 5.10.1994, Demitry, in CP 1995, 842

<sup>194</sup> Cass. 18.8.1992, Galatolo, in *Archivio nuova procedura penale*, 1993, 467, e Cass. 8.2.1995, Bonventre, in *Cass. Pen.*, 1996, 2301.

dall'avvio di una collaborazione con la giustizia<sup>195</sup>, la permanenza in libertà nel corso del procedimento “finisce per configurarsi sostanzialmente come un beneficio ulteriore rispetto a quelli espressamente collegati a tale scelta dalla legge”<sup>196</sup>.

#### **4. Le presunzioni legali dopo l'intervento legislativo del 2009**

È evidente che le argomentazioni che stanno alla base della pronuncia *Pantano*, e per le quali la Corte di Strasburgo ha ritenuto giustificata l'adozione della misura cautelare in carcere, si caratterizzano per l'eccezionalità del carattere "mafioso" di certa criminalità organizzata e non sono suscettibili di estensione ai delitti – indubbiamente gravi – per i quali il decreto legge n. 11 del 2009<sup>197</sup> ha previsto l'applicazione dell'art. 275, comma 3, seconda parte.

Delitti tra sé eterogenei e privi dell'immanente pericolosità sociale che promana dalle associazioni di stampo mafioso, come, ad esempio, la violenza sessuale, l'induzione alla prostituzione di un soggetto minorenne o l'associazione a delinquere per la falsificazione di un marchio.

Tale scelta legislativa non può pertanto non apparire poco rispettosa di quei criteri di eccezionalità che secondo la Corte europea consentono di derogare all'art. 5 CEDU<sup>198</sup>.

Sin dai primi commenti è apparso subito evidente che la norma rivelasse evidenti profili di illegittimità costituzionale<sup>199</sup>.

---

<sup>195</sup> Cfr. Cass. 10.1.2000, Galliano, CED 215677, che individua nell'attività di collaborazione, riconosciuta proficua in sede di cognizione, un elemento idoneo a vincere la presunzione di pericolosità, purché non sussistano elementi che inducano ad escludere l'assenza delle esigenze cautelari.

<sup>196</sup> G. MANTOVANI, *op. cit.*, 2004.

<sup>197</sup> Decreto legge, 23 febbraio 2009, n.11, in Gazz. Uff., 24 febbraio, n. 45. - Decreto convertito, con modificazioni, in legge 23 aprile 2009 n.38 - Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori (stalking).

<sup>198</sup> Tale violazione dell'art. 5 CEDU, così come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, è stata ritenuta configurare anche la violazione dell'art. 117, comma 1, cost. che sancisce l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

<sup>199</sup> Sulla portata della riforma del 2009, cfr. fra tanti G. ANDREAZZA, *L'ennesima modifica dell'art. 275, co. 3, c.p.p., cit.*, p.3342; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Estesa l'obbligatorietà della custodia in carcere*, in *Guida al Dir.*, 2009, n. 10, p. 45; E. DI DEDDA, *La novella in tema di contrasto alla violenza sessuale e atti persecutori: primi rilievi processuali*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2009, 425; T. EPIDENDIO, *Presunzioni e misure cautelari personali*, in *Sistema penale e*

In ossequio al *favor libertatis* che ispira l'art. 13 Cost., il giudice deve scegliere la soluzione che comporta il minore sacrificio della libertà personale. Dal che si ricava che proporzionalità ed adeguatezza della misura cautelare ne rappresentano corollari naturali.

Ne discende pertanto che la compressione dei suddetti principi, ove la misura custodiale non trovi adeguata ragione giustificatrice nell'esigenza di tutelare altri interessi, pure costituzionalmente protetti, lede l'art. 3 Cost., per irragionevolezza, concretando un uso distorto della discrezionalità legislativa.

Con riguardo alle presunzioni assolute, la Corte costituzionale ha avuto occasione di chiarire che “le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*”<sup>200</sup>.

In particolare, secondo la Corte di Cassazione, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa, e una irragionevolezza del genere è stata riscontrata rispetto alla presunzione assoluta dell'art.275, comma 3, c.p.p., nella parte in cui era riferita ad alcuni delitti a sfondo sessuale<sup>201</sup>, all'omicidio volontario<sup>202</sup>, all'associazione

---

“sicurezza pubblica”: le riforme del 2009, Milano, 2009, 405; A. GARGANI, *Premessa*, sub Commento al D.l. 23.2.2009 n. 11, conv., con modif., in l. 23.4.2009 n. 38 – Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori, in *Leg. Pen.*, 2009, p. 415; A. MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, p. 947; E. MARZADURI, *Il ricorso alla decretazione d'urgenza condizionato dal diffuso allarme sociale*, in *Guida al Dir.*, 2009, n. 10, p. 39; P. MOSCARINI, *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, cit., p. 227; F. RESTA, *Il decreto-legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale*, in *Giur. Merito*, 2009, p. 891; S. RUGGERI, *Commento all'art. 2 D.l. 23.2.2009 n. 11, conv., con modif., in l. 23.4.2009 n. 38*, cit., 429 ss.; A. SCAGLIONE, *I “pacchetti” sicurezza del 2009: profili processuali. Prospettive de iure condendo*, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 447; F. ZACCHÉ, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 2009, p. 283.

<sup>200</sup> Così, *ex plurimis*, Corte Cost., 16 aprile 2010, n. 139 in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)

<sup>201</sup> Sentenza n. 265 del 2010 con nota di P. TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 949

<sup>202</sup> Corte Cost., 12 maggio 2011 n. 164 con nota di S. LONGO, *Illegittimità costituzionale delle presunzioni in materia cautelare*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 330.

finalizzata al traffico di stupefacenti<sup>203</sup>, all'associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p.<sup>204</sup> e anche rispetto alla presunzione assoluta dell'art. 12, comma 4-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, relativa ad alcune figure di favoreggiamento delle immigrazioni illegali<sup>205</sup>.

Nella sentenza n. 265 del 2010, la Suprema Corte ha osservato che ai delitti a sfondo sessuale presi in considerazione non è estensibile la *ratio* già ritenuta dall'ordinanza della Corte Costituzionale n. 450 del 1995<sup>206</sup> sui reati di criminalità organizzata di tipo mafioso, nonché dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Pantano c. Italia*, “idonea a giustificare la deroga alla disciplina ordinaria quanto ai procedimenti relativi a delitti di mafia in senso stretto”.

Tale *ratio* per l'associazione di tipo mafioso si basa sulla constatazione che “dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche - connesse alla circostanza che l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice - deriva, nella generalità dei casi concreti ad essa riferibili e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere, non essendo le misure "minori" sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità”.

Nella stessa prospettiva, la Corte Costituzionale nella sentenza n. 164 del

---

<sup>203</sup> Corte Cost., 22 luglio 2011, n. 231 in *Cass. Pen.*, 2011, p. 4251 con nota di L. SCOMPARIN, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi*, in *Giur. cost.*, 5, 2011, pag. 3730; A. MARANDOLA, *Associazione per il narcotraffico e negazione della «ragionevolezza» della carcerazione obbligatoria fra corte costituzionale e sezioni unite*, in *Giur. cost.*, fasc.4, 2011, pag. 2965.

<sup>204</sup> Corte Cost., 3 maggio 2012, n. 110 in *Cass. pen.*, 2012, p. 2923.

<sup>205</sup> Corte Cost., 12 dicembre 2011, n. 331 in *Cass. Pen.*, 2012, p. 1248.

<sup>206</sup> Cfr. Corte Cost., 24 ottobre 1995, n. 450 in *Cass. pen.* 1996, p. 449 con la quale è stata dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 275 comma 3 c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 3, 13 comma 1 e 27 comma 2 Cost. per i delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso (l. n. 332 del 1995) atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato.

2011 ha sottolineato che, nonostante la gravità del delitto di omicidio, la presunzione assoluta di cui si discute non può considerarsi, in effetti, rispondente a un dato di esperienza generalizzato, ricollegabile alla "struttura stessa" e alle "connotazioni criminologiche" della figura criminosa.

Non si è, difatti, al cospetto di un reato che implichi o presupponga necessariamente un vincolo di appartenenza permanente a un sodalizio criminoso con accentuate caratteristiche di pericolosità - per radicamento nel territorio, intensità dei collegamenti personali e forza intimidatrice - vincolo che solo la misura più severa risulterebbe, nella generalità dei casi, in grado di interrompere<sup>207</sup>.

Neanche la natura associativa del reato è stata considerata sufficiente, di per sé sola, a legittimare la presunzione contenuta nella norma censurata, dato che nelle altre fattispecie associative considerate dalla Corte Costituzionale non è stata riscontrata la peculiarità dell'associazione di tipo mafioso che, sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre, da un lato, una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale e, dall'altro, una diffusività dei risultati illeciti, a sua volta produttiva di accrescimento della forza intimidatrice del sodalizio criminoso<sup>208</sup>.

Connotazioni analoghe non caratterizzano le figure criminose che hanno formato oggetto delle diverse pronunce di illegittimità costituzionale già ricordate e che abbracciano fatti marcatamente eterogenei tra loro e suscettibili di proporre, in un numero non marginale di casi, esigenze cautelari adeguatamente fronteggiabili con misure diverse e meno afflittive di quella carceraria.

È per questa ragione che l'art. 275, comma 3, c.p.p. (così come l'art. 12, comma 4 bis, del d.lgs. n. 286 del 1998), nella parte in cui si riferiva a tali figure, è stato ritenuto in contrasto con gli artt. 3, 13 primo comma e 27, secondo comma Cost.

Il contrasto, però, non è risultato tale da far cadere completamente la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere, ma ne ha determinato la trasformazione da assoluta in relativa, rendendola superabile attraverso l'acquisizione di "elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti

---

<sup>207</sup> A. MARANDOLA, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*, in *Giur. cost.*, 3, 2011, p. 2163; T. RAFARACI, *Omicidio volontario e adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la consulta censura la presunzione assoluta*, in *Giur. cost.*, fasc. 5, 2011, p. 3722.

<sup>208</sup> Cfr. Corte Cost., 22 luglio 2011, n. 231 in *Cass. Pen.*, 2011, p. 4251.

che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure”<sup>209</sup>.

Per la Corte Costituzionale ciò che vulnera i parametri costituzionali richiamati non è la presunzione in sé, ma il suo carattere assoluto, che implica una indiscriminata e totale negazione di rilevanza al principio del "minore sacrificio necessario", la previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia carceraria - atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio, suggerita da aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi di segno contrario - non eccede i limiti di compatibilità costituzionale, rimanendo per tale verso non censurabile l'apprezzamento legislativo circa la ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso<sup>210</sup>.

Ad avviso di chi scrive, per tali ipotesi delittuose inserite dalla legge n.38 del 2009 nell'art. 275 c.p.p. anche la presunzione relativa pone tuttavia problemi di compatibilità con l'art. 5 Cedu.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, infatti, eccezionalmente ammesso la presunzione relativa solo in considerazione della riconosciuta peculiarità dei processi per reati di mafia<sup>211</sup>; non risultando, ragionando *a contrariis*, pertanto legittima tale presunzione, anche se relativa, con riguardo ad altre ipotesi delittuose.

Tutte le sentenze della Corte costituzionale citano la sentenza *Pantano* per concludere nel senso di una idoneità a giustificare la deroga alla disciplina ordinaria quanto ai procedimenti relativi a delitti di mafia in senso stretto.

Si può comprendere, tuttavia, come nella realtà applicativa, sia vicino il confine con la presunzione assoluta<sup>212</sup>, giacché le circostanze dalle quali desumere la cessazione della pericolosità degli indagati/imputati, secondo l'interpretazione fornita

---

<sup>209</sup> Così si esprime la Corte Costituzionale in tutte le sentenze ove è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art.275 comma 3 c.p.p.

<sup>210</sup> Cfr. Corte Cost., 23 luglio 2013, n. 232, in *Cass. Pen.* 2013, 12, p. 4330.

<sup>211</sup> Sul punto vedi anche M. CHIAVARIO, *La Corte e la tutela dei diritti umani: di fronte a vecchie e nuove sfide, Relazione al convegno su Giurisprudenza Costituzionale ed evoluzione dell'ordinamento italiano*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). L'autore confronta la sentenza della Corte Europea Pantano con l'ordinanza Corte cost. n. 450/1995 per desumerne che non sussiste “una generica legittimazione a qualunque deroga alle regole comuni, all'insegna dell' “à la guerre comme à la guerre”; ma –pur nella sottolineatura dell'esigenza di una vigilante attenzione per il pericolo rappresentato dalla mafia e dalle organizzazioni similari- una conferma della necessità di vagliare le singole regole e le loro applicazioni”.

<sup>212</sup> Corte cost., ord. 4 maggio 2009 n. 133. Sono riportate le interpretazioni fornite dalla Corte di Cassazione del concetto di "circostanze dalle quali desumere la cessazione della pericolosità".



dalla Corte di cassazione, e ripresa dal giudice costituzionale, consistono solamente nella prova dell'avvenuto scioglimento dell'associazione, ovvero dell'avvenuto recesso dalla stessa dell'indagato, ovvero nel positivo accertamento della impossibilità per l'indagato di svolgere ancora, in concreto, una attività conforme al suo ruolo all'interno dell'organizzazione mafiosa<sup>213</sup>.

Ebbene, tale presunzione "relativa" pare essere ancora più rigida in relazione ai delitti inseriti dalla legge n.38 del 2009 nell'art. 275, comma 3 c.p.p., ove si riscontra una considerevole difficoltà ad individuare quali elementi potrebbero, ad esempio, far venir meno la presunzione di pericolosità nell'ipotesi di stupro o di sfruttamento della prostituzione minorile<sup>214</sup>.

La deroga al regime cautelare ordinario non pare allora altrettanto giustificabile in relazione a fattispecie delittuose di matrice prettamente individuale, quali quelle dei reati a sfondo sessuale e di omicidio volontario, laddove i fatti concreti non solo presentano disvalori nettamente differenziabili, ma anche e soprattutto possono proporre esigenze cautelari suscettibili di essere soddisfatte con diverse misure<sup>215</sup>.

Si tratta, in concreto, di casi di c.d. *irrebuttable presumptions*, applicabili ad altrettanti reati di natura eterogenea e aventi un diverso livello di gravità<sup>216</sup>.

---

<sup>213</sup> L'ultima ipotesi potrebbe verificarsi, sostiene la Corte Suprema, qualora "il ruolo svolto dall'interessato è stato caratterizzato da assoluta specificità e da esclusivo rilievo soggettivo, che rendono impossibile l'ulteriore attività criminosa".

<sup>214</sup> Così L. FERRERO, *La novella dell'art. 275, comma III, c.p.p.: le presunzioni cautelari a garanzia della pubblica sicurezza tra Costituzione e CEDU*, in *Convenzione europea sui diritti dell'uomo. Processo penale e garanzie*, a cura di Gambini-Salvadori, Edizioni Scientifiche, 2010, p. 122.

<sup>215</sup> Tenuto conto che "per quanto odiosi e riprovevoli, i fatti che integrano i delitti in questione ben possono essere e in effetti spesso sono meramente individuali, e tali, per le loro connotazioni, da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura": così Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, cit.

<sup>216</sup> La Corte europea ha più volte evidenziato che la gravità del reato per il quale si procede non è sufficiente a giustificare la prosecuzione della detenzione in carcere per l'intera durata del procedimento. Cfr., in relazione ad un reato di omicidio volontario da parte di un appartenente ad un gruppo criminale organizzato, Corte e.d.u., Sez. I, 19 marzo 2009, *Lyubimenito v. Russia*, § 69-70.



## CAPITOLO III

### LA RAGIONEVOLE DURATA DELLA CUSTODIA CAUTELARE

Sommario: 3.1 Premessa; 3.2 I confini temporali della custodia cautelare; 3.3 I termini di durata massima della carcerazione preventiva; 3.4. Riesame periodico dei motivi di custodia cautelare; 3.5 La scarcerazione subordinata al rilascio di garanzie che assicurino la comparizione della persona all'udienza

#### **3.1. Premessa.**

La Convenzione riconosce quale fondamentale diritto del soggetto *in vinculis* di essere giudicato entro un termine ragionevole o di essere posto in libertà durante l'istruttoria.

L'alternativa fra il giudizio in tempi ragionevoli e la scarcerazione è stata sin da tempi risalenti inquadrata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo alla stregua di un criterio che conduce a una liberazione obbligatoria dell'imputato nel momento in cui la detenzione cautelare superi i limiti della ragionevolezza, ossia

quelli del sacrificio della libertà che, attraverso una valutazione dei dati della causa, può essere ragionevolmente inflitto a una persona presunta innocente<sup>217</sup>.

Diversamente, se si interpretasse la disposizione come una rigida alternativa tra il provvedere ad un giudizio celere o porre in libertà l'accusato, saremmo di fronte a una interpretazione quantomeno contraddittoria con l'art. 6 comma 1 Cedu<sup>218</sup>.

La Corte si è trovata a spiegare che, al di là del tenore lessicale dell'art. 5 § 3 non è contenuta un'alternativa libera, quasi sia consentito *tout court* alle autorità giudiziarie di protrarre indeterminatamente l'*iter* degli accertamenti, purchè la persona arrestata sia nel frattempo rimessa in libertà<sup>219</sup>.

E' di tutta evidenza che l'individuazione della portata della garanzia stabilita dall'art. 5 § 3 passa attraverso la concretizzazione del parametro della "ragionevolezza".

Il termine, connotato da un certo margine di imprecisione, andrà verificato in concreto tenendo conto delle peculiarità del caso.

In un primo momento la Commissione aveva elaborato un approccio cd. unitario, secondo il quale, al fine di valutare la ragionevolezza della durata della detenzione, si doveva tener conto di sette criteri che ruotavano sostanzialmente intorno alla dimensione temporale.

Riprendendo indicazioni provenienti dai paesi di *common law*, si suggeriva, infatti, di prendere in considerazione: la durata della detenzione in sé considerata; la durata della detenzione valutata con riguardo alla natura del reato e alla pena irrogabile; alle conseguenze morali e materiali subite dall'accusato a causa della detenzione, alla condotta dell'imputato; alle difficoltà dell'istruttoria; al modo in cui l'istruttoria è stata condotta; al comportamento dell'istruttoria giudiziaria nell'esame delle istanze di liberazione e nel giudizio sulla causa<sup>220</sup>.

---

<sup>217</sup> Corte e.d.u. 27 giugno 1968, *Wemhoff c. Germania*, § 5.

<sup>218</sup> Cfr. G. UBERTIS, *op.cit.*, p. 112

<sup>219</sup> Cfr. M. PISANI, *op. cit.*, p. 135

<sup>220</sup> In dottrina R. BEDDARD, *Human Rights and Europe*, Cambridge, 1993, p. 139; M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cit.*, p. 236; C. CONTI, *La sospensione dei termini di custodia cautelare. Modelli rigidi e flessibili a confronto*, Padova, 2001, p.52

Sin da subito, la Corte edu ha, tuttavia, rigettato esplicitamente tale impostazione<sup>221</sup> ed ha adottato un modello cd. bifasico, che ruota intorno a due momenti: anzitutto occorre verificare se sussistono ragioni rilevanti e sufficienti che giustifichino la protrazione della custodia cautelare; in caso di esito positivo segue un sindacato volto a verificare se l'estensione della protrazione della custodia cautelare è davvero ragionevole in considerazione delle caratteristiche della singola causa<sup>222</sup>.

Volendo procedere per gradi, le questioni che devono essere affrontate in relazione al diritto di essere giudicati in un tempo ragionevole coinvolgono i seguenti aspetti:

- 1) L'arco temporale da prendere in considerazione ai fini dell'applicazione dell'art. 5 § 3 Cedu
- 2) I termini di durata massima della carcerazione preventiva
- 3) Il riesame periodico dei motivi di custodia cautelare
- 4) La scarcerazione subordinata al rilascio di garanzie che assicurino la comparizione della persona all'udienza

### **3.2 I confini temporali della custodia cautelare**

Evidentemente preliminare alla valutazione concernente la ragionevolezza della durata della custodia cautelare è la definizione dei suoi confini temporali.

Per quanto riguarda il *dies a quo* non sembrano profilarsi particolari problemi interpretativi, dovendo identificarsi con il giorno in cui inizia la privazione della libertà, che non coincide necessariamente con quello di esordio del procedimento penale determinato con riguardo all'art. 6 comma 1 Cedu, dato che la privazione della libertà può avvenire ovviamente anche in un momento precedente (ad es. arresto in flagranza) o successivo all'avvio delle attività procedurali.

Per quanto riguarda, invece, l'individuazione del *dies ad quem* occorre comprendere esattamente il significato dell'art. 5 comma 3 Cedu, quando statuisce,

---

<sup>221</sup> Corte e.d.u. 27 giugno 1968, *Wemhoff c. Germania*, § 12.

<sup>222</sup> Cfr. J. L. MURDOCH, *L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg : Les éditions du Conseil de l'Europe, 2003, p. 81.

a favore della persona ristretta *in vinculis*, "il diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole".

La Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene che il termine "giudicata" vada inteso come sinonimo di "giudicata nel merito in primo grado" e non di "rinviata a giudizio" o di "giudicata irrevocabilmente"<sup>223</sup>.

Questa interpretazione risponde all'esigenza di evitare che non trascorra troppo tempo tra la chiusura delle investigazioni e la data fissata per il dibattimento, ma lascia tuttavia irrisolto il problema con riferimento alle eventuali lunghezze procedurali dopo la sentenza di primo grado, per l'espletamento delle attività relative alla celebrazione dei giudizi di impugnazione<sup>224</sup>.

La constatazione che all'interessato è comunque riconosciuta la possibilità - segnalata pure in giurisprudenza<sup>225</sup> - di ricorrere davanti agli organi di giustizia europei per l'eventuale inosservanza, in sede di impugnazione, del già ricordato "termine ragionevole" previsto dall'art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo come limite alla durata del procedimento, non contribuisce comunque a risolvere tale questione, dato che trattasi di profili palesemente diversi<sup>226</sup>.

### **3.3 I termini di durata massima della carcerazione preventiva**

La portata della previsione di cui all'art. 5 § 3 della Convenzione risulta il frutto della necessità di rendere la pattuizione compatibile con i differenti contesti degli Stati aderenti, che annoverano non solo sistemi connotati da una rigida

---

<sup>223</sup>Corte e.d.u., 28 marzo 1990, B. c. Austria, § 35-40. La scelta tra le diverse opzioni è ricaduta sulla soluzione intermedia e di sintesi rispetto alla traduzione dei due diversi testi, inglese che parla di giudizio ("shall be entitled to trial within a reasonable time") e francese che fa riferimento alla comparizione davanti al giudice ("le droit d'être jugée dans un délai raisonnable").

<sup>224</sup> Cfr. G. UBERTIS, *op.cit.*, p. 114 Ciò salvaguarda gli ordinamenti più liberali che accordano più gradi di giudizio, allontanando il momento del passaggio in giudicato della sentenza.

<sup>225</sup> Cfr. sent. 27 giugno 1968, *Wemhoff c. Germania*, § 9

<sup>226</sup> Le due disposizioni non sono infatti un *unum et idem*, ben potendovi essere dei ritardi che comportano la violazione dell'art. 5.3 pur restando compatibili con l'art.6.1 mentre nel caso dell'imputato detenuto si richiede, negli organi giudiziari precedenti, una particolare "diligenza".

predeterminazione della durata massima della custodia, ma anche sistemi ove vigono limiti cronologici flessibili<sup>227</sup>.

Volendo a tal proposito individuare dei modelli teorici relativi alla disciplina dei termini di durata delle misure cautelari, si è precisato che accanto ai modelli rigidi (quello italiano) ed ai modelli flessibili<sup>228</sup>, si sono affiancati i cd. sistemi misti<sup>229</sup> che unitamente a limiti prefissati di durata contengono meccanismi elastici di correzione<sup>230</sup>.

La Corte e.d.u. sposa un sistema di termini flessibile<sup>231</sup>: non definisce in termini assoluti quando la durata si presume ragionevole, non fornisce un numero preciso di anni o mesi, occorrendo valutare tanto la particolare diligenza tenuta dalle autorità, quanto la persistenza delle ragioni plausibili idonee nel tempo a prolungare la detenzione.

Uno dei principali problemi di questo sistema dipende dal fatto che la ragionevolezza della detenzione dipende dalle circostanze del caso, dal comportamento delle autorità ed in particolare dalla loro diligenza.

Apparentemente non vi è un limite massimo, tuttavia, analizzando la giurisprudenza della Corte di Strasburgo se ne ricava che nessuna forma di

---

<sup>227</sup> Sulla possibile individuazione di due modelli teorici relativi alla disciplina dei termini cautelari: il modello rigido (quello italiano), da un lato, e il modello flessibile (quello statunitense), dall'altro lato, affiancati dai sistemi misti (molti fra quelli europei) <sup>227</sup> Cfr. C. CONTI, *La sospensione dei termini di custodia cautelare. cit.*, p. 12 ss

<sup>228</sup> Sulla base del codice di procedura penale tedesco, non esiste un "limite massimo per la carcerazione preventiva"; questa può essere disposta per una durata superiore ai sei mesi solo se "speciali difficoltà o circostanze speciali delle indagini o un'altra importante ragione" non consentano "la decisione da parte di una Corte"; il controllo e la decisione "sulla durata della carcerazione preventiva" spetta alla "Alta Corte regionale", alla quale devono essere presentati i fascicoli del caso prima della scadenza dei sei mesi. Ugualmente nel Belgio non sono previsti termini massimi di carcerazione preventiva ma soltanto, per reati puniti con pena superiore ad un anno di reclusione, l'esame in camera di consiglio da parte della giurisdizione d'istruzione, una prima volta entro il quinto giorno dall'arresto e, successivamente, con cadenza mensile.

<sup>229</sup> Sul punto si rimanda allo studio su "*Pre-trial detention in the European Union, An Analysis of Minimum Standards in Pretrial Detention and the Grounds for Regular Review in the Member States of the EU*" realizzato dalle Università di Tilburg, Paesi Bassi, e Greifswald, Germania.

<sup>230</sup> Secondo il Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione, Bruxelles, 14.6.2011 COM(2011) 327, in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), i periodi eccessivamente lunghi di custodia cautelare sono gravemente nocivi per la persona e l'esistenza di un sistema di custodia cautelare di durata eccessiva in uno Stato membro in particolare, può deteriorare la fiducia reciproca.

<sup>231</sup> Cfr. M. GIALUZ, P. SPAGNOLO, *Reasonable length of pre-trial detention: rigid or flexible time limits? A study on Italy from a European perspective*, in *European Criminal Law Review*, 2013, p. 225.

detenzione cautelare che ecceda i due anni è stata considerata “ragionevole” ai sensi dell’art.5 § 3 Cedu<sup>232</sup>.

Questo non significa che durate inferiori siano state automaticamente riconosciute dalla Corte come rispettose del parametro stabilito dall’art. 5 Cedu.

In questo senso si è più volte affermato che la previsione di termini flessibili di durata della detenzione preventiva riesce a bilanciare interesse pubblico e diritto alla libertà personale, tendendo alla minimizzazione del sacrificio per l’individuo<sup>233</sup>.

Se da un lato il mancato rispetto dei limiti massimi di durata della custodia cautelare integra automaticamente una violazione del requisito di legalità contemplato dall’art. 5 comma 1 Cedu per qualunque misura privativa della libertà personale, la loro osservanza non sarebbe di per sé garanzia di conformità ai precetti di fonte internazionalistica.

Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, invero, resta di sua competenza l’apprezzamento dei motivi che nel caso concreto hanno indotto gli organi interni a mantenere *in vinculis* un individuo che eccepisca l’insussistenza di ragioni legittimanti il perdurare della sua detenzione.

Per valutare la ragionevolezza della durata della misura cautelare, pertanto, non è sufficiente indicare dei termini aprioristici, ma occorre portare l’esame sul carattere ragionevole dei motivi che l’hanno determinata<sup>234</sup>: bisogna analizzare sia le argomentazioni sostenute dalle autorità interne per il rigetto delle richieste di scarcerazione sia le circostanze addotte dall’interessato davanti a tali autorità<sup>235</sup>, specialmente se non controverse<sup>236</sup>.

La valutazione va effettuata, caso per caso, in base alle peculiarità della causa, considerando che il prolungamento della detenzione è giustificato solo se elementi concreti - di cui deve essere dato conto nel provvedimento di rigetto della domanda di remissione in libertà<sup>237</sup> - ne rivelino un’effettiva necessità di interesse

---

<sup>232</sup> S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 530-531

<sup>233</sup> P. TONINI-C. CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo: come perseguire una durata ragionevole*, in *Diritto penale e processo*, 2003, p. 361.

<sup>234</sup> Corte e.d.u. 10 novembre 1969, *Stögmüller c. Austria*, § 4

<sup>235</sup> Corte e.d.u. 27 giugno 1968, *Wemhoff c. Germania*, § 12

<sup>236</sup> Corte e.d.u. 26 giugno 1991, *Letellier c. Francia*, § 35

<sup>237</sup> Corte e.d.u. 28 ottobre 1998, *Assenov e altri c. Bulgaria*, § 154



pubblico, prevalente, nonostante la presunzione d'innocenza, sulla regola del rispetto della libertà individuale<sup>238</sup>.

Per saggiare l'effettivo rispetto della ragionevole durata della custodia, la Corte europea ha individuato alcuni criteri –guida, che ricordano da vicino quelli elaborati in rapporto alla ragionevole durata del processo, anche se opportunamente intesi in termini più stringenti: la complessità della causa; il comportamento dell'imputato; il comportamento delle autorità competenti.

È specialmente con riguardo a quest'ultimo profilo che l'art. 5 comma 3 Conv. eur. dir. uomo richiede alle autorità procedenti una particolare diligenza nella conduzione del procedimento<sup>239</sup>, tanto che certi ritardi istruttori potrebbero essere compatibili con il requisito della durata ragionevole del procedimento prescritto dall'art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo (e trasfuso nel nuovo testo dell'art. 111 comma 2 Cost.), ma non con il diverso (seppure analogo) precetto relativo alla durata ragionevole della custodia cautelare, contemplato dall'art. 5 comma 3 Conv. eur. dir. uomo<sup>240</sup>.

Verrebbe allora riscontrata l'inosservanza di quest'ultima disposizione anche riguardo a una detenzione fondata su legittime esigenze cautelari, qualora la causa si protraesse in maniera eccessiva rispetto alla sua effettiva complessità e al comportamento del ricorrente<sup>241</sup>: sebbene il diritto del detenuto a veder trattato il suo caso con priorità e con speciale celerità vada sempre temperato con l'esigenza di non nuocere alla buona amministrazione della giustizia<sup>242</sup> e, in particolare, agli sforzi dei magistrati diretti sia a fare pienamente luce sui fatti denunciati, sia a fornire all'accusa e alla difesa ogni facilitazione concernente la presentazione delle loro prove e delle loro argomentazioni, sia a emettere la decisione in seguito a una matura riflessione sull'esistenza del reato e sull'entità della pena<sup>243</sup>.

La disciplina italiana dei termini di durata massima della custodia cautelare è regolata *in primis* dall'art. 13 comma 5 Cost. e poi dagli artt. 303 ss. c.p.p.

---

<sup>238</sup> Corte e.d.u. 24 agosto 1998, *Contrada c. Italia*, § 54

<sup>239</sup> Corte e.d.u. Sez. III, sent. 9 novembre 1999, *Debboub alias Hussein Ali c. Francia*, § 39

<sup>240</sup> Corte e.d.u. 10 novembre 1969, *Stögmüller c. Austria*, § 5

<sup>241</sup> Corte e.d.u. 27 agosto 1992, *Tomasi c. Francia*, § 102; Corte e.d.u., 16 luglio 1971, *Ringeisen c. Austria*, § 100.

<sup>242</sup> Corte e.d.u. 10 novembre 1969, *Matznetter c. Austria*, § 12

<sup>243</sup> Corte e.d.u. 27 giugno 1968, *Wemhoff c. Germania*, § 17.

Il riconoscimento costituzionale del diritto del detenuto in attesa di giudizio di non subire *sine die* la privazione della libertà personale, è stato considerato una “grande conquista sulla via della tutela della libertà personale dell’imputato”<sup>244</sup>.

La previsione dell’ultimo comma dell’art. 13 Cost. colloca l’Italia tra i Paesi aderenti alla Convenzione che hanno adottato un sistema rigido di calcolo della durata complessiva della misura cautelare privativa della libertà personale<sup>245</sup>.

Era, infatti, convinzione del Costituente che solo attraverso la predeterminazione legale di “limiti massimi” di durata della custodia, si sarebbe potuto chiudere un “lungo capitolo di inciviltà processuale” ove predominava una concezione illiberale e poliziesca dei rapporti tra cittadino e autorità ed una perversa equazione tra tempi del giudizio e tempi della detenzione<sup>246</sup>.

A fronte dell’indicazione costituzionale, la disciplina codicistica è stata, invero, più volte modificata da un legislatore nazionale particolarmente sensibile alle ondate emozionali derivate da gravi episodi di criminalità e dal paventato rischio di "scarcerazioni facili" o, all'opposto, da sensazioni di una raggiunta maggior tranquillità nei rapporti sociali<sup>247</sup>.

Con l’inserimento a partire dagli anni ‘70 di istituti quali la proroga e la sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare, si è assistito ad un processo di relativizzazione dei termini.

Questi istituti, anche se rispondono a chiare esigenze pratiche volte ad evitare il rischio di scarcerazioni per decorrenza dei termini, appaiono come un aggiramento dello sbarramento costituito dall’art. 13 Cost, fanno salva la riserva di legge espressa dalla norma su menzionata, ma piegando ad esigenze contingenti il protrarsi della limitazione della libertà personale.

Si sono invero prefissate soglie massime per ciascun stadio del procedimento per evitare che all’imputato siano addossati i “tempi morti” intercorrenti tra le diverse fasi processuali, tuttavia, gli istituti via via aggiunti dal legislatore – proroghe, ricalcoli, compensazioni, innalzamenti automatici – hanno fatto sì che il

---

<sup>244</sup> V. GREVI, *Libertà personale dell’imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p. 191.

<sup>245</sup> Cfr. M. CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo sulla durata massima della custodia cautelare*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2014, p. 824.

<sup>246</sup> Cfr. G. AMATO, *Art. 13 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1977, p.23.

<sup>247</sup> G. UBERTIS, *La giurisprudenza di fronte alle possibili violazioni della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista dell’amministrazione penitenziaria*, n. 5, 2001.

momento dell'estinzione "automatica" del titolo cautelare scatti quasi sempre al raggiungimento dei cosiddetti limiti "finali"<sup>248</sup>.

Non s'è mancato di sottolineare che un simile sistema dovrebbe essere profondamente rimeditato stante il "desolante massimalismo" in cui è afflitto il quadro costituzionale<sup>249</sup>.

In questo apparato normativo disinvoltamente elusivo dell'art. 13 Cost., la Corte Costituzionale italiana aveva inizialmente considerato ininfluenza la normativa convenzionale per valutare la conformità a Costituzione della disciplina della durata massima della carcerazione preventiva, dal momento che "*una valutazione della ragionevolezza che non sia ancorata ad un criterio concreto, ma solo ad una enunciazione vaga ed elastica, può riuscire opinabile in difetto di un'analisi più articolata ed approfondita*"<sup>250</sup>.

Solo successivamente, si è fatto esplicito riferimento alla necessità di parametrare le disposizioni interne in tema di durata della carcerazione preventiva anche al criterio stabilito dall'art. 5 Cedu al fine di portarne a "ragionevolezza" la disciplina.

In particolare, nella sentenza 299/2005<sup>251</sup>, la Corte Costituzionale, nel dichiarare la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 303 c.p.p., ha affermato che "le limitazioni della libertà connesse alle vicende processuali devono rispettare il principio di proporzionalità, posto che contrasterebbe con il giusto equilibrio tra le esigenze del processo e la tutela della libertà una disciplina della detenzione cautelare priva di limiti di durata ragguagliati, da un lato, alla pena prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza e, dall'altro, alla concreta dinamica del processo e alle diverse fasi in cui esso si articola".

---

<sup>248</sup> Così M. CERESA GASTALDO, *op. cit.*, p. 826.

<sup>249</sup> Per C. CONTI, *La sospensione dei termini di custodia cautelare. Modelli rigidi e flessibili a confronto*, *cit.*, p.62 in un sistema ideale vi è un solo limite irremovibile alla durata della custodia cautelare e tale è costituito dal "*principio di proporzionalità che, da un lato, collega la pena al fatto ed alla responsabilità; da un altro lato, parametrata la durata della custodia sulla pena irrogabile*".

<sup>250</sup> Corte Costituzionale, 1 febbraio 1982, n.15 in *Giur. Cost.*, 1982, p. 112, con nota di A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*.

<sup>251</sup> Corte Costituzionale 22 luglio 2005 n.299 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 303, comma 2, c.p.p. per contrasto con gli artt. 3 e 13 Cost., nella parte in cui non consente che i periodi di custodia cautelare derivanti da errores in iudicando o in procedendo che hanno comportato la regressione del procedimento, sofferti in momenti processuali diversi dalla fase o dal grado in cui il procedimento è regredito, siano computati ai fini dei termini massimi di fase determinati dall'art. 304, comma 6, c.p.p.

Unitamente al principio di adeguatezza, “il criterio di proporzionalità tra la gravità della pena prevista per il reato e la durata della custodia lungo l'intero corso del procedimento ispira l'esigenza di assicurare un ragionevole limite di durata della custodia cautelare in relazione alla sua durata complessiva e alle singole fasi del processo”<sup>252</sup>.

Per la Corte Costituzionale processo e fatto di reato sono infatti “termini inscindibili del binomio al quale va sempre parametrata la disciplina della custodia cautelare” e ad entrambi deve sempre essere ancorata la problematica dei termini entro i quali la durata delle misure limitative della libertà personale può dirsi proporzionata e, quindi, ragionevole, in conformità ai valori espressi dall'art. 5 § 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo.

Appurato che la ragionevolezza della durata della misure cautelari deve essere verificata anche alla luce dei criteri stabiliti dalla normativa convenzionale, e attesa la costante emergenza derivante dall'elevato numero di detenuti in attesa di giudizio, ci si è interrogati sulla possibilità di apportare alcuni correttivi alla disciplina interna.

Per autorevole dottrina, la disciplina italiana di durata della misura cautelare dovrebbe essere riformata secondo due direttici: attraverso un intervento più urgente volto a rideterminare nel *quantum* le soglie massime di tolleranza del sacrificio della libertà personale; l'altro finalizzato a consentire, attraverso l'adozione di apposite misure, che il processo al detenuto si concluda in tempi rapidi<sup>253</sup>.

Sotto il primo profilo, si è affermato che la mera modifica della durata massima della misura risulterebbe inutile, se l'intero segmento processuale non venisse ricondotto ad una ragionevole durata.

---

<sup>252</sup> Cfr. Corte Cost. 22 luglio 2005 n. 299.

<sup>253</sup> Cfr. M. CERESA GASTALDO, *Riflessioni de jure condendo sulla durata massima della coercizione cautelare, Le fragili garanzie della libertà personale. per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, in Convegno annuale dell'associazione fra gli studiosi del processo penale “G.D. Pisapia”, Trento 11-13 ottobre 2013.

La stessa Corte costituzionale nell'ordinanza n. 50 del 2000, ha dichiarato inammissibile una richiesta di referendum abrogativo che intendeva ridimensionare significativamente la durata della custodia cautelare<sup>254</sup>.

Nella motivazione dell'ordinanza la Corte precisava che l'intendimento dei promotori del referendum di riportare l'istituto della custodia cautelare a conformità con il principio di ragionevole durata del processo, “pur rispondendo a una esigenza generalmente avvertita ed anzi oramai costituzionalmente imposta dal nuovo testo dell'articolo 111, richiederebbe una riforma complessiva del sistema della giustizia penale, non attuabile in via referendaria, tanto meno attraverso l'abrogazione manipolativa della disciplina dei termini della custodia cautelare, che da quel sistema non può restare avulsa”<sup>255</sup>.

Si è quindi sostenuto che dovranno essere eliminati i tempi improduttivi del processo, senza tuttavia ricorrere a riti alternativi o all'amputazione *tout court* di una fase del processo, ma attraverso una compressione dei tempi ordinari del processo.

In particolare, si è criticata l'introduzione con il “pacchetto sicurezza” del 2008<sup>256</sup> di una nuova figura di giudizio immediato, che è stato prontamente definito custodiale, dal momento che ha come presupposto lo stato di detenzione *in vinculis* dell'indagato.

---

<sup>254</sup> Corte Costituzionale, 7 febbraio 2000, n.50 ha dichiarato inammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione, "*in parte qua*", dei commi 1, 2, 3 e 4 dell'art. 303 e del comma 6 dell'art. 304 d.P.R. 22 settembre 1988 n. 447, (Approvazione del codice di procedura penale), e successive modificazioni, ed avente ad oggetto la disciplina dei termini della custodia cautelare, così che i termini attualmente previsti per la sola fase delle indagini preliminari divengano i limiti massimi per tutta la durata del processo, indipendentemente dalle fasi e dai gradi in cui esso si articola. La Corte ha ritenuto che il quesito trascendesse i limiti segnati dall'art. 75 Cost., che consente il referendum abrogativo totale o parziale di una legge o di un atto avente valore di legge, e non il referendum introduttivo di discipline legislative completamente nuove: infatti l'effetto innovativo sulla disciplina vigente, connaturale alla abrogazione, non conseguirebbe, nel caso "de quo", alla fisiologica espansione della sfera di operatività di una norma già presente, dotata, in ipotesi, di un suo ambito di applicazione più circoscritto, riguardante i termini massimi della custodia cautelare riferibili direttamente all'intero procedimento penale, ma alla posizione di un sistema di norme radicalmente nuovo che andrebbe a sostituirsi alle norme da eliminare grazie ad una operazione di taglio di parole o di parti del testo e di ricucitura delle parole o delle parti residue, con sostanziale stravolgimento della struttura delle originarie disposizioni e del loro significato normativo.

<sup>255</sup> Per una riflessione sulla sentenza cfr. M CHIAVARIO, *La Corte e la tutela dei diritti umani: di fronte a vecchie e nuove sfide*, Relazione al convegno su *Giurisprudenza Costituzionale ed evoluzione dell'ordinamento italiano*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>256</sup> Art. 2 d.l. 29 maggio 2008 n. 92, conv. in l. 24 luglio 2008 n. 125.

A un primo sguardo, la novità sembra rispondere alla necessità di accordare una diligenza particolare a questo tipo di processi, richiesta fin dal '68 dai giudici della Corte di Strasburgo nella sentenza *Wemhoff*<sup>257</sup>.

Considerato da una parte della dottrina quale strumento per garantire un rapido giudizio ai soggetti in stato di custodia<sup>258</sup> ovvero di mezzo attuativo di criteri di priorità o di economia processuale<sup>259</sup>, il giudizio immediato custodiale si è invece manifestato nella sua concreta finalità di consentire il superamento dei termini di durata massima della misura coercitiva<sup>260</sup>, così da trovare nella prassi una frequente applicazione<sup>261</sup>.

La continuità dello stato coercitivo, non spezzata dalla scadenza dei termini di fase e giustificata tra l'altro soltanto dal fatto che la richiesta di riesame non è stata accolta o addirittura non è stata presentata (art. 455 comma 1 *ter* c.p.p.), fa da contorno a una disciplina che si presta a censure di illegittimità costituzionale sotto vari profili, sia in relazione ai presupposti del rito (art. 453 comma 1 *bis* c.p.p.), che alla decisione del giudice, vincolato alla richiesta presentata dal pubblico ministero e soggetto indirettamente alla eventuale pronuncia del tribunale cautelare (art. 455 comma 1 *bis* c.p.p.)<sup>262</sup>.

---

<sup>257</sup> Corte e.d.u. 27 giugno 1968, *Wemhoff c. Germania*, § 18. Una buona ed efficiente amministrazione della giustizia è uno dei perni su cui si regge uno stato libero e democratico che ha il dovere di garantire ad ogni cittadino il riconoscimento dei suoi diritti tramite un equo processo in tempi ragionevoli. Come appena sopra accennato, tale principio assume un rilievo ancor più pregnante nel processo penale, laddove va a costituire, specie se il soggetto si trova in stato di detenzione, un rimedio contro il rischio di “*restare troppo a lungo sotto il peso di un' accusa, con tutto quanto materialmente e moralmente ciò comporta*”.

<sup>258</sup>P. TONINI, *Considerazioni sul giudizio immediato custodiale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 1395.

<sup>259</sup> S. LORUSSO, *Il giudizio immediato (apparentemente) obbligatorio e la nuova ipotesi riservata all'imputato in vinculis*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008, p. 141.

<sup>260</sup> R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Giudizio immediato per chi è già in carcere*, in *Guida dir.*, 2008, n. 23, p.81.

<sup>261</sup> A. CLAUDIANI-M. MESSERI, *Il giudizio immediato*, Milano, 2012, p. 42. Per R. ORLANDI, *Il giudizio immediato cosiddetto custodiale*, in AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di G. Amato e C. Santoriello, Torino, 2009, 85 ss. lo scopo perseguito dal legislatore è di evitare che i tempi di celebrazione dell'udienza preliminare determinino la liberazione degli imputati per decorrenza del termine di fase stabilito dall'art. 303 c.p.p. La scelta del legislatore è stata criticata perché, assumendo come requisito del nuovo rito speciale l'esistenza di un'ordinanza custodiale, espone il procedimento di cognizione all'indebito condizionamento derivante da valutazioni e giudizi ad esso estranei e tipici esclusivamente della fase cautelare.

<sup>262</sup> E. AMODIO, N. GALANTINI, *Sull'illegittimità costituzionale del giudizio immediato custodiale*, in *Diritto penale contemporaneo*, le due previsioni si pongono in contrasto con il diritto

Anche con riguardo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si è sottolineato il contrasto della disciplina in esame con i principi fondamentali del sistema convenzionale.

La correlazione tra durata ragionevole e diritto a tempi adeguati di difesa è stata più volte espressa dalla Corte di Strasburgo con riguardo alle previsioni contenute nell'art. 6 comma 1 Conv. eur. sul *délai raisonnable* e sul diritto dell'accusato "a disporre del tempo e della possibilità necessari a preparare la difesa" (art. 6 comma 3 lett. b) Conv. eur.).

Pur avendo rilevato la centralità della durata ragionevole, quale "imperativo per tutti i procedimenti"<sup>263</sup>, per assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, la stessa Corte ha sottolineato che la celerità del processo non costituisce e non può costituire comunque un valore assoluto<sup>264</sup>, da realizzare ad ogni costo. Il principio va temperato ovvero bilanciato con altri valori fondamentali, quali la garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa<sup>265</sup>.

Diversamente, si è propugnata l'adozione di misure volte a dare effettività all'art. 477 comma 2 c.p.p. quando l'imputato è detenuto, introducendo ipotesi di inderogabilità alla perenzione automatica della custodia cautelare in carcere.

---

di difesa (art. 24 comma 2 Cost.) e con i principi del giusto processo (art. 111 comma 1 Cost.) là dove non prevedono un vaglio giurisdizionale sui presupposti di adozione del rito, sottraendo all'imputato la garanzia del controllo in forza dell'automatismo del rinvio a giudizio e vincolando il giudice alle valutazioni compiute dagli organi cautelari in sede incidentale in spregio al principio di prevalenza dei poteri riconosciuti al giudice del processo principale. Di non minore rilievo il contrasto con l'art. 112 Cost. dell'art. 453 comma 1 *bis* c.p.p. che consente l'esercizio dell'azione penale sul presupposto della gravità indiziaria e non sulla base dei requisiti che la Corte costituzionale ha ritenuto parte integrante dell'art. 112 Cost., costituiti dalla idoneità probatoria degli elementi raccolti a sostenere l'accusa in giudizio e dalla completezza delle indagini. Il principio della durata ragionevole (art. 111 commi 2 e 3 Cost.) viene inoltre violato dall'art. 453 comma 1 *bis* c.p.p. là dove prevede un irragionevole ampliamento dei termini di durata delle indagini – che decorrono dalla esecuzione della misura anziché dalla iscrizione della *notitia criminis* – senza bilanciare questa abnorme estensione investigativa con un adeguato termine per la preparazione della difesa, il cui diritto a tempi e condizioni adeguate è costituzionalizzato nell'art. 111 comma 3 Cost.

<sup>263</sup> Sent. 28 giugno 1978, *Konig c. Repubblica Federale Tedesca*

<sup>264</sup> Sent. 19 ottobre 2004, *Makhfi c. Francia*; sent. 28 novembre 2002, *Lavents c. Lettonia*.

<sup>265</sup> Sent. 18 febbraio 1997, *Niderost-Huber c. Svizzera*.

Ed ancora si è richiesto un modello di pratica professionale virtuosa che imponga al Pubblico ministero di consolidare l'impianto probatorio prima di richiedere la custodia dell'indagato<sup>266</sup>.

### **3.4. Riesame periodico dei motivi di custodia cautelare.**

I giudici di Strasburgo hanno sottolineato più volte che la ragionevolezza della durata della detenzione cautelare non può prescindere dalla verifica periodica della persistenza delle esigenze cautelari<sup>267</sup>.

Per la Corte, le autorità incaricate delle indagini e dell'azione penale hanno l'obbligo di giustificare regolarmente la proroga della detenzione preprocessuale dell'indagato.

La stessa Raccomandazione 2006-13 del Consiglio d'Europa relativa alla custodia cautelare nello stabilire le condizioni di proroga della restrizione e le garanzie contro gli abusi, raccomanda misure di riesame periodico da parte di un'autorità giudiziaria dei motivi che giustificano il mantenimento dello stato di custodia cautelare.

Nel nostro ordinamento, l'esigenza di garantire nel tempo la costante verifica dell'attualità dei presupposti legittimanti l'esercizio del potere coercitivo dovrebbe essere assicurata dalla previsione dell'art. 299 c.p.p.

La norma non viene tuttavia letta in chiave di proporzionalità tra il tempo speso nelle varie fasi processuali e quello trascorso dal soggetto in stato di custodia cautelare<sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> Così M. CERESA GASTALDO, *Riflessioni de jure condendo sulla durata massima della coercizione cautelare*, cit..

<sup>267</sup> Cfr. sul punto M. GIALUZ, *Art. 5 Cedu*, in S. BARTOLE-P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 147.

<sup>268</sup> Cfr. P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà tra normativa nazionale e normativa internazionale*, cit., p. 176. Nel senso che "è dato cogliere più di un riflesso della disciplina europea" nella necessità del controllo in itinere sulla permanenza delle esigenze cautelari ai sensi dell'art. 299 comma 1 c.p.p. v. M. PISANI, *Sub art. 5*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea*, cit., p. 139. Tuttavia, sui profili critici di tale disciplina, che impediscono al giudice, soprattutto nella fase delle indagini preliminari, un sindacato pieno ed effettivo sulla permanenza delle condizioni legittimanti l'applicazione della misura cautelare v. E. ROSI, *Un giudice gatekeeper per la libertà personale: prospettive di*



A tal proposito, dovrebbero essere tenuti maggiormente in considerazione i moniti della giurisprudenza della Corte europea che impongono di conferire rilievo anche al semplice trascorrere del tempo processuale che, a parità delle altre condizioni, può affievolire o annullare le finalità poste a base di interventi limitativi *ab initio* ragionevoli.

La giurisprudenza italiana, invece, sembra ancora poco abituata alla verifica della ragionevolezza della detenzione se solo si considera che, nonostante l'affermazione di principio secondo cui il mero decorso del tempo può avere influenza ai sensi dell'art. 299 c.p.p., tale enunciazione viene solitamente accompagnata dalla richiesta di ulteriori elementi che “*siano certamente sintomatici di un mutamento della complessiva situazione inerente lo status libertatis del soggetto interessato*”<sup>269</sup>

Quello che emerge è una sorta di inversione dei ruoli: mentre per l'adozione della misura cautelare è il pubblico ministero che deve indicare le ragioni della privazione della libertà, in sede di prosecuzione della custodia è il soggetto *in vinculis* che deve addurre ulteriori elementi di valutazione che possano portare ad una modifica o ad una revoca della misura.

Si è acutamente osservato che in sede cautelare l'apprezzamento del fattore tempo in ambito internazionale ed in ambito interno seguono ancora due diverse direttrici: nella prospettiva convenzionale, il mero trascorrere del tempo affievolisce di per sé la rilevanza degli elementi che hanno legittimato l'applicazione della misura, sicché la protrazione dello *status custodiae* necessita di ulteriori risultanze probatorie; nel diritto interno, invece, il protrarsi della custodia è evento assolutamente naturale, almeno fino a quando non siano trascorsi i termini di durata della misura, e, conseguentemente, il più delle volte è considerato irrilevante ai fini della modifica del quadro cautelare<sup>270</sup>.

---

*controllo permanente dello status detentionis durante le indagini preliminari*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 1412 ss

<sup>269</sup> Cass. Pen. Sez. VI, 4 marzo 1998, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p.115; Cass. Pen., Sez. IV, 13 maggio 1997, in *Cass. Pen.*, 1998, p.1178

<sup>270</sup> Cfr. P. TONINI, C. CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo, come perseguire una durata ragionevole*, in *Dir. pen. Proc.*, 2003, p. 360 e ss; M.L. DI BITONTO, *Libertà personale e “giusto processo”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 873. In questi termini già P. FERRUA, *Realtà e finzione sulla durata della custodia cautelare*, in AA.VV., *Il decreto “anti scarcerazioni”*, a cura di Bargis M., Torino, 2001, p.24

Tale diverso modo di valutare la durata dei provvedimenti restrittivi della libertà personale ha costituito più di una volta occasione di frizione tra il nostro diritto interno e il quadro di garanzie delineato a livello di convenzione per la tutela dei diritti dell'uomo, determinando la condanna dell'Italia per violazione dell'art. 5 C.e.d.u.<sup>271</sup>, in ragione del mancato aggiornamento dei motivi legittimanti la cautela in relazione al tempo trascorso dalla sua applicazione.

Nel caso *Sardinas Albo c Italia*<sup>272</sup> la Corte europea ha preso posizione circa l'efficacia, in Italia, del ricorso per cassazione per lamentare la durata, asseritamente eccessiva, di una misura cautelare privativa di libertà.

La Corte di Strasburgo ha chiarito che “*essendo la verifica sulla diligenza mostrata dalle autorità interne nella conduzione del procedimento*” preclusa dal sindacato spettante alla Corte di Cassazione italiana, la relativa questione può essere portata avanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo senza attendere il previo esaurimento delle vie di ricorso interne.

Non si è mancato, tuttavia, di sottolineare come manchi totalmente nella normativa nazionale in materia di misure cautelari un riferimento esplicito a tale diligenza<sup>273</sup> e che non ci sono decisioni note nelle quali una misura cautelare sia stata revocata (anche) per il fatto che gli organi preposti all'istruzione preliminare o dibattimentale non avevano svolto con la dovuta rapidità gli incombeni di loro competenza, omettendo di dare l'opportuno impulso al processo.

È pur vero che la legge prevede, per le varie categorie di reato ed in relazione ad ogni fase processuale, dei termini oltre i quali la custodia cautelare non può proseguire (cfr. gli artt. 303-305 c.p.p.), il che, secondo quanto è stato talvolta

---

<sup>271</sup> Corte e.d.u., Grande Camera, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 888; Corte e.d.u. Sez. I, 17 febbraio 2005, *Sardinas Albo c. Italia*, *ivi*, 2005, p. 516 s.; Corte edu., Sez. III, 19 maggio 2005, *Rapacciuolo c. Italia*, *ivi*, 2005, p. 913 s

<sup>272</sup> Corte e.d.u., Sez I, 8 gennaio 2004, *Sardinas Albo c Italia*, seguita da Corte e.d.u., Sez. I, 17 febbraio 2005, *Sardinas Albo c Italia* con commento di A. BAFUNDI, *Verso la ragionevole durata della custodia cautelare. Linee evolutive della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giust. pen.*, 2005, III, c. 341, 343 s.

<sup>273</sup> Cfr. A. TAMIETTI, *Applicazione diretta delle disposizioni convenzionali e previo esaurimento delle vie di ricorso interne nella giurisprudenza della Corte di cassazione italiana e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4266. L'Autore rileva come solo in materia di proroga di misure disposte per esigenze probatorie, l'articolo 301 comma 2-ter c.p.p. impone al giudice di “*valutare le ragioni che hanno impedito il compimento delle indagini per le cui esigenze la misura era stata disposta*”, ritenendola tuttavia, riferibile solo all'ipotesi di cui all'art. 274 comma 1 lett. a), e unicamente alla diligenza nel compimento di uno o più specifici atti di istruzione, non estendibile ad altre indagini o alla fase dibattimentale.

sostenuto dalla Cassazione, darebbe attuazione nel nostro ordinamento al principio della ragionevole durata della detenzione provvisoria<sup>274</sup>.

Tali disposizioni, tuttavia, indicano solamente i limiti massimi che nessuna custodia può superare, indipendentemente dalle esigenze di ordine pubblico invocate per giustificarla ed a prescindere dalla diligenza delle autorità interne.

In altre parole, esse costituiscono previsioni astratte valide per situazioni estreme e non consentono di prendere in considerazione, come voluto dalla giurisprudenza della Corte europea, le peculiarità di ogni caso di specie<sup>275</sup>.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 16085 del 2011<sup>276</sup>, hanno dichiarato illegittima la revoca della misura della custodia cautelare, a prescindere dalla permanenza di esigenze cautelari, ove la durata della detenzione già sofferta abbia raggiunto il limite di due terzi della pena inflitta con sentenza di condanna.

La sentenza, nel citare l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, è giunta condivisibilmente ad affermare che *“l'intero sviluppo della vicenda cautelare debba essere sottoposto a costante ed attenta verifica circa la effettiva rispondenza dei tempi e dei modi di limitazione della libertà personale al quadro delle specifiche esigenze, dinamicamente apprezzabili, alla stregua dei criteri di adeguatezza e proporzionalità”*.

Nonostante l'evidente passo in avanti della giurisprudenza di legittimità, nel considerare il principio di proporzionalità quale parametro di commisurazione delle misure cautelari, non solo in fase applicativa ma per tutta la durata della restrizione, permangono alcuni dubbi sulla mancata considerazione del fattore “tempo” quale elemento di per sé in grado di determinare una rivalutazione delle condizioni iniziali<sup>277</sup>.

La sentenza Khalil collega invece il sindacato sulla “proporzione” alla sussistenza delle esigenze cautelari ed afferma che «se, per disposto costituzionale, al legislatore è fatto obbligo di prevedere dei termini di durata massima dei

---

<sup>274</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. I, Vaccaro, 18 febbraio 1998, n. 1031.

<sup>275</sup> Cfr. A. TAMIETTI, *op. cit.*, p. 4267.

<sup>276</sup> Cass. Pen., Sez. Unite, 31.3.2011 (dep. 22.04.2011), n. 16085, Pres. Lupo, Rel. Macchia, Ric. Khalil, in *Processo Penale e Giustizia*, 2011, p. 93-101 con nota di A. DIDI, *Il “fattore tempo” nella valutazione degli elementi necessari al mantenimento della misura cautelare*, p. 102-108.

<sup>277</sup> Nel senso della sua irrilevanza cfr. Cass., sez. IV, 3 novembre 2005, n. 121, *CED Cass.*, 232628.

provvedimenti che limitano la libertà personale, è del tutto evidente che ove si ravvisino (in ipotesi anche al massimo grado) le condizioni e le esigenze che impongono il permanere della misura cautelare, risulterebbe addirittura contraddittorio rispetto alla garanzia costituzionale circa i limiti massimi di durata, un sistema che consentisse provvedimenti liberatori automatici anticipati (e senza “causa” cautelare) rispetto al relativo spirare».

Per la Corte di cassazione, l’approssimarsi del limite temporale di applicazione della misura custodiale a quello della pena espianda comporta un’analisi ed una valutazione “con ogni cautela” delle specifiche esigenze ancora ravvisabili nel caso concreto”<sup>278</sup>.

A differenza di quanto sostenuto dalle Sezioni Unite, sembra più corretto riportare la proporzionalità a una valutazione della gravità del fatto<sup>279</sup>, distinguendola nettamente dalle esigenze cautelari; in questo modo, il trascorrere del tempo potrebbe rappresentare “un fatto sopravvenuto, anche idoneo a dissolvere il giudicato cautelare formatosi su istanze precedentemente decise”<sup>280</sup>.

Sebbene la sentenza delle Sezioni Unite appaia quindi ineccepibile nella sua conclusione, posto che non è ravvisabile un termine aritmetico attraverso il quale agisce il principio di proporzionalità, nondimeno il tempo gioca un ruolo fondamentale che suggerisce, a prescindere dalla concomitanza di ulteriori elementi, una rivisitazione della tenuta della regola ogni qual volta la relazione tra entità della pena irrogata o prevedibilmente da irrogare si avvicina alla durata della restrizione in carcere o agli arresti domiciliari già sofferta.

È ovvio, infatti, che se, in applicazione di tale principio, quando la durata della misura corrisponda completamente a quella della pena irrogata la prima deve ritenersi esaurita, perfino nell’ipotesi in cui persistessero esigenze cautelari, è parimenti evidente come, man mano che ci si avvicina all’entità della sanzione inflitta, la misura risulti sempre meno proporzionata e richieda un intervento modificativo.

---

<sup>278</sup> Così P. GAETA, *Solo un giudizio sull’attualità delle esigenze riesce a garantire veramente l’imputato*, in *Guida dir.*, 2011, n. 21, p.57.

<sup>279</sup> A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, Scalfati (a cura di), *Misure cautelari*, (Spangher diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. IV, Tomo, II, cit., 84 ss.; D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Vol. II, Giuffrè, 2011, p.418.

<sup>280</sup> A. DIDI, *op.cit.* p. 107

In conclusione, si potrebbe ipotizzare che la Corte europea dei diritti dell'uomo possa comunque sindacare, sotto il profilo della ragionevolezza della durata della detenzione cautelare ai sensi dell'art. 5 § 3 Cedu, la misura cautelare che seppur rispettosa dei limiti massimi di durata sia oramai prossima o comunque superiore (in considerazione delle misure alternative alla detenzione che verrebbero concesse in caso di condanna definitiva) alla pena irroganda.

Si è a tal proposito obiettato che per la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo la ragionevole durata della misura cautelare rileva solo fino alla sentenza di primo grado; successivamente alla emissione della pronuncia, la detenzione non è qualificabile come custodia cautelare, indipendentemente dal *nomen iuris* dato dai diversi ordinamenti<sup>281</sup>.

### **3.5 La scarcerazione subordinata al rilascio di garanzie che assicurino la comparizione della persona all'udienza**

A norma dell'ultima parte dell'art.5 § 3 Cedu, deve essere valutata la possibilità di subordinare il rilascio del detenuto all'offerta di garanzie che ne assicurino la comparizione all'udienza (cd. libertà su cauzione).

Si tratta dunque di garanzie patrimoniali correlate alla necessità di impedire la fuga dopo la commissione del reato, delineate solamente in una prospettiva *ex post*, come condizione della scarcerazione<sup>282</sup>.

Solo diversi anni dopo, lo spirito della Convenzione europea ha fatto maturare l'idea che la garanzia possa rappresentare una misura più nettamente alternativa, *ex ante*, alla detenzione *ante judicium* come previsto dalla Risoluzione 65 (11) e la Raccomandazione R (80) 11<sup>283</sup>.

---

<sup>281</sup> Cfr. sul tema: Corte e.d.u., 12 dicembre 2006, *Ocalan c. Turchia*; Corte e.d.u., 14 novembre 2006, *Osuch c. Polonia*; Corte e.d.u. 4 maggio 2006, *Michta c. Polonia*

<sup>282</sup> Cfr. M. PISANI, *sub art. 5, op. cit.*, p. 145.

<sup>283</sup> Le Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, nel tentativo di limitare l'uso della carcerazione preventiva, hanno caldeggiato la previsione della «security» (R (65)11), del “*bail or other forms of security by the person concerned, having regard to his means*” e della “*surety*” (R(80)11) (27.6.80), ancora del *bail* (R (99) 22). Da ultimo, la Raccomandazione R (2006) 13, emendativa della R (80) 11, opera espressamente riferimento alla possibilità di fissare una cauzione finanziaria.

La norma non specifica quali sono le possibili garanzie, ma rinvia alle legislazioni nazionali per la loro individuazione.

Il cd. *bail* è un istituto profondamente radicato nella cultura giuridica di *common law*, e rappresenta ancora oggi uno degli aspetti maggiormente qualificanti del processo penale inglese.

Sul piano semantico, il vocabolo *bail* designa, contemporaneamente, il diritto dell'indagato ad essere rimesso in libertà in attesa del giudizio, il provvedimento emesso dal giudice con il quale si concede la libertà alla persona arrestata e, infine, la garanzia patrimoniale che mira ad assicurare la comparizione dello stesso al futuro dibattimento<sup>284</sup>.

Secondo numerosi studiosi, il *bail* consente di conciliare due interessi preminenti ma antitetici, quali, da un lato, il tradizionale diritto dell'accusato alla libertà, prima e durante il giudizio e, dall'altro lato, l'interesse dello Stato ad assicurare la presenza dell'accusato stesso al processo<sup>285</sup>.

Le esigenze di tutela della collettività sono anzitutto soddisfatte dalla previsione di ampi poteri e ipotesi di arresto, in flagranza o senza flagranza che soddisfano esigenze di prevenzione generale e speciale perché rendono evidente una reazione dell'ordinamento di fronte al delitto.

Le istanze garantistiche vengono poi assicurate mediante la concessione della libertà su rilascio di una garanzia personale o reale, che si ricollega all'obbligo di comparire all'udienza dibattimentale in caso di rinvio a giudizio.

A fronte di una prima restrizione con l'arresto, l'area della libertà si riespande non senza tuttavia, l'individuazione di precisi obblighi a carico dell'indagato.

L'imputato *on bail* non solo deve presentarsi in giudizio, consapevole che in caso di assenza dovrà rispondere del reato di *absconding*, -infatti l'accusato rilasciato *on bail* che, senza "*reasonable cause*" non ottempererà di consegnarsi alla giustizia può essere punito con una sanzione detentiva e pecuniaria e può essere emesso un mandato di arresto<sup>286</sup> - ma con la comparizione ha l'obbligo di *surrender*

---

<sup>284</sup> Così, E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cassazione Penale*, 2014, fasc. 1, p. 12.

<sup>285</sup> C. FIORIO, *Il Bail nel sistema inglese, Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, relazione al Convegno tenutosi a Trento, 11-13 ottobre 2013, in *Archivio penale*, 2013,3, p. 3.

<sup>286</sup> Cfr. Criminal Justice and Public Order Act 1994, sec. 4 Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice*, ed. 2011. p. 240.

*into the custody of the court*, vale a dire ha dovere di non allontanarsi dall'aula senza il consenso della corte<sup>287</sup>.

Senza voler scendere nel dettaglio, la disciplina del *bail* in Inghilterra era originariamente contenuta nel *Bail Act* del 1976<sup>288</sup>, ed è stata successivamente modificata da diverse disposizioni legislative<sup>289</sup> che ne hanno ristretto l'ambito di operatività<sup>290</sup>.

L'analisi del *bail* nel sistema inglese e la giurisprudenza della Commissione, prima, e della CEDU<sup>291</sup>, evidenziano chiaramente che l'istituto ha la vocazione funzionale di misura cautelare, avente la precisa finalizzazione, di assicurare non la riparazione del danno, ma la presenza dell'accusato all'udienza.

---

<sup>287</sup>Cfr. J. SPRACK, *A Practical Approach to Criminal Procedure*, 14th ed., 2012, p. 234. Sul punto v. L. MULCAHY, *Putting the Defendants in their Place: why do we still use the Dock in Criminal proceedings?*, in *British Journal of Criminology on line*, 2013, <http://bjc.oxfordjournals.org>.

<sup>288</sup> Così V. PATANÈ, voce *Processo penale inglese*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano 2008, p. 768. Sui tratti caratterizzanti il *bail* nel sistema inglese v., specialmente, N. CORRE-D. WOLCHOVER, *Bail in Criminal Proceedings*, 3a ed., Oxford 2004. Con riferimento alla letteratura italiana cfr., di recente, M. DEGANELLO, *Diritto processuale penale inglese. Prime riflessioni*, Torino 2012, p. 79 ss.; nonché, già, A. DE VITA, voce «Bail», in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, I, Torino 1989, p. 412 ss.

<sup>289</sup> Sull'evoluzione storica del *bail* cfr. E. DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino 2009, p. 4-5. La disciplina del *bail* ha subito profonde modifiche dapprima attraverso il *Bail (Amendment) Act 1993*, poi ad opera del *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, del *Crime and Disorder Act 1998* del *Criminal Justice Act 2003* e, da ultimo, del *Police (Detention and Bail) Act 2011*. Di recente, il *Legal Aid Sentencing and Punishment of Offenders Act* del 2012, nel tentativo di rilanciare l'ambito di operatività del *bail*, limita l'operatività delle preclusioni al c.d. "no real prospect test", cioè a dire alle sole ipotesi in cui sia altamente probabile la condanna a pena detentiva.

<sup>290</sup>Cfr. C. FIORIO, *Libertà personale dell'imputato e Bail*, in *Riv. di dir. proc.*, 2014 p. 454 e ss. L'autore sottolinea che dagli anni Novanta del secolo scorso l'ambito di operatività dell'istituto si è ulteriormente ridotto stante il proliferare delle ipotesi che rappresentano condizioni ostative alla sua applicazione. In particolare il diritto al *bail* è escluso in primo luogo, per i reati particolarmente gravi (omicidio, falsificazione della moneta o del sigillo regio, incendio ed alto tradimento); in secondo luogo, per i reati nei quali la colpevolezza dell'accusato è certa o molto probabile (*furtum manifestum*, confessione ovvero quando si tratti di delinquente abituale); infine, nei casi in cui l'accusato sia stato dichiarato *outlaw* (fuorilegge)», ad esempio perché evaso di prigione, o scomunicato o colpito da provvedimento di bando (e dunque «bandito»). Per il resto, gli individui che siano stati accusati di furto (*larceny*) solo in seguito ad indagini dello sceriffo, gli accusati di piccoli furti e coloro sui quali gravano solo lievi sospetti devono essere sempre ammessi al *bail*, purché offrano idonea cauzione o garanzia (*sufficient surety*) e a condizione che non si siano già resi colpevoli di altri reati.

<sup>291</sup> Cfr. Corte e.d.u. *Wemhoff c. Germania* del 27 giugno 1968; Corte e.d.u., *Neumeister c. Austria* del 27 giugno 1968.

Da qui l'esigenza di proporzionarne l'entità in rapporto all'interessato, alle sue risorse e ai suoi legami con le persone chiamate a prestare malleveria<sup>292</sup>.

Anche molti altri Stati europei (Irlanda, Portogallo, Spagna, Belgio e Francia) prevedono che l'autorità giudiziaria possa concedere, quale misura sostitutiva alla carcerazione preventiva, la libertà su cauzione, eventualmente subordinata al rispetto di determinate condizioni tra cui quella di non avvicinarsi ai testimoni, di risiedere ad un determinato indirizzo ovvero imponendo il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione per il numero di ore stabilito dell'autorità giudiziaria<sup>293</sup>.

A tale riguardo sembrano particolarmente interessanti gli assetti normativi, e le pratiche di attuazione concreta, offerti dalla Francia e dal Portogallo.

In Francia, la cauzione fa parte della disciplina composita del "controle judiciaire" introdotta nel 1970, e poi emendata da una legge del 15 giugno 2000, a seguito della quale si è stabilito (art. 138, n. 11, c.p.p.) che il giudice istruttore deve fissare l'ammontare, e i termini di versamento, in una o più rate, "*in particolare tenuto conto delle risorse economiche e dei carichi di famiglia*" dell'interessato<sup>294</sup>.

In Portogallo, con la promulgazione del *Código de Processo Penal* del 1987, si è voluto dare attuazione alle regole del Consiglio d'Europa<sup>295</sup>, decretando

---

<sup>292</sup> Cfr. Corte e.d.u. *Neumeister c. Austria* del 27 giugno 1968; *Iwanczuk c. Polonia* del 15 novembre 2001. Per G. UBERTIS, *op. cit.*, l'entità della cauzione quindi va determinata principalmente in relazione all'accusato, alle sue risorse e ai suoi legami con eventuali garanti "*cioè in altre parole con riferimento al grado di fiducia generato dalle circostanze che la perdita della cauzione o l'azione contro i garanti in caso di mancata comparizione agiscano sull'imputato come un freno sufficiente per fargli scartare ogni tentativo di fuga*".

<sup>293</sup> Per un'analisi, anche in chiave comparatistica, del right to bail nei vari ordinamenti europei, cfr. *Suspect in Europe. Procedural Rights at the investigative stage of the criminal process in the Europe Union*, a cura di Cape-Hodgson-Prakken-Spronken, Oxford, 2007, nonché DE VITA A. J., voce "Bail" in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1987, 412; V. FACCHIOTTI, *La custodia cautelare in U.S.A.*, in *Dir. Pen e Proc.*, 1996, 381; E. TONELLI, *Principali aspetti comparatistici tra custodia cautelare italiana e preventive detention statunitense*, in *Cass. Pen.*, 1999, 2734.

<sup>294</sup> Cfr. l'ampia analisi critica compiuta da A. BOUQUET, *Cautionnement pénal et politique criminelle: une relation à géométrie variable*, in *Arch. de polit. crim.*, 2001, p. 53 ss. Quanto al Belgio, dove la cauzione è prevista (art. 35 al. 5 l. 20 luglio 1990: v. in *Procedure penali d'Europa, cit.*, p. 91) come "sostitutivo della detenzione cautelare", si dà conto (C. VAN DEN WYNGAERT, Belgium, in *Criminal procedure systems in the European Community*. Butterworths, 1993, p. 25) di una scarsa pratica dell'istituto, ed anche di una istintiva riluttanza per le sue potenzialità discriminatorie. Anche in Danimarca il release on bail viene indicato come di applicazione estremamente scarsa, restando però aperta la questione se tale pratica si armonizzi o meno con il testo della citata Convenzione europea. Quanto all'Olanda, dove il "*conditional release*" è di uso piuttosto frequente, è però rara la richiesta del "payment of bail" a guisa di condizione.

<sup>295</sup> Già la Risoluzione 65-11 del 9 aprile 1965 raccomandava una possibile "sostituzione" della carcerazione preventiva con "altre misure" contemplando tra le altre la prestazione di una garanzia



l'eliminazione della categoria dei "*crimes incaucionaveis*", affidando al giudice le singole determinazioni nei casi concreti: determinazioni da operarsi alla stregua degli artt. 197, 205 ss<sup>296</sup>.

Il nostro ordinamento non contempla più tale misura alternativa alla detenzione preventiva, contenuta, invece, nelle codificazioni previgenti.

Nel codice 1930 (artt. 282 ss.) l'istituto della cauzione (e così pure l'omologo istituto della malleveria) erano uno strumento di garanzia patrimoniale per l'adempimento degli obblighi imposti con il provvedimento di liberazione, specialmente per effetto della "libertà provvisoria", e dunque come misura successiva alla carcerazione, e alternativa al protrarsi della medesima. Una sorta di cauzione (o malleveria) liberatoria<sup>297</sup>.

In sede di redazione dell'attuale codice di procedura penale, l'istituto venne eliminato "sia per il carattere potenzialmente discriminatorio, 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>298</sup>.

---

(security). La Racc. R (80) del 27 giugno 1980 nell'operare una specificazione della gamma di esemplificazioni contenute nella risoluzione 65-11, contemplava espressamente la "prestazione di una cauzione o di altre garanzie da parte della persona, tenuto conto delle sue risorse" (*provision of bail or other forms of security by the person concerned, having regard to his means*), nonché la "prestazione di una garanzia da parte di un terzo" (*provision of surety*).

Più di recente il § 12 dell'Appendice alla Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa R (99) 22, del 30 settembre 1999, in tema di sovraffollamento carcerario, incoraggia "*the widest possible use should be made of alternatives to pre-trial detention, such as the requirement of the suspected offender to reside at a specified address, a restriction on leaving or entering a specified place without authorisation, the provision of bail or supervision and assistance by an agency specified by the judicial authority. In this connection attention should be paid to the possibilities for supervising a requirement to remain in a specified place through electronic surveillance devices.*

<sup>296</sup> Per i casi di impossibilità, o anche solo di "graves dificultades ou inconvenientes" nel prestare la cauzione, d'ufficio o su richiesta il giudice (art. 197) può sostituirla con qualche altra misura coercitiva, eccettuati la priso preventiva e la nuova misura degli arresti domiciliari, in aggiunta alle altre misure imposte in precedenza. Nella determinazione dell'ammontare si devono tenere presenti gli scopi della misura adottata, la gravità del reato oggetto d'addebito, il danno causato e la condizione socio-economica del soggetto.

<sup>297</sup> Per un'analisi storica dell'istituto cfr. M. PISANI, *Cauzione libertà personale (spunti de iure condendo)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, 1.

<sup>298</sup> Per E. AMODIO, *op.cit.*, p. 12, , "in quegli anni si è caduti in una sorta di svista comparativa. Si è ben presto tralasciato di approfondire il valore di fondo del *bail*, fuorviati dalla ingannevole apparenza che ne fa un congegno tutto incentrato sulla cauzione, da respingere quindi per la discriminazione tra ricchi e poveri che ne deriva, come se la libertà avesse un prezzo da pagare in moneta sonante".

Alcuni autori<sup>299</sup> hanno sostenuto che la cauzione potrebbe verosimilmente trovare un nuovo spazio nel nostro ordinamento, mediante la predisposizione di meccanismi che tengano anche conto della possibilità di graduare adeguatamente il suo ammontare<sup>300</sup>, e di graduare anche i tempi delle relative corresponsioni.

Alla reintroduzione della cauzione nell'ordinamento interno si sono tuttavia ritenute di ostacolo alcune peculiarità del nostro sistema processuale.

In primo luogo, si è detto che la cauzione mal si concilia con il processo contumaciale.

È difficile, in effetti, considerare compatibile con la contumacia, una disciplina che imponga all'imputato l'onere di partecipare al processo, di presentarsi in giudizio, e se inadempiente la possibilità di esservi condotto coattivamente.

È da tempo, tuttavia, che si è da più parti evidenziato il contrasto del processo contumaciale con le regole del sistema accusatorio e con le garanzie stabilite dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>301</sup>.

Di recente, con la Legge n. 67 del 28 aprile 2014<sup>302</sup>, l'istituto della contumacia è stato eliminato -almeno formalmente- ed è stato sostituito da una disciplina *ad hoc* del processo *in absentia* dell'imputato<sup>303</sup>.

---

<sup>299</sup> M. PISANI *op.cit.*, p. 3, C. FIORIO, *Il Bail nel sistema inglese, Le fragili garanzie della libertà personale, cit.*, in *Archivio penale*, 2013,3, p. 5, E. AMODIO, *op. cit.*, p.14.

<sup>300</sup> In quest'ordine di idee v. già G. CONSO, *Libertà provvisoria con o senza cauzione* (1966), in *Costituzione e processo penale*, 1969, p. 213.

<sup>301</sup> In prospettiva generale e di fondo, v. A. MANGIARACINA, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino 2010, spec. p. 454 ss. Opera altresì un'efficace ricostruzione, B. MILANI, *Il processo contumaciale tra garanzie europee e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.* 2009, p. 2180 ss.

Nel caso *Sejdovic c. Italia* del 10 novembre 2004, i giudici europei hanno accertato la violazione della Convenzione con riferimento a una situazione di portata generale (« strutturale »), derivante da una legislazione insufficiente in tema di processo contumaciale che non consentiva un'efficace celebrazione di un nuovo processo per il condannato in contumacia, che non ne avesse avuto conoscenza. In questo caso la Corte, dopo aver rilevato che l'art. 175 c.p.p. viola l'art. 6 Conv. eur. in quanto non riconosce all'imputato, che non sia stato informato in modo effettivo del procedimento a proprio carico, il diritto incondizionato ad ottenere la restituzione nel termine per proporre l'impugnazione, non si è limitata a condannare lo Stato italiano al risarcimento, ma gli ha ingiunto di modificare la stessa disposizione di legge.

<sup>302</sup> Gazzetta Ufficiale.

<sup>303</sup> Il "nuovo" art. 420 bis c.p.p. prevede che il processo possa essere regolarmente celebrato in assenza dell'interessato quando vi sia l'accertata conoscenza del procedimento da parte dell'imputato; o l'accertata volontaria sottrazione dello stesso alla conoscenza del processo a suo carico o ad atti di esso. Fuori da questi casi – che presuppongono tutti la consapevolezza e la libera

Anche se le perplessità rimangono, questa nuova disciplina sembra tutelare maggiormente il diritto dell'imputato ad aver conoscenza del procedimento a suo carico e sembra quindi poter eliminare alcuni dubbi sull'eventuale previsione di una libertà su cauzione

In secondo luogo, presupposta la possibilità di ricorrere alla cauzione come alternativa *ab initio* alla carcerazione, “sarebbe opportuno rimeditare la necessità di un'anticipazione del contraddittorio cautelare, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 289 comma 2 c.p.p. in materia di sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, anche e soprattutto perché è onere dell'interessato fornire indicazioni al riguardo per consentire al giudice di valutare “a monte” ogni indicazione utile a quantificare l'entità del bail-cauzione”<sup>304</sup>.

In attesa di soluzioni al dibattito sul contraddittorio anticipato<sup>305</sup>, potrebbe comunque ipotizzarsi l'introduzione di un art. 283-bis c.p.p., in cui la libertà su cauzione si atteggi quale misura cautelare autonoma, avente per oggetto il deposito di una somma di denaro, anche rateizzabile, commisurata alla gravità del fatto e alle condizioni economiche dell'imputato<sup>306</sup>.

---

scelta dell'imputato – il processo in assenza del medesimo non è consentito e il dibattimento (o la celebrazione dell'udienza preliminare) verrà sospeso così come sarà sospeso anche il termine di prescrizione del reato.

<sup>304</sup> Così C. FIORIO, *op.cit.*

<sup>305</sup> Sul tema si rimanda a Z. DIONISIO, *Il diritto ad un contraddittorio anticipato nell'udienza di convalida quale garanzia di effettività del diritto di difesa dell'arrestato o fermato*, in *Giust. pen.*, 2011, III, p. 68; C. MORSELLI, *Libertà personale, “giusto processo” e contraddittorio anticipato: prospettive de iure condendo*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 1302 ss.; G. RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa “possibile”*, *ivi*, 2006, pp. 1165; G. ILLUMINATI, *Relazione*, in AA.VV., *Il G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, Napoli, 1997, p. 23.

<sup>306</sup> Per l'Autore questo potrebbe essere il testo della disposizione di legge:

Art. 283-bis, Libertà su cauzione.

1. Con il provvedimento che dispone la libertà su cauzione, il giudice prescrive all'imputato di depositare nella cassa delle ammende una somma di denaro commisurata alla gravità del fatto e alle condizioni economiche dell'imputato stesso.

2. La libertà su cauzione non può essere concessa quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 270, 270-bis, 416-bis del codice penale o ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività previste dallo stesso articolo.

3. La libertà su cauzione non può altresì essere concessa quando l'imputato si trovi nelle condizioni di cui agli articoli 99 e 108 del codice penale.

4. Il giudice può prevedere che il versamento della cauzione sia soggetto a rateizzazione. In tal caso si applica l'articolo 133-ter del codice penale.

Sempre secondo questa impostazione, potrebbero ipotizzarsi esclusioni oggettive, fondate sul titolo di reato (ad es.: per gravi reati quali reati per mafia e terrorismo) ed esclusioni soggettive (per i soggetti recidivi o con tendenza a delinquere).

Sulla falsariga della tradizione (ma anche dell'art. 49, d.lgs n. 231 del 2001) si potrebbero altresì equiparare alla somma di denaro delle garanzie ipotecarie o fideiussorie, riservando al giudice la verifica sull'idoneità dei garanti.

Al fine di rafforzare la garanzia patrimoniale, si potrebbero concepire, superando l'attuale orientamento delle Sezioni Unite, delle ipotesi di cumulo cautelare: sulla scorta dell'esperienza inglese, proporzionalmente al grado delle esigenze cautelari, in aggiunta alla cauzione potrebbero essere applicati bracciale elettronico od obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria.

Con riferimento alle vicende cautelari, la trasgressione alle prescrizioni imposte comporterebbe la revoca dell'ordinanza di concessione, attivando l'applicabilità dell'art. 276 c.p.p.

La revoca, inoltre, costituirebbe "titolo" per la confisca della somma ovvero per l'esproprio dei beni ipotecati. Al contrario, nelle altre ipotesi ed indipendentemente dall'esito del processo, la somma viene restituita, l'ipoteca cancellata, la fideiussione estinta.

Una simile proposta, sembra ad avviso di chi scrive, *prima facie*, di difficile applicabilità nel nostro ordinamento.

---

5. In luogo del deposito di cui al comma 1, è ammessa la prestazione di una garanzia mediante ipoteca o fideiussione solidale. Il giudice valuta l'idoneità dei fideiussori in riferimento alle loro risorse finanziarie, al grado di parentela, di amicizia o di rapporti di vicinato con l'imputato.

6. Il giudice può imporre, in aggiunta alle prescrizioni previste dai commi precedenti, una tra le misure cautelari previste dagli articoli 281, 282, 282-bis, 282-ter e 283, ovvero la sottoposizione a particolari modalità di controllo ai sensi dell'articolo 275-bis.

7. In caso di trasgressione alle prescrizioni o alle misure imposte, ovvero quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto pericolo che egli si dia alla fuga, il giudice revoca il provvedimento di cui al comma 1. Si applica l'articolo 276.

8. La somma depositata o per la quale è stata data garanzia è devoluta alla cassa delle ammende. L'ordinanza del giudice [non più soggetta ad impugnazione] [310-311] vale come titolo esecutivo per l'espropriazione dei beni ipotecari.

9. Negli altri casi, quando revoca la misura cautelare, il giudice ordina la restituzione della somma depositata o la cancellazione dell'ipoteca. La fideiussione prestata si estingue».

Correlativamente, nell'articolo 275-bis, al co. 1, le parole «la misura degli arresti domiciliari anche in sostituzione della custodia cautelare in carcere» dovrebbero essere sostituite da «le misure cautelari coercitive diverse da quelle di cui agli articoli 285, 285-bis e 286».

Riservandomi sicuramente una più approfondita analisi, e tralasciando i dubbi di legittimità costituzionale in relazione all'art. 3 Cost. che la norma potrebbe generare<sup>307</sup>, ritengo che questa misura avrebbe una scarsa incidenza nel nostro sistema processuale.

Non solo in molti casi la cauzione sarebbe impossibile e la garanzia pericolosa (es. reati commessi da soggetti extracomunitari privi di fissa dimora); ma dobbiamo comunque considerare che l'applicazione dell'istituto dipenderebbe in ogni caso dalla discrezionalità dell'autorità giudiziaria.

Se quindi con l'introduzione della cauzione si vuole ottenere – come sostenuto - una diminuzione della popolazione carceraria, ritengo che tale istituto non possa essere d'aiuto nel raggiungimento di tale scopo, essendovi comunque già presenti nel nostro sistema delle misure cautelari meno afflittive, a partire dagli arresti domiciliari, e via via a scendere nel grado di incidenza sulla libertà personale; che non vengono tuttavia applicate.

Qualora il giudice neghi la possibilità di concedere gli arresti domiciliari, difficilmente potrà propendere per l'applicazione di una sorta di cauzione sulla garanzia patrimoniale che non consente lo stesso livello di controllo sul soggetto.

Per la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, l'assenza negli ordinamenti interni di una ipotesi di scarcerazione subordinata al rilascio di garanzie patrimoniali non è di per sé illegittima, bensì obbliga solamente il giudice nazionale prima di applicare la custodia in carcere a valutare con particolare attenzione se non siano applicabili misure alternative meno afflittive, ma egualmente idonee a garantire la presenza dell'interessato al processo<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> Sulla legittimità costituzionale non pare invero che adeguando alle disponibilità economiche di ciascuno l'entità della cauzione possa dirsi violata la disposizione costituzionale. Vi sono tuttavia ipotesi nelle quali gli indagati/imputati possano apparire privo o con scarso reddito ma abbiano in realtà numerosi proventi derivanti dall'attività illecita (es. reati in tema di spaccio di stupefacenti) che rendono difficile accertare il parametro in base al quale fissare il *quantum* della cauzione.

<sup>308</sup> Corte e.d.u. *Kulikowski c Polonia*, 19 maggio 2009; Corte e.d.u. *Lelievè c Belgio*, 8 novembre 2007.



## CAPITOLO IV

### IL DIRITTO DEL DETENUTO A ESSERE CONDOTTO DINNANZI A UN'AUTORITA' GIUDIZIARIA.

#### RIFLESSI SUL RUOLO DEL PUBBLICO MINISTERO

Sommario: 4.1 Il diritto a un tempestivo intervento giurisdizionale nella giurisprudenza Cedu; 4.2 Situazione attuale in Francia ; 4.3. Precedenti prese di posizione da parte di entità internazionali; 4.4 L'attività del Consiglio d'Europa; 4.5 Riflessioni

#### **4.1 Il diritto a un tempestivo intervento giurisdizionale nella giurisprudenza**

##### **Cedu**

L'art. 5 § 3 Cedu prevede che ogni persona arrestata o detenuta deve essere tradotta al più presto “*dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie*”.

Poiché la norma richiama espressamente solo il caso disciplinato dall'art.5 comma 1 lett.c Cedu, si ritiene che la garanzia sia limitata alle ipotesi di detenzione dell'imputato in attesa di giudizio.

Non rileva, invece, il tipo di misura cautelare applicata, purchè la stessa abbia una potenzialità coercitiva tale da determinare una privazione della libertà.

La Corte ha quindi ritenuto che la garanzia non riguardi esclusivamente la custodia cautelare in carcere, ma si estenda anche agli arresti domiciliari<sup>309</sup>.

Il soggetto *in vinculis* deve comparire dinanzi ad un giudice o comunque un organo che si presti a essere qualificato come autorità giudiziaria.

È stata questa seconda figura –parificata al giudice nel suo ruolo di controllo della misura coercitiva- ad aver suscitato dubbi interpretativi e reso necessario decisioni non sempre appaganti.

La prima sentenza con la quale la Corte di Strasburgo ha affrontato *ex professo* l'argomento –non senza destare qualche perplessità- è stata quella emessa nel caso *Schiesser c. Svizzera*<sup>310</sup>.

Il ricorrente sosteneva che vi fosse stata una violazione dell'art. 5.3 della Convenzione poiché il PM distrettuale del Cantone di Zurigo, che aveva provveduto in merito alla sua libertà personale in relazione alla custodia cautelare sofferta per varie imputazioni penali, non potesse considerarsi quale un "*officer authorised by law to exercise judicial power*", nel senso indicato dalla disposizione invocata.

La Corte ha innanzitutto analizzato e superato la prima questione linguistica, che riguardava la non perfetta coincidenza dei due testi, inglese e francese<sup>311</sup>, dell'art. 5.3 della Convenzione.

Se infatti nel testo inglese si dice che: *Everyone arrested or detained ... shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power ...*, quello francese parla di *juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires*.

Siccome sia *magistrat* che *officer* sono termini cui, nei vari sistemi giuridici europei, possono corrispondere diverse traduzioni e, di conseguenza, diversi significati, è di intuitiva evidenza che la valorizzazione del primo avrebbe

---

<sup>309</sup> Corte e.d.u., Sez. I, 30 settembre 2004, *Nikolova c. Bulgaria* (n.2), § 60; Corte e.d.u., Sez. I, 8 luglio 2004, *Vachev c. Bulgaria*, § 64; Corte e.d.u., Sez. II, 11 gennaio, 2001, *N.C. c. Italia*, § 33.

<sup>310</sup> Corte e.d.u., 4 dicembre 1979, SERIE A, n.34

<sup>311</sup> Che, come è noto, sono entrambe lingue ufficiali della Convenzione, su di un piano di assoluta parità. Esse però non sono solo due lingue appartenenti a due diversi gruppi, ma sono veicolo di due ben diverse tradizioni giuridiche, quella di *common law* e quella romano-napoleonica.



significato considerare maggiormente aderenti alla Convenzione i sistemi nei quali il pubblico ministero è un magistrato la cui carriera, se non unificata a quella dei giudici, si svolge almeno in parallelo con quella; al contrario, se la Corte avesse ritenuto sufficiente la competenza di un qualunque pubblico ufficiale, avrebbe manifestato maggior assonanza per i sistemi nei quali chi svolge le funzioni di accusa non è un magistrato nel senso comunemente inteso, ad esempio, in Francia e in Belgio.

La Corte ha scelto opportunamente una via che potremmo definire funzionale, nel senso che ha valorizzato non il nome – e la collocazione istituzionale - dell'ufficio, ma la funzione in concreto esercitata dal *magistrat/officer*, stabilendo in modo chiaro che si tratta, per disposizione della Convenzione, di una funzione giurisdizionale, in senso ampio<sup>312</sup>.

Per la Corte, “Magistrat” in francese e, ancora di più, “officer” in inglese hanno manifestamente un significato più ampio di “juge” e “judge”. L'esercizio del “judicial power” non è necessariamente limitato al potere di decidere le controversie legali. In molti Stati contraenti, gli ufficiali (Magistrats) e anche i giudici esercitano tale potere senza deliberare, come ad esempio gli organi della pubblica accusa ed i giudici istruttori. Un'analisi letterale suggerisce quindi che l'art. 5.3 includa sia i pubblici ministeri sia i giudici<sup>313</sup>.

Un'opzione interpretativa di grande importanza, perché stabilisce che l'attributo dell'indipendenza, che nel sistema convenzionale viene assegnato espressamente al solo giudice (art. 6.1), vada riferito in via interpretativa anche al

---

<sup>312</sup> Si riporta a tal proposito il passaggio fondamentale della sentenza:

“27. *In providing that an arrested person shall be brought promptly before a “judge” or “other officer”, Article 5 para. 3 (art. 5-3) leaves the Contracting States a choice between two categories of authorities. It is implicit in such a choice that these categories are not identical. However, the Convention mentions them in the same phrase and presupposes that these authorities fulfil similar functions; it thus clearly recognises the existence of a certain analogy between “judge” and “officer”. Besides, were this not so, there would scarcely be any explanation for the inclusion of the adjective “other”.*

<sup>313</sup> 28. *“Magistrat” in French and, even more, “officer” in English manifestly have a wider meaning than “juge” and “judge”. Again, the exercise of “judicial power” is not necessarily confined to adjudicating on legal disputes. In many Contracting States, officers (magistrats) and even judges exercise such power without adjudicating, for example members of the prosecuting authorities and investigating judges. A literal analysis thus suggests that Art. 5.3 includes officials in public prosecutors’ departments as well as judges sitting in court (les magistrats du parquet comme ceux du siège).*

*magistrat/officer* che, esercitando un potere certamente giurisdizionale (*a judicial power*) provvede sulla libertà personale<sup>314</sup>.

La decisione finale, come ha rilevato autorevole dottrina<sup>315</sup>, è stata però nel complesso poco soddisfacente, poiché la Corte, quasi timorosa di portare alle estreme conseguenze le sue stesse acquisizioni interpretative, ha dichiarato che i Pubblici Ministeri del Cantone di Zurigo -che indipendenti non apparivano proprio- non erano in concreto tanto soggetti al potere esecutivo da non avere i requisiti testé indicati.

Tale esito interpretativo è stato superato da successive decisioni, riguardanti anche la stessa Svizzera<sup>316</sup>, che hanno messo in dubbio la possibilità del pubblico ministero di decidere sulla applicazione di una misura cautelare.

E' stato così che in *Assenov c. Bulgaria*<sup>317</sup> il giudice dei diritti ha stabilito che il controllo giudiziario dei pregiudizi creati dall'esecutivo al diritto alla libertà di un individuo costituisce un elemento essenziale della garanzia dell'art. 5 § 3 Cedu.

Affinchè si possa ritenere che un "magistrato" eserciti "funzioni giudiziarie" ai sensi di tale disposizione, è necessario che il magistrato sia indipendente dall'esecutivo ed imparziale.

Il magistrato deve sentire personalmente l'individuo tradotto davanti a lui e pronunciarsi secondo criteri giuridici sull'esistenza di ragioni che giustificano la

---

<sup>314</sup> 29. ... .. *In the present case, greater assistance can be gained from a comparison of paragraphs 3 and 4 (art. 5-3, art. 5-4): unlike paragraph 3, paragraph 4 requires the intervention of a "court". Before a body can properly be regarded as a "court", it must, inter alia, be independent of the executive and of the parties (Neumeister judgment of 27 June 1968, Series A no. 8, p. 44; De Wilde, Ooms and Versyp judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, p. 41, para. 78), but this also holds good for the "officer" mentioned in paragraph 3 (art. 5-3): while the "judicial power" he is to exercise, unlike the duties set out in paragraph 4 (art. 5-4), may not take the form of adjudicating on legal disputes ("un caractère juridictionnel"), nonetheless judicial power is likewise inconceivable if the person empowered does not enjoy independence (see paragraph 31 below)".*

<sup>315</sup> M. PISANI, *Sub Art. 5, Diritto alla libertà e alla sicurezza*, cit., p. 133.

<sup>316</sup> Per un aggiustamento di tiro riguardante il PM del Cantone di Zurigo cfr. Corte e.d.u, 23 ottobre 1990, *Huber c. Svizzera*. In tale occasione si è stabilito che un magistrato competente ad applicare una misura detentiva può consentire dei dubbi legittimi sul fatto che possa essere imparziale, quando si dia anche la sola possibilità astratta che, nella fase ulteriore, egli possa svolgere funzioni di accusa e dunque assumere il ruolo di parte.

<sup>317</sup> Corte e.d.u., 28 ottobre 1998, *Assenov c Bulgaria*, in è stata la prima sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha riguardato una persona di etnia *rom*. Il ricorrente, un ragazzino *rom* di quattordici anni tutelato da una associazione umanitaria, venne arrestato dalla polizia bulgara per aver commesso una serie di furti e venne nell'occasione picchiato.

detenzione e, in loro assenza, deve avere il potere di ordinare in modo vincolante la sua scarcerazione<sup>318</sup>.

In questa sentenza viene richiesto all'*officer* di agire con imparzialità, una qualità che la Convenzione riferisce letteralmente solo al giudice (art. 6.1) ma che la Corte, evidentemente, ritiene debba conformare qualsiasi attività giurisdizionale.

Ancora, in *Niedbala c. Polonia* del 4 luglio 2000 la Corte ha affrontato un tema di straordinaria importanza, quello della dipendenza diretta degli uffici del PM dal potere esecutivo, stabilendo che il sistema polacco, nel quale il Ministro della giustizia riveste anche il ruolo di Procuratore generale ed ha poteri gerarchici verso gli uffici del PM, non soddisfa i criteri di indipendenza stabiliti dall'art. 5.3.

Di recente, la Corte europea ha preso più volte in esame la conformità della normativa francese relativa alla figura del pubblico ministero con la disposizione pattizia.

Dapprima, nel caso *Medvedyev ed altri c. Francia*<sup>319</sup>, del 10 luglio 2008, la Corte europea ha ritenuto, -seguendo però un ragionamento che non appariva pienamente esplicitato- che l'ordinamento giudiziario francese non soddisfacesse i criteri di cui all'art. 5.3 quanto ad indipendenza effettiva del Pubblico Ministero<sup>320</sup>.

I ricorrenti si sono lamentati davanti alla Corte EDU di essere stati arbitrariamente privati della loro libertà per essere stati detenuti su una nave mercantile per tredici giorni sotto la sorveglianza militare francese e successivamente per altri due o tre giorni a Brest al loro arrivo. Ciò sarebbe avvenuto in contrasto con il diritto internazionale e in mancanza di controllo da

---

<sup>318</sup> Cfr. M. DE SALVIA, V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Volume II (1991-1998), p. 754 e ss. "The "officer" must be independent of the executive and the parties (*ibid.*). In this respect, objective appearances at the time of the decision on detention are material: if it appears at that time that the "officer" may later intervene in subsequent criminal proceedings on behalf of the prosecuting authority, his independence and impartiality may be open to doubt (see the *Huber v. Switzerland* judgment of 23 October 1990, Series A no. 188, p. 18, § 43, and the *Brincat v. Italy* judgment of 26 November 1992, Series A no. 249-A, p. 12, § 21)".

<sup>319</sup> Corte e.d.u., 10 luglio 2008, *Medvedyev ed altri c. Francia*, req. n. 3394/03 in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>320</sup> La vicenda riguardava in breve diversi cittadini ucraini, rumeni, greci e cileni, i quali facevano parte dell'equipaggio del cargo *Winner* battente, all'epoca dei fatti, bandiera cambogiana. In un'operazione di lotta internazionale contro il traffico di stupefacenti, le autorità francesi erano venute a conoscenza che la nave *Winner* stava trasportando quantità considerevoli di droga. Il 13 giugno 2002, la marina francese decideva di intercettare la *Winner* in alto mare, al largo delle isole di Capo Verde, e di riportarla a Brest, in Francia, dove arrivava il 26 giugno.

parte dell'autorità giudiziaria. I ricorrenti hanno quindi affermato che vi era stata violazione dell'articolo 5 §§ 1 e 3 della Convenzione.

Con riguardo al profilo che qui ci interessa, la Corte ha ritenuto che: “...*le norme giuridiche su evocate non offrono una protezione adeguata contro gli attacchi arbitrari al diritto alla libertà. Infatti, nessuna di tali norme prevede espressamente la privazione della libertà dei membri dell'equipaggio della nave intercettata. Ne deriva che esse non precisano le condizioni della privazione della libertà a bordo, in particolare con riguardo alla possibilità per gli interessati di contattare un avvocato o i familiari. Inoltre, esse omettono di sottoporla al controllo di una autorità giudiziaria*<sup>321</sup>”.

Certamente, come sottolinea il Governo, le misure prese in applicazione della legge del 15 luglio 1994 sono sottoposte al controllo del procuratore della Repubblica: egli ne è informato dal prefetto marittimo (articolo 13 della legge) ed è “*informato preliminarmente con ogni mezzo delle operazioni previste al fine della ricerca e dell'accertamento dei reati*” (articolo 16 della legge); inoltre, gli interessati ricevono copia dei processi-verbali che accertano le infrazioni (*ibidem*) e, secondo quanto dice il Governo, nessun interrogatorio può essere condotto a bordo, così come deve ritenersi esclusa qualsiasi forma d'ispezione corporale.

È necessario tuttavia constatare che il procuratore della Repubblica non è una “autorità giudiziaria” nel senso in cui la giurisprudenza della Corte intende tale nozione: come sottolineato dai ricorrenti, manca ad esso, in particolare, l'indipendenza nei confronti del potere esecutivo per poter essere così qualificato.

La prima decisione sul caso *Medvedev* era stata tuttavia offuscata dal successivo intervento della *Grande Chambre* del 29 marzo 2010 che, pur insistendo sulla necessità di indipendenza del pubblico ministero, non aveva ribadito le contestazioni sull'appartenenza del *parquet* francese all'autorità giudiziaria.

Molti hanno ritenuto che la sentenza della *Grand Chambre* fosse una forma di “mediazione”, frutto di una deliberata volontà di evitare di prendere una posizione che potesse influenzare il dibattito in corso in Francia sulla riforma della procedura penale, che proprio nei mesi di marzo e aprile del 2010 era particolarmente acceso. I commenti pubblicati sulla stampa quotidiana evidenziano

---

<sup>321</sup> Vedi, *mutatis mutandis*, la sentenza *Amuur* cit., § 53

questa correlazione, mettendo in luce come la Corte europea, pur evitando una condanna esplicita della Francia, avesse fatto capire di seguire con attenzione gli sviluppi della legislazione interna sul fronte giustizia.

Si tratta, infatti, di una sostanziale “astensione”, che ha dato luogo a interpretazioni contrastanti. Il Governo francese ne ha dedotto che “*la CEDH dans sa décision ne remet pas en cause le statut du parquet français. Cela met fin aux interprétations que certains ont voulu donner depuis le premier arrêt de la Cour*”<sup>322</sup>.

Altri, all’opposto, hanno visto in questa pronuncia una prima, timida apertura della Corte verso una condanna della Francia che, se confermata da sentenze successive, avrebbe imposto una sostanziale revisione dello statuto del pubblico ministero per evitare sistematiche censure da parte dei giudici di Strasburgo.

Nel 2010 con la sentenza *Moulin c Francia*<sup>323</sup> la Corte europea torna ad occuparsi del Pubblico Ministero in Francia nel ruolo di controllo della misura coercitiva.

La signora Moulin si rivolge alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione dell’art.5.3 CEDU per non essere stata condotta tempestivamente davanti a un “*giudice o ad un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie*” e dell’art. 6 CEDU per non essere stata assistita da un avvocato di sua scelta durante la custodia della polizia.

---

<sup>322</sup> Così nella ricostruzione di L. DE CHARRETTE, *La CEDH ne remet pas en cause le statut du Parquet*, Le Figarò, 29 marzo 2010.

<sup>323</sup> Corte e.d.u 23 novembre 2010, *Moulin v. France*, req. n. 37104/06, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Per un riassunto della vicenda cfr. G. GARUTI, Osservatorio, in *Diritto penale e processo* n. 1/2011 p. 126-127. La signora *France Moulin*, avvocato, viene arrestata a Orleans il 13 aprile 2005, nell’ambito di un procedimento penale per traffico di droga, e posta in custodia con l’accusa di aver violato la riservatezza delle indagini. Il giorno seguente viene portata a Tolosa, dove il suo ufficio viene perquisito in presenza di due giudici istruttori di Orleans. Lo stato giorno il giudice istruttore del *Tribunal de Grande Instance* di Tolosa, senza avere personalmente raccolto la testimonianza dell’indagata, estende la custodia della polizia. Il 15 aprile 2005 i due magistrati inquirenti di Orleans si recano alla stazione di polizia per controllare che le loro istruzioni siano state eseguite e per esaminare le condizioni di custodia della signora *Moulin*, ma non la trovano. La custodia, infatti, si era conclusa quel giorno e la signora era stata condotta davanti al sostituto procuratore di Tolosa, il quale aveva ordinato il trasferimento in carcere per poi tradurla davanti ai giudici inquirenti di Orleans. Il 18 aprile 2005 viene presentata per la prima volta davanti ai giudici di Orleans, che la sottopongono ad interrogatorio, e successivamente la pongono in stato di custodia cautelare.

Infine, lamenta la violazione di altri articoli della Convenzione, sia il modo in cui lei e il suo ufficio sono stati perquisiti sia il sequestro dei suoi effetti personali.

Limitatamente alla presunta violazione dell'art.5.3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte ha osservato che in Francia sono applicate norme diverse per giudici e pubblici ministeri.

Quest'ultimi sono gestiti e controllati dai loro superiori nella gerarchia all'interno del pubblico ministero, sotto l'autorità del Ministro della Giustizia, *Garde des sceaux*, e quindi del potere esecutivo. A differenza dei magistrati, non sono inamovibili e il Ministro ha su di loro autorità disciplinare.

Essi sono tenuti a pronunciarsi per iscritto sulla base delle istruzioni loro impartite in conformità al codice di procedura penale, anche se liberi di fare osservazioni orali per ciò che ritengono opportuno negli interessi della giustizia.

La Corte non è tenuta a prendere posizione nel dibattito –di competenza delle autorità nazionali- concernenti i legami di dipendenza tra il Ministero di giustizia e le autorità giudiziarie in Francia.

Pertanto, esaminando il caso soltanto ai sensi dell'art. 5.3 la Corte ha osservato che, a causa del loro *status* i pubblici ministeri in Francia non soddisfano il requisito di indipendenza dal potere esecutivo; l'indipendenza, come l'imparzialità, è una delle garanzie della nozione di “*ufficiale autorizzato dalla legge ad esercitare il potere giudiziario*” ai sensi dell'art. 5.3.

La Corte ha ribadito, inoltre, che le caratteristiche che un giudice o un altro ufficiale deve possedere, per soddisfare i requisiti di cui all'art.5, gli precludono, tra le altre cose, di intervenire nei confronti del ricorrente nel procedimento penale, come ha fatto l'accusa.

Di conseguenza, il sostituto procuratore di Tolosa, un rappresentante del pubblico ministero, non ha offerto le garanzie di indipendenza richieste dall'art. 5.3 per poter essere qualificato come “*un giudice o un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie*”, ai sensi delle disposizioni contenute in questo articolo.

La custodia della ricorrente non ha quindi soddisfatto i requisiti di cui all'art.5.3.

## 4.2 Situazione attuale in Francia

Non si è mancato di sottolineare che in Europa il modello più vicino a quello della Procura francese è forse il suo omologo russo (*Prokuratura*)<sup>324</sup>.

In entrambi i casi, l'organizzazione è piramidale, molto strutturata. Le iniziative prese dai singoli magistrati nell'esercizio delle funzioni sono controllate in dettaglio dalla gerarchia e ciò spiega perché la Corte di Strasburgo abbia ritenuto che il PM francese non sia un'autorità giudiziaria, per mancanza d'indipendenza nei confronti dell'esecutivo.

A seguito dell'intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la Corte di cassazione francese<sup>325</sup> ha –pochi giorni dopo la sentenza *Moulin* – affermato lo stesso principio: il pubblico ministero francese dipende dal ministro della giustizia e quindi non può essere considerato una altra autorità autorizzata dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie, ai fini dell'articolo 5.3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La *Cour de cassation*, mettendo in discussione l'assetto tradizionale ed essenziale del sistema giudiziario francese, ne ha tratto le conseguenze, in particolare per limitare il potere dei PM in materia di carcerazione preventiva.

Recentemente la Corte di cassazione ha ritenuto che la geo-localizzazione (monitoraggio o controllo dinamico di una linea telefonica) non può essere decisa dal solo pubblico ministero, senza l'intervento del giudice<sup>326</sup>.

L'ex Procuratore Generale della Corte di Cassazione, che aveva denunciato “*il coma irreversibile*” del Pubblico ministero in occasione del suo discorso d'inaugurazione dell'anno giudiziario 2011<sup>327</sup>, ritiene che sia necessario “Rifondare il pubblico ministero”<sup>328</sup>.

---

<sup>324</sup> Cfr. E. ALT, *Conseiller référendaire alla Cour de cassation*, Saggio dal titolo *Un pubblico ministero dallo status malato*, in *Questione giustizia*, 2014.

<sup>325</sup> *Cour de cassation*, 10 dicembre 2010, ricorrente *Creissen*.

<sup>326</sup> *Cour de cassation*, 22 ottobre 2013.

<sup>327</sup> JEAN LUIS NADAL, discorso reperibile all'indirizzo internet [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

<sup>328</sup> In questa prospettiva, formula ben 67 proposte per la cui disamina si rimanda a *Refonder le ministère public, Rapport à la Ministre de la Justice*, novembre 2013 in [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr).

I progetti di riforma sono stati discussi nel corso di una conferenza di due giorni, nel gennaio di quest'anno<sup>329</sup>. Testimonianza di una grande ambizione: rifondare la giustizia, ricostruire l'istituzione giudiziaria per il secolo a venire.

Ma se le ambizioni sono alte, per il momento non hanno alcun effetto sulla realtà concreta.

Il Pubblico Ministero mantiene il suo statuto precario. La riforma costituzionale che doveva mettere fine al potere del governo nelle nomine di Procuratori della Repubblica, Aggiunti e Sostituti è stata abbandonata<sup>330</sup>.

#### **4.3 Precedenti prese di posizione da parte di entità internazionali.**

La definizione della posizione istituzionale del pubblico ministero è stata caratterizzata, a partire dai primi anni '90 del secolo scorso, da una serie di atti e di prese di posizione da parte di varie entità internazionali, ciascuna delle quali solo negli ultimi anni ha cominciato, se non a dialogare con le altre, almeno a tener in più esplicito conto le altrui posizioni.

Tali riflessioni hanno prodotto documenti politico-culturali, ma anche decisioni, atti aventi efficacia vincolante.

Il primo approccio organico a questo problema è rappresentato da un documento delle Nazioni Unite. Parliamo delle “*Linee guida della Nazioni Unite sul Ruolo dei Pubblici Ministeri*”<sup>331</sup>, risalenti al 1990, le quali stabiliscono che:

*4. Gli Stati membri devono assicurare che i pubblici ministeri siano in grado di svolgere le loro funzioni professionali senza intimidazioni, impedimenti, molestie, interferenze indebite o ingiustificate esposizione a responsabilità civile, penale o altro. (omissis)*

*7. La promozione di pubblici ministeri, laddove tale sistema esiste, si basa su fattori oggettivi, in particolare le qualifiche professionali, la capacità, l'integrità e di esperienza, e decisa in conformità con le procedure eque e imparziali.*

---

<sup>329</sup> La justice au 21ème siècle il cui programma si può leggere sul sito del ministero della Giustizia

<sup>330</sup> Cfr. E. ALT, *Conseiller référendaire alla Cour de cassation*, cit..

<sup>331</sup> Adottate dall'8<sup>o</sup> Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine ed il trattamento delle persone, l'Avana, 27 agosto-7 settembre 1990.



Un approccio, importante ma generico, cui è seguito a distanza di un decennio il documento che maggiormente ha analizzato questi problemi, quello che ha formulato le indicazioni più dettagliate.

Si tratta della Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 19 del 2000<sup>332</sup> che, fin dal Preambolo, definisce il pubblico ministero come un organo imparziale, segnandone così le distanze dal potere esecutivo, dalle posizioni delle singole maggioranze politiche<sup>333</sup>.

Parla, infatti di una “*autorità incaricata di vigilare, a nome della società e nell'interesse generale, sull'applicazione della legge quando quest'ultima è sanzionata a livello penale, in considerazione da un lato dei diritti degli individui e d'altro lato della necessaria efficacia dell'ordinamento penale*”.

Nel *Memorandum* esplicativo della Raccomandazione 19, si sottolinea come i sistemi giudiziari europei siano divisi fra ordinamenti che preservano la totale indipendenza del Pubblico Ministero nei confronti dei poteri legislativo ed esecutivo, e quelli in cui il Pubblico Ministero rimane subordinato all'uno o all'altro di questi poteri, pur beneficiando di un margine di autonomia più o meno ampio.

Troviamo quindi pubblici ministeri che godono di una situazione di indipendenza quasi identica a quella dei giudici (è il caso dell'Italia, ma anche di Inghilterra e Irlanda), ad ordinamenti in cui il pubblico ministero si trova in una posizione di totale dipendenza dai ministri della giustizia (come accade in Francia, Germania, Austria, Danimarca).

A catena si pone, quindi, il problema di stabilire se i governi possano impartire sempre e comunque ordini o istruzioni ai pubblici ministeri, ovvero se debbano sottostare ad esplicite giustificazioni derivanti da esigenze di politica criminale; se debba trattarsi di istruzioni generali o anche relative a casi specifici.

Un altro essenziale profilo di differenza è quello che riguarda l'azione penale: obbligatoria in alcuni Paesi, discrezionale in altri.

---

<sup>332</sup> Raccomandazione 19(2000) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul Ruolo del pubblico ministero nel sistema della giustizia penale.

<sup>333</sup> Cfr. V. MONETTI, *Il problema del pubblico ministero. Le linee di tendenza più recenti nel dibattito internazionale*, in *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Cacucci editore, 2012, p. 312.

E, per completare lo schema degli aspetti qualificanti, si deve ricordare la questione della archiviazione dei procedimenti.

E qui i problemi essenziali sono se essa è decisa ed effettuata dal pubblico ministero oppure se debba essere sottoposta alla decisione di un giudice, con l'ulteriore alternativa se l'intervento del giudice sia previsto sempre e comunque oppure solo su iniziativa di una parte interessata.

La Raccomandazione 19, posta di fronte alla pluralità di situazioni istituzionali in cui si trovano i pubblici ministeri nei singoli Stati del Consiglio d'Europa, ha preferito tracciare delle linee guida che ne assicurassero quanto più è possibile il ruolo di organo di giustizia, un organo imparziale, come si precisa nel preambolo quando si scrive che il pubblico ministero agisce *a nome della società e nell'interesse generale*.

Un organo, pertanto, che deve essere organizzato in modo trasparente sia sul piano interno, quindi con regole di funzionamento chiare; e con obblighi di renderne pubblici i contenuti; sia per quanto riguarda i rapporti con Governi e Parlamenti, quindi con la previsione che eventuali “ordini o istruzioni” siano impartiti sulla base di criteri generali e comunque in forme pubbliche; sia con riferimento alla sua attività ed ai rapporti gerarchici interni, a proposito dei quali si precisa che la sua attività deve essere garantita da norme altrettanto chiare, anche per quanto riguarda la carriera dei suoi membri.

Per quanto riguarda l'esercizio trasparente dei poteri dei singoli procuratori, e in particolare con riferimento al delicato problema dell'archiviazione, si postula un principio generale di controllabilità: la vittima del delitto deve essere abilitata ad ottenere una revisione dell'archiviazione, da parte di un giudice o mediante rimedi interni; con chiaro riferimento ai delitti commessi da pubblici esponenti, si precisa che la revisione può essere richiesta anche da una “*persona interessata*”.

Ancor prima della Raccomandazione 19, la Comunità internazionale prendeva in considerazione questi problemi nella Convenzione di Roma del 17 luglio 1998, che ha istituito la Corte penale internazionale.

Lo Statuto della Corte può considerarsi come l'Atto internazionale verso cui si è manifestato il massimo di legittimazione da parte della Comunità internazionale, dal momento che ad oggi hanno aderito alla Corte 115 Stati, con riferimento alla posizione ed ai compiti di questi organi di giustizia.

All'articolo 40 dello Statuto si afferma, in particolare, il principio di indipendenza oggettiva e soggettiva, ma anche quello di imparzialità dei giudici della Corte<sup>334</sup>.

Questi stessi principi sono poi ribaditi nell'articolo 42 anche a proposito del Procuratore e del suo ufficio, stabilendo che: *“1. L'Ufficio del Procuratore opera indipendentemente in quanto organo distinto nell'ambito della Corte. ... I membri di questo Ufficio non sollecitano né agiscono su istruzioni provenienti da fonti esterne”*<sup>335</sup>.

Un pubblico ministero, dunque, indipendente ma anche imparziale, come si ricava dalla disposizione di cui all'articolo 54, 1.a)<sup>336</sup>, secondo cui l'attività di inchiesta del Procuratore: mira alla determinazione della verità e, a questo fine, implica l'obbligo di raccogliere anche elementi a discarico.

#### **4.4 L'attività del Consiglio d'Europa**

Un apporto fondamentale nel delineare gli elementi minimi di un possibile statuto condiviso del PM è venuto dall'attività del Consiglio d'Europa nelle sue articolazioni rappresentative delle professioni legali: il Consiglio Consultivo dei Giudici Europei (CCJE) il Consiglio Consultivo dei Procuratori Europei (CCPE) e la Commissione di Venezia, organo consultivo di alto livello del Consiglio d'Europa che esprime pareri in materia costituzionale<sup>337</sup>.

Nella Dichiarazione di Bordeaux<sup>338</sup>, il CCJE e CCPE evocano la giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, per tracciare uno schema ideale del ruolo e della posizione del pubblico ministero in quanto parte pubblica del processo

---

<sup>334</sup> “I giudici esercitano le loro funzioni in completa indipendenza. I giudici non esercitano alcuna attività che potrebbe essere incompatibile con le loro funzioni giudiziarie o far dubitare della loro indipendenza”.

<sup>335</sup> Questo testo è stato ripreso quasi letteralmente dall'art. 16.2 dello Statuto sul Tribunale penale de L'Aja per i crimini nell'ex-Jugoslavia, annesso alla risoluzione 827 del Consiglio di sicurezza dell'Onu del 25 maggio 1993

<sup>336</sup> 5 Del tutto analoga all'articolo 358 del codice di procedura penale italiano.

<sup>337</sup> Cfr. V. MONETTI, *Intervento al Seminario di studio sul 10° Anniversario della Raccomandazione 19(2000) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul Ruolo del pubblico ministero nel sistema della giustizia penale*, Roma, 4 – 5 luglio 2011

<sup>338</sup> Parere n°12 (2009) del Consiglio consultivo dei giudici europei (Ccje) e Parere n.4 (2009) del Consiglio consultivo dei procuratori europei, su Giudici e Procuratori in una società democratica

penale postulando esplicitamente la sua indipendenza quale strumento per l'applicazione della legge, secondo i principi dello Stato di diritto<sup>339</sup>.

Il medesimo concetto è ribadito nella Magna Charta<sup>340</sup> redatta nel 2010 dal CCJE: *“i giudici debbono assicurare la parità delle armi tra il pubblico ministero e la difesa. Uno statuto di indipendenza dei pubblici ministeri costituisce un'esigenza fondamentale dello Stato di diritto”... “Al fine di garantire l'indipendenza dei giudici, ciascuno Stato deve costituire un Consiglio superiore della magistratura o altro organo specifico, anch'esso indipendente dai poteri esecutivo e legislativo, munito delle più ampie prerogative per ogni aspetto relativo al loro statuto, nonché*

---

<sup>339</sup> Si legge in proposito:

*“5. Il ruolo dei giudici è quello di giudicare i casi regolarmente portati davanti a loro dal pubblico ministero, senza alcuna indebita influenza esercitata da parte dell'accusa o della difesa, o da qualsiasi altra fonte.*

*6. L'applicazione della legge e, se del caso, il potere del pubblico ministero, di valutare l'opportunità di esercitare l'azione penale nella fase precedente al dibattimento, esige che lo status dei pubblici ministeri sia garantito dalla legge, al più alto livello, sull'esempio di quello dei giudici. I pubblici ministeri devono essere indipendenti e autonomi nel loro processo decisionale e devono esercitare le loro funzioni in modo equo, con obiettività e imparzialità.*

*7. Il CCJE CCPE si riferiscono alla giurisprudenza costante della Corte europea dei diritti dell'uomo, relativa all'articolo 5, paragrafo 3 ed all'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si tratta, in particolare, delle decisioni in cui la Corte ha affermato il requisito dell'indipendenza nei confronti dell'esecutivo e delle parti, per qualsiasi magistrato, che eserciti funzioni giudiziarie...*

*8. uno statuto di indipendenza per i pubblici ministeri implica alcuni principi fondamentali, in particolare:*

*- essi non devono essere sottoposti nell'esercizio delle loro funzioni ad influenze o pressioni da qualsiasi fonte esterna allo stesso pubblico ministero; - il loro reclutamento, la carriera, la certezza per le loro funzioni, compresi i trasferimenti o cambi di funzioni, che possono essere effettuati solo in conformità con la legge e previo consenso degli interessati, la loro retribuzione, devono essere protetti dalla legge.*

*9. In uno stato di diritto, e quando il pubblico ministero è organizzato gerarchicamente, l'efficacia dell'azione penale è*

*– per quel che riguarda i pubblici ministeri - inseparabile dalla necessità di istruzioni chiare provenienti dalla più alta autorità, dall'obbligo di rendere conto a tale autorità e dalla responsabilità. Le istruzioni indirizzate ai pubblici ministeri devono essere formulate per iscritto, in conformità alla legge e, se del caso, in conformità con linee guida e criteri precedentemente pubblicati. Ogni revisione o riforma, autorizzata dalla legge, della decisione di esercitare o non esercitare l'azione penale assunta da un pubblico ministero, deve essere presa in maniera imparziale e obiettiva. In ogni caso, gli interessi della vittima devono essere presi in considerazione.*

*19 “i giudici debbono assicurare la parità delle armi tra il pubblico ministero e la difesa. Uno statuto di indipendenza dei pubblici ministeri costituisce un'esigenza fondamentale dello Stato di diritto”.*

<sup>340</sup> Consiglio consultivo dei giudici europei “Magna Carta dei giudici” (Principi Fondamentali), Strasburgo, 17 novembre 2010.

*all'organizzazione, al funzionamento ed all'immagine delle istituzioni giudiziarie. Il Consiglio deve essere composto o esclusivamente da magistrati, o quantomeno da una maggioranza sostanziale di magistrati eletti dai loro pari. Il Consiglio superiore della magistratura è tenuto a rendicontare quanto alle sue attività e alle sue decisioni”.*

La Commissione di Venezia<sup>341</sup> rileva che soltanto alcuni paesi membri del Consiglio d'Europa dispongono di un ufficio del pubblico ministero che fa parte integrante dell'esecutivo ed è subordinato al Ministero della Giustizia (per esempio, Austria, Danimarca, Germania, Paesi Bassi).

La Commissione nota una tendenza generale a favore di un pubblico ministero più indipendente, e non subordinato o legato all'esecutivo.

In Polonia, per esempio, nel 2010 si è separato il ruolo del ministero della Giustizia da quello del Procuratore generale<sup>342</sup>.

È inoltre importante rilevare che in alcuni paesi, la subordinazione del pubblico ministero al potere esecutivo è più una questione di principio che una realtà, dal momento che l'esecutivo si dimostra in concreto particolarmente attento a non intervenire nei singoli procedimenti.

Tuttavia, anche in tali sistemi, permane il problema fondamentale, poiché non esistono garanzie formali contro tale eventuale intervento.

L'apparenza di un intervento può essere tanto dannosa quanto una reale ingerenza, come lo dimostra l'attuale dibattito in Austria sul potere dell'esecutivo di impartire istruzioni al pubblico ministero<sup>343</sup>.

---

<sup>341</sup> Rapporto sulle norme europee in materia di indipendenza del sistema giudiziario: parte II – Il Pubblico Ministero Adottato dalla Commissione di Venezia alla sua 85ª sessione plenaria, Venezia 17-18 dicembre 2010.

<sup>342</sup> Ci si riferisce allo Statuto del 9 ottobre 2009 che ha emendato il Prosecution Act ed altre norme (Journal of Laws nr 178, position 1375), introducendo, a partire dal 30 marzo 2010, importanti cambiamenti nel modello di funzionamento del pubblico ministero in Polonia. La principale modifica riguarda la separazione del ruolo del Prosecutor General dal Ministry of Justice.

<sup>343</sup> Cfr. A. KAPPELLER, *Riforma del Weisungsrecht (direttive ai PM) in Austria?*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com) dd.31.03.2014. Nel 2007 è stato inserito, nella Costituzione federale, l'art. 90a che recita: *“I PM sono organi della giustizia ordinaria. Nei procedimenti per fatti punibili con “gerichtlicher Strafe”, svolgono attività di indagine e provvedono ad esercitare l'azione penale. Mediante legge federale verranno emanate disposizioni concernenti la soggezione a Weisungen da parte di organi superiori”*. Questa norma, a prima vista, appare come una garanzia per i pubblici ministeri. Di fatto, però, la normativa riguardante il *Weisungsrecht*, è rimasta sostanzialmente invariata ed il controllo “gerarchico” dell'attività non è venuta meno nonostante il riconoscimento, ai PM, dello status di organo giudiziario. Nel marzo del 2014 il ministro della Giustizia ha

La tendenza appena descritta è visibile non soltanto tra i paesi di “diritto romano” membri del Consiglio d’Europa, ma anche nei paesi del sistema di *common law*.

Il servizio federale canadese del pubblico ministero nel 2006 è passato da un modello che faceva integrale riferimento al Procuratore Generale/Ministero della Giustizia a un modello con un Direttore indipendente della Pubblica Accusa (DPP)<sup>344</sup>.

L’Inghilterra, il Galles e l’Irlanda hanno ugualmente progressivamente eliminato i poteri della polizia in materia di azione penale, che costituivano una caratteristica dei sistemi di *common law*, orientandosi a favore dell’ufficio del pubblico ministero.

---

annunciato nel corso di una conferenza stampa che è sua intenzione riformare il cosiddetto *Weisungsrecht* spettante al ministro nei confronti dei PM, di ridurre la cosiddetta *Berichtspflicht* dei PM (l’obbligo di fare rapporto alla Procura Generale territorialmente competente, relativamente a procedimenti penali che rivestono particolare interesse pubblico per il tipo di reato commesso o per la persona dell’indagato; e di informare i loro superiori sui provvedimenti già adottati o che intendono adottare), oltre ad abolire i *Geschworenen-gerichte* (Corti d’Assise), ritenuti indegni di uno Stato di diritto moderno e con un rischio elevato di *Fehlurteile* in quanto i giudici non togati decidono – da soli e senza obbligo di motivazione – sulla colpevolezza o non colpevolezza dell’imputato.

<sup>344</sup> Si rimanda al *Public Prosecution Service of Canada Deskbook, Directive of the Attorney General Issued under Section 10(2) of the Director of Public Prosecutions Act*, March 1, 2014. *Director of Public Prosecutions Act*, SC 2006, c 9 [DPP Act] established the Office of the Director of Public Prosecutions (ODPP). The DPP Act was designed to strengthen the twin goals of institutional independence and ultimate ministerial accountability. On one hand, it was intended to enhance integrity in government by statutorily ensuring independence of the prosecution decision-making function from inappropriate political control, direction and influence. It enshrines in legislation the quasi-constitutional principle of independence of the prosecution function from the partisan political process. In this sense, it evokes the oft-quoted 1924 aphorism of Lord Chief Justice Hewart that “Justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.” At the same time, the DPP Act does not speak of absolute ODPP independence. Because the Attorney General is fully accountable to Parliament for the prosecution function, the Act ensures a measure of oversight for the exercise of prosecutorial discretion. First, s. 3(3), which outlines the Director of Public Prosecutions’ (DPP) duties and functions, provides that the DPP acts “under and on behalf of the Attorney General”. Second, the Attorney General may issue directives in respect of specific prosecutions or in respect of prosecutions more generally. Third, as discussed below, ss. 13–15 of the Act require the DPP to notify the Attorney General about important questions of general interest, and give the Attorney General the power to intervene in proceedings or to assume conduct of prosecutions. In turn, the DPP Act counterbalances the Attorney General’s oversight function and safeguards DPP independence from the Attorney General by requiring that the issuance of s. 10 directives and assuming conduct of a prosecution under s. 15 be in writing and made public.

A prescindere da tali tendenze, esiste una differenza essenziale nella percezione del concetto di indipendenza o di autonomia, a seconda che si applichi ai giudici o al pubblico ministero.

Anche quando appartiene all'ordine giudiziario, il pubblico ministero non ha funzione giudicante.

L'indipendenza del potere giudiziario e la sua separazione dal potere esecutivo è la chiave di volta dello stato di diritto, ed è una norma per la quale non possono esserci eccezioni.

L'indipendenza del potere giudiziario presenta due sfaccettature, una delle quali è istituzionale, ossia la giustizia nel suo insieme è indipendente, e ogni singolo giudice decide con piena indipendenza (ivi compreso senza essere influenzato da altri giudici).

Tuttavia, l'indipendenza o l'autonomia del pubblico ministero non è affermata in modo così categorico come quella dei tribunali.

Anche quando il pubblico ministero, in quanto istituzione, è indipendente, può essere esercitato nei confronti delle sue decisioni e attività un controllo da parte dei livelli superiori della gerarchia, tranne per il procuratore generale.

Stabilito ciò, si pone il problema di individuare le garanzie di cui deve godere l'ufficio del pubblico ministero contro eventuali pressioni esterne.

Soprattutto quando è subordinato al potere esecutivo, tali garanzie sono necessarie al fine di tutelarlo contro un'indebita influenza politica esercitata da tale potere<sup>345</sup>.

---

<sup>345</sup> Per garantire la non interferenza, la Commissione di Venezia ha formulato le seguenti raccomandazioni:

“1. Nella procedura di nomina di un Procuratore generale, sarebbe opportuno consultare persone qualificate, quali i rappresentanti della comunità giuridica (compresi i pubblici ministeri) e la società civile, sulle competenze professionali dei candidati.

2. Nei paesi in cui il Procuratore generale è eletto dal Parlamento, il rischio di una politicizzazione della procedura di nomina potrebbe essere ridotto se l'elezione fosse preparata da una commissione parlamentare.

3. Si potrebbe ritenere che l'elezione di un Procuratore generale a maggioranza qualificata possa rappresentare un meccanismo atto a ottenere un vasto consenso su tale nomina.

4. Un Procuratore generale dovrebbe essere nominato a titolo permanente o per un periodo di tempo relativamente lungo, senza possibilità di rinnovo delle sue funzioni alla fine del periodo. La durata del mandato del Procuratore generale non dovrebbe coincidere con quella della legislatura.

5. Se devono essere adottate delle disposizioni affinché il Procuratore generale occupi altre funzioni alla fine del suo mandato (per esempio quelle di giudice), lo si dovrebbe indicare

---

chiaramente prima della nomina. D'altra parte, non dovrebbe esistere un divieto generale che impedisca a un Procuratore generale di candidarsi ad altre cariche pubbliche durante o dopo il suo mandato.

6. I motivi per la revoca del Procuratore generale devono essere previsti dalla legge e un organo specializzato dovrebbe pronunciarsi sulla loro validità.

7. Il Procuratore generale dovrebbe avere diritto a un'equa udienza nel caso di un procedimento di revoca, compreso dinanzi al Parlamento.

8. Il Procuratore generale non dovrebbe essere responsabile dinanzi al Parlamento per le decisioni di esercitare o meno un'azione penale nei singoli casi. Tali decisioni spettano solo all'ufficio del pubblico ministero e non al potere esecutivo o legislativo. Tuttavia, l'elaborazione della politica in materia di procedimenti penali sembra essere una questione per la quale il potere legislativo e il Ministero della Giustizia o il Governo possono a giusto titolo avere un ruolo decisivo da svolgere.

9. Potrebbe essere richiesto al Procuratore generale di presentare una relazione pubblica al Parlamento, per rendere conto della sua attività. Se del caso, dovrebbe rendere conto in modo trasparente di come ha messo in applicazione qualunque istruzione generale che gli è stata impartita dal potere esecutivo.

10. I problemi più importanti in materia di responsabilità (o piuttosto di assenza di responsabilità) sorgono quando il pubblico ministero decide di esercitare un'azione penale. Se non esiste la possibilità di presentare un ricorso giuridico – per esempio, da parte delle vittime di reato – è molto elevato il rischio che il pubblico ministero non sia chiamato a rispondere della sua decisione.

11. Per preparare la nomina di pubblici ministeri qualificati, a parte il procuratore generale, sarebbe utile ricorrere alla consulenza di esperti.

12. I pubblici ministeri, a parte il Procuratore generale, dovrebbero essere nominati fino al momento della pensione.

13. Nei procedimenti disciplinari, il pubblico ministero interessato dovrebbe avere il diritto di essere ascoltato.

14. Dovrebbe essere possibile il ricorso dinanzi a un tribunale in caso di sanzioni disciplinari.

15. La garanzia prevista nella Raccomandazione 2000 (19) contro presunte istruzioni illegali non è appropriata e dovrebbe essere maggiormente sviluppata, poiché non impedisce che possa essere impartita una presunta istruzione illegale. Qualsiasi istruzione tesa a infirmare la validità dell'opinione di un pubblico ministero di rango inferiore dovrebbe essere motivata e in caso di presunta istruzione illegale, un tribunale o un organo indipendente, quale il Consiglio superiore della pubblica accusa, dovrebbe potersi pronunciare sulla legalità dell'istruzione.

16. Le minacce di un trasferimento possono rappresentare un mezzo per fare pressione su un pubblico ministero e un pubblico ministero "disubbidiente" potrebbe essere sollevato dall'incarico in una causa delicata. Dovrebbe essere possibile il ricorso dinanzi a un organo indipendente, quale il Consiglio superiore della pubblica accusa.

17. Il pubblico ministero non dovrebbe godere di un'immunità totale.

18. Un pubblico ministero non dovrebbe essere titolare di altri mandati pubblici né esercitare altre funzioni pubbliche che sarebbero considerate inappropriate per un giudice e dovrebbe evitare le attività pubbliche incompatibili con il principio di imparzialità cui è tenuto.

19. Quando esistono, i Consigli superiori della pubblica accusa dovrebbero essere composti da pubblici ministeri di ogni rango, ma anche da altri soggetti, quali avvocati o specialisti di diritto. I membri di tali consigli, se sono eletti dal Parlamento, dovrebbero essere eletti a maggioranza qualificata.

20. Se il consiglio superiore della pubblica accusa e il consiglio superiore della magistratura sono un solo e unico organo, occorrerebbe accertarsi che i giudici e i pubblici ministeri non possano esercitare un'influenza sulle loro rispettive nomine e procedimenti disciplinari.

21. È essenziale per un sistema di giustizia penale efficace ed equo che la retribuzione dei



#### 4.5 Riflessioni

La Corte Edu è molto cauta nell'utilizzare, per motivare le sue decisioni, espressioni generali di tipo definitorio, preferendo procedere di volta in volta, in base alla legislazione ed alle pratiche nazionali che rilevano nel caso al suo esame, ad un raffronto dei fatti dedotti in ricorso col significato della norma convenzionale, sempre valutando il suo *case law* e, quando necessario, anche utilizzando criteri che desume dal diritto comparato e internazionale.

Nell'impianto normativo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non esiste, infatti, uno "statuto del pubblico ministero" se con questo termine intendiamo un complesso di disposizioni, dotate di forza cogente, volte a definire la posizione istituzionale, i poteri processuali, le regole organizzative e di condotta di quest'organo nei suoi rapporti con gli altri poteri dello Stato, con le parti e con il giudice nel processo<sup>346</sup>.

Gli Stati sono, quindi, liberi di dettare le norme ordinamentali e processuali che meglio si adattano alle costituzioni nazionali e alle differenti tradizioni giuridiche, fermo restando il limite del rispetto dei diritti fondamentali.

Costituisce perciò, se non un *unicum*, almeno un'eccezione, quanto viene affermato dalla sentenza *Lesnik c. Slovacchia*<sup>347</sup> (n. 35640/97) dell'11 marzo 2003, dove si rinviene quella che nella giurisprudenza di Strasburgo è forse la prima, sia pur cauta, definizione generale del ruolo e della posizione del PM: "*Public prosecutors are civil servants whose task it is to contribute to the proper*

---

*pubblici ministeri sia proporzionata all'importanza delle funzioni svolte.*

22. *Un organo specializzato quale il Consiglio superiore della pubblica accusa potrebbe svolgere un ruolo rilevante nella definizione dei programmi di formazione.*

23. *Gli atti del pubblico ministero che hanno un'incidenza sui diritti umani, quali la perquisizione personale o la detenzione, devono restare sotto il controllo dei giudici.*

24. *In alcuni paesi, una 'tendenza a favore dell'esercizio dell'azione penale' sembra condurre a un'approvazione quasi automatica di ogni richiesta del pubblico ministero in tal senso, con conseguente pericolo non solo per i diritti umani delle persone coinvolte, ma anche per l'indipendenza del sistema giudiziario nel suo insieme.*

25. *Il pubblico ministero dovrebbe essenzialmente concentrarsi sul diritto penale".*

<sup>346</sup> I. PATRONE, *Il PM in Europa secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>347</sup> Corte e.d.u., 11 marzo 2003, *Lesnik c. Slovacchia*<sup>347</sup> (ric. n. 35640/97).

*administration of justice. In this respect they form part of the judicial machinery in the broader sense of this term. It is in the interest that they, like judicial officers, should enjoy public confidence. It may therefore be necessary for the State to protect them from accusations that are unfounded”.*

Tale definizione sembra costituire un punto di arrivo nella giurisprudenza della Corte, che da alcuni anni andava confrontandosi con questioni relative al ruolo del PM, come emergenti dalla applicazione dell’art. 5 CEDU.

Si assiste, in tal senso, alla progressiva emersione di linee-guida volte a riconoscere al pubblico ministero un ruolo essenziale all'interno della giurisdizione, un organo che deve essere dotato di un grado significativo di indipendenza verso il potere politico, che deve agire in modo imparziale e nel solo interesse della collettività e che deve contribuire in modo attivo alla tutela dei diritti consacrati nella Convenzione<sup>348</sup>.

Costituiscono espressione di questo *trend* evolutivo, oltre alla sentenza Moulin, i documenti, via via sempre più analitici e precisi, del Consiglio d’Europa.

Rispetto alla pura e semplice presa d’atto della diversità dei sistemi, quelli con il pubblico ministero dipendente dal potere esecutivo e quelli con un pubblico ministero organizzato quasi secondo lo schema di garanzie dei giudici, le scelte del Consiglio d’Europa si sono nettamente orientate verso questo secondo modello.

Una mutata sensibilità ma soprattutto, la constatata impossibilità di vedere rispettate quelle “norme di protezione” del pubblico ministero contro indebite pressioni da parte del potere politico hanno portato il Consiglio d’Europa, nella Dichiarazione di Bordeaux e nella Magna Charta, a compiere una decisa scelta verso un sistema istituzionale che preveda un pubblico ministero indipendente<sup>349</sup>.

Emerge, così, con chiarezza lo stretto collegamento tra l'indipendenza del pubblico ministero e il concetto di Stato di diritto su cui si fondano, in larga misura, le politiche sviluppate dal Consiglio d'Europa e dall'Unione europea nei confronti dei Paesi dell'Europa centrale e orientale.

---

<sup>348</sup> A. BALSAMO, *Il rapporto tra indipendenza del pubblico ministero e tutela della libertà personale nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, fasc.3, 2011, pag. 1226.

<sup>349</sup> Cfr. V. MONETTI, *Il problema del pubblico ministero. Le linee di tendenza più recenti nel dibattito internazionale*, cit., p. 314.

In particolare, attraverso l'esame delle previsioni ordinamentali e del "diritto vivente" che contrassegnano lo *status* del *Ministère Public* francese e dello *Staatsanwalt* tedesco<sup>350</sup>, è possibile trarre precise indicazioni sul grado di protezione assicurato a livello nazionale al valore dell'indipendenza del pubblico

---

<sup>350</sup> Per una disamina si manda a M. CHIAVARIO, *Procedure penali d'Europa. Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia. Sintesi nazionali e analisi comparatistiche*, Cedam, 2001 p.359 In via di estrema sintesi in Germania, l'ufficio del pubblico ministero, plasmato sul modello francese, è organizzato secondo un identico principio di sottoposizione gerarchica al potere esecutivo, rispettivamente dello Stato federale o dei *Länder*. Peculiarità del sistema è l'esistenza della c.d. doppia "*Weinsugspyramide*", cioè di due "piramidi direttive", l'una al livello del *Bund*, l'altra al livello dei *Länder*, completamente separate e indipendenti l'una dall'altra, al vertice delle quali sono collocati, rispettivamente, il Ministro federale della giustizia e i Ministri della giustizia dei singoli *Länder*.

Sul piano istituzionale, le funzioni requirenti sono esercitate da magistrati reclutati separatamente e con uno *status* differente dai giudici: i magistrati dell'accusa non godono delle garanzie di indipendenza riconosciute ai giudicanti; è comunque possibile, anche se raro, il passaggio da un ruolo all'altro.

Lo stato giuridico del pubblico ministero è simile a quello degli altri funzionari dell'amministrazione, tanto che nella maggior parte dei *Länder* i capi degli Uffici sono classificati come *politische Beamter* (funzionari politici): possono essere trasferiti in ogni momento - e persino, senza motivazione, provvisoriamente sospesi - e devono conformarsi agli ordini dei loro superiori. Competente in materia disciplinare è comunque lo stesso organo che vigila sui giudici, composto però da pubblici ministeri nominati dal Ministro della giustizia.

Dal punto di vista strutturale emerge una fitta trama di controlli, sia esterna sia interna agli stessi uffici, per cui il Ministro federale di grazia e giustizia vigila e dirige il Procuratore generale federale ed i suoi sostituti (§ 147 n. 1 della legge di ordinamento giudiziario: *Gerichtsverfassungsgesetz* o GVG); il Procuratore generale federale controlla i propri sostituti (§ 14 comma 1, n. 5 GVVO); gli organi amministrativi della giustizia del *Land* vigilano sui funzionari delle procure nazionali (§ 147 n. 2 GVG); il primo funzionario della procura generale presso la Corte d'appello e quello della procura presso il Tribunale controllano, rispettivamente, i funzionari del relativo distretto territoriale (§ 147 n. 3 GVG).

Nel potere di vigilanza sono ricompresi tre diversi ed alternativi poteri: di avocazione, di sostituzione e di direttiva (*Devolutionrecht*, *Substitutionsrecht* e *Anweisungsrecht*). I primi due sono previsti dal § 145 comma 1 GVG, a tenore del quale ai primi funzionari della procura della Repubblica presso le Corti d'appello e presso i tribunali è riconosciuto il potere di avocare o di trasferire ad un sostituto la trattazione di un caso originariamente affidato ad altro sostituto. Il potere di direttiva, invece, è contemplato nel § 146 GVG, ai sensi del quale "i funzionari della procura della Repubblica devono seguire le direttive del loro preposto". Il Ministro della giustizia gode degli ultimi due poteri, con esclusione del *Devolutionrecht*. Il più forte tra di essi è senza dubbio il potere di direttiva ritenuto da alcuni incostituzionale, da altri assolutamente necessario ai fini del "controllo" parlamentare sulla giustizia.

La dipendenza dall'esecutivo tuttavia non è assoluta, incontrando il limite del *Legalitätsprinzip*. Il principio di legalità offre ai funzionari del pubblico ministero un significativo strumento di difesa: poiché gli ordini del Ministro devono rispettare "le norme di legge e i principi del diritto" secondo quanto stabilisce la Legge Fondamentale (art. 20.III GG), gli *Staatsanwälte* possono opporsi all'esecuzione di un ordine che giudichino illegale, essendo consapevoli che la controversia sarà eventualmente risolta da un organo indipendente qual è il tribunale disciplinare, ma sapendo anche che lo svolgimento della loro carriera dipende dall'autorità ministeriale. Sono comunque lontani i tempi in cui l'organo della pubblica accusa era considerato un vero e proprio *Buttel* (organo di polizia) del Governo; oggi in Germania le direttive vengono impartite con grande cautela e lo *Staatsanwalt* opera in una condizione di sempre maggiore autonomia.

ministero nei confronti del potere politico, conseguenza ineludibile del principio di separazione dei poteri<sup>351</sup>.

Nel configurare la posizione istituzionale di tale organo, i diversi ordinamenti cercano di bilanciare a livello operativo due valori confliggenti ma entrambi rilevanti.

Da un lato, la consapevolezza che il pubblico ministero partecipa alla formulazione e attuazione delle politiche criminali impone l'adozione di meccanismi atti ad assicurare che il ruolo svolto in questo settore così delicato sia disciplinato e controllato nell'ambito del processo democratico; dall'altro, l'esigenza di garantire che l'azione penale sia esercitata con rigore, uniformità e correttezza impone di evitare un collegamento troppo stretto col potere politico, che potrebbe essere usato dalle maggioranze del momento allo scopo di influenzare la condotta del pubblico ministero per obiettivi di parte<sup>352</sup>.

L'ufficio del PM in termini di indipendenza ed imparzialità appare quindi, anche alla luce delle recenti prese di posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, maggiormente conforme ai principi enucleati dalla Convenzione.

Lo stato del dibattito propende per delineare, pur nella grande varietà degli ordinamenti nazionali, un organo dotato di un grado significativo di indipendenza verso il potere politico, che deve agire in modo imparziale e nel solo interesse della collettività e che deve contribuire in modo attivo alla tutela dei diritti consacrati nella Convenzione.

La collocazione istituzionale del pubblico ministero italiano viene quindi ad accreditarsi come un'importante acquisizione sul piano della tutela dei diritti fondamentali, non solo attraverso la solenne proclamazione della autonomia e indipendenza della magistratura da ogni altro potere (art. 104 Cost.) e la estensione a tutti i magistrati della garanzia della inamovibilità (art. 107 Cost.) ma anche con la previsione dell'art. 109 Cost., secondo cui l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria. Una disposizione, questa, che rispecchia

---

<sup>351</sup> Sull'argomento G. DI FEDERICO, *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, n. 1, p. 99; ID., *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in *Giur. it.*, 2009, p. 522; M. DEVOTO, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del p.m.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2024.

<sup>352</sup> Così G. DI FEDERICO, *L'indipendenza del pubblico ministero e il principio democratico della responsabilità in Italia: l'analisi di un caso deviante in prospettiva comparata*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, XLI, p. 232.

coerentemente la scelta di valorizzare la funzione di controllo imparziale che spetta alla magistratura, vista come la prima garanzia della libertà individuale, in coerenza con l'impostazione accolta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>353</sup>.

---

<sup>353</sup> Così A. BALSAMO, *Il rapporto tra indipendenza del pubblico ministero e tutela della libertà personale nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, fasc.3, 2011, p. 1226.



## CAPITOLO V

### IL DIRITTO A OTTENERE UN CONTROLLO SULLA LEGITTIMITA' DELLA MISURA CAUTELARE

SOMMARIO: – 5.1. Il controllo sulle misure cautelari: aspetti definitivi; 5.2. Le impugnazioni cautelari nel sistema italiano: il tribunale della libertà; 5.3. Profili di confronto tra il procedimento di riesame e disposizioni internazionali; 5.4. L'esigenza del "breve termine" nel giudizio di appello e nel ricorso per cassazione; 5.5 Alcune considerazioni sulla disciplina delle impugnazioni cautelari alla luce delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'Uomo; 5.6. Il giudicato cautelare.

#### **5.1. Il controllo sulle misure cautelari: aspetti definitivi.**

L'art.5 § 4 Cedu garantisce il diritto di ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla "legalità" della sua detenzione.

Il controllo ha luogo su istanza della persona privata della libertà personale e si differenzia in ciò da quanto stabilito dall'art. 5 § 3 Cedu che configura la

verifica d'ufficio del giudice o altro magistrato in sede di traduzione della persona detenuta<sup>354</sup>.

Secondo parte della dottrina, in particolare di matrice anglosassone<sup>355</sup>, la suddetta previsione non implica di per sé la predisposizione di una serie di controlli modellati secondo lo schema delle impugnazioni *de libertate*.

Per la cd. teoria del c.d. “*controllo incorporato*”, la verifica delineata dall'art. 5 § 4 Cedu sarebbe incorporata e quindi non più richiesta, nei casi in cui la detenzione sia stata già fatta oggetto di una valutazione da parte di un giudice nel rispetto dei requisiti del giusto processo<sup>356</sup>.

Si tratterebbe, in particolare, della detenzione imposta a seguito di una sentenza di condanna “*a discretionary life sentence*” suscettibile di essere rivista dopo un certo lasso di tempo<sup>357</sup>, ovvero di una detenzione seguita dalla traduzione davanti ad un giudice<sup>358</sup>.

In questi casi, la garanzia autonoma di un ricorso ad un tribunale verrebbe assicurata dal diritto riservato alla persona detenuta a vedere la propria “*detention scrutinised by a court again at periodic intervals*”.

Secondo quest'impostazione, dunque, l'art. 5 § 4 Cedu non implica che, coloro i quali siano privati della libertà personale sulla base di un provvedimento adottato in conformità al § 3 dell'art. 5 Cedu, possano ottenere un ulteriore controllo da parte di altro giudice, ma attribuisce all'interessato, passato un certo intervallo di tempo, il diritto di investire nuovamente un'autorità giudiziaria della verifica sulla persistente legittimità della detenzione.

---

<sup>354</sup> Corte e.d.u., Grande Camera, 29 aprile 1999, *Aquilina c Malta*, § 49; Per O. MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea*, cit., p. 60 è l'automaticità che distingue l'intervento del giudice ex art. 5 § 3 Cedu rispetto all'esame della legalità della detenzione previsto nel quarto paragrafo della stessa disposizione.

<sup>355</sup> Cfr. J. PRADEL, G. CORSTENS, *Droit penal europeen*, Parigi, 1999, p. 342.

<sup>356</sup> Cfr. D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the european Convention on Human Rights*, Londra, 1998, p. 151; J. MURDOCH, *L'article 5 de la Convention europeenne des droits de l'homme*, 2003, p. 90.

<sup>357</sup> Si tratta di quelle condanne, proprie del sistema inglese, per cui è stabilita una tariffa minima e che sono suscettibili di modifica con il passare del tempo qualora il soggetto non appaia più pericoloso, oppure alle ipotesi in cui, dopo la liberazione, il soggetto venga di nuovo detenuto per aver commesso un reato e questa detenzione sia considerata sotto il profilo dell'art.5 § 1 lett. a) Cedu perché eseguita in connessione con la precedente sentenza di condanna.

<sup>358</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS, *op. cit.*, p. 342.



In altri termini, se la misura limitativa della libertà personale è stata disposta da un giudice, nel rispetto di talune caratteristiche del processo equo, non è necessario istituire un secondo grado di giudizio.

A dimostrazione di tale assunto, si è sottolineata la differenza tra le espressioni utilizzate nell'art. 5 § 4 Cedu e nell'art. 2 del VII Protocollo<sup>359</sup>: mentre nella prima disposizione emerge chiaramente che il diritto ivi previsto è quello di instaurare un procedimento di controllo della detenzione (*“everyone shall be entitled to take proceedings”*), diversamente nell'art. 2 del VII Protocollo si prevede il *“right of appeal”*, con ciò intendendo chiaramente la possibilità di investire un'autorità giurisdizionale di grado superiore dell'esame della precedente dichiarazione di colpevolezza<sup>360</sup>.

Un sistema che preveda l'applicazione della misura cautelare ad opera di un giudice e l'immediato contraddittorio in sede di interrogatorio di garanzia, senza che sia necessario sottoporre ad un collegio l'operato del singolo giudice, ben potrebbe essere in linea con quanto stabilito dall'art. 5 § 4 Cedu.

La garanzia del diritto al ricorso al tribunale prevista dalla disposizione in parola potrebbe, in quest'ottica, ritenersi soddisfatta dalla possibilità riconosciuta alla persona privata della libertà di ripetere, ad intervalli regolari, il controllo della legalità della misura cui si trova sottoposta<sup>361</sup>.

Se l'art.5 § 4 Cedu non impone agli Stati contraenti di prevedere un doppio grado di giurisdizione in materia di libertà personale, esso però obbliga a

---

<sup>359</sup> Così R. KOERING-JOULIN, Art. 5 § 4, in AA.VV., *La Convention europeenne de droits de l'homme*, a cura di Pettiti, Decaux, Imbert, Parigi, 1995, p. 232.

<sup>360</sup> Nella Raccomandazione (2006)13 si prevede al punto 18 *“any person remand in custody, as well as anyone subjected to an extension of such remand or to alternative measures, shall have a right of appeal against such ruling and shall be informed of this rights when this ruling is made”*.

<sup>361</sup> Così a partire dalle decisioni Corte e.d.u., 24 ottobre 1979, *Winterwerp c. Olanda*, § 55-57; Corte e.d.u. 24 settembre 1992, *Herczegfalvy c. Austria*, § 75; Corte e.d.u., sez. III, 24 November 2009, *Shannon c. Latvia*, § 67; Corte e.d.u. Sez. IV, 26 febbraio 2002, *Magalhaes Pereira c. Portogallo*, § 40-41 secondo cui *“According to the Court's case-law, a person detained in sud) conditions is entitled under Article 5 § 4 to take proceedings at reasonable intervals before a court to put in issue the “lawfulness” — within the meaning of the Convention of his or her detention, as much as the reasons initially warranting confinement may cease to exist. Such a review must comply with both the substantive and procedural rules of the national legislation and, moreover, be conducted in conformity with the aim of Article 5, namely to protect the individual against arbitrariness. The latter condition implies not only that the relevant courts must decide “speedily, but also that their decisions must follow at reasonable intervals”*.

predispone un sistema di controllo sulla legalità della detenzione che abbia determinate caratteristiche.

In primo luogo, la Corte e.d.u. richiede che il ricorso sia efficace ed accessibile<sup>362</sup>, sia cioè un rimedio effettivo, con una disciplina sufficientemente certa, non meramente teorico ma concretamente fruibile e non ritardato o frustrato, tra l'altro da difficoltà connesse allo *status* detentivo<sup>363</sup>.

La Corte di Strasburgo si è quindi riservata di censurare la violazione della norma in parola sia qualora lo Stato non si doti di alcun mezzo di controllo avverso la misura cautelare applicata, sia qualora il soggetto *in vinculis* non venga posto nella condizione di poter disporre dello strumento di controllo<sup>364</sup>.

In secondo luogo, esso deve essere diretto ad un “tribunale”, ossia ad un organo che deve rispondere ai requisiti dell'indipendenza dall'Esecutivo e di imparzialità<sup>365</sup>, pur non presentando necessariamente i caratteri della giurisdizione “di tipo classico”<sup>366</sup>.

L'affidamento del controllo ad un “tribunale” rende necessario che il procedimento segua le garanzie e le modalità procedurali tipiche del giusto processo *ex art. 6 Cedu*<sup>367</sup>, vale a dire del contraddittorio<sup>368</sup>, del diritto della difesa, anche sotto il profilo della parità delle armi: nel rispetto quindi, fra l'altro, del diritto del detenuto di essere assistito da un legale, quando si richiede l'intervento

---

<sup>362</sup> Per accessibilità del rimedio si intende, nella giurisprudenza di Strasburgo, che la via di ricorso al tribunale deve essere consentita con sufficiente grado di certezza così in astratto quanto in concreto (cfr. Corte e.d.u., 12 maggio 2005, *Oclan c. Turchia* § 69).

<sup>363</sup> In alcune decisioni riguardanti in particolare la Turchia e la Bulgaria, la Corte e.d.u. ha censurato l'impossibilità, in questi ordinamenti, per il detenuto di contestare la legittimità della misura cautelare inflitta: Cfr. Corte e.d.u., Sez. II, 2 novembre 2004, *Abdulsamet Yaman c. Turchia*, § 79-80; Corte e.d.u., Sez. I, 30 settembre 2004, *Nikolova c. Bulgaria*, § 75; Corte e.d.u., Sez. I, 8 luglio 2004, *Vachv c. Bulgaria*, § 71 e 73; Corte e.d.u., Sez. I, 8 luglio 2004, *Sarikaya c. Turchia*, § 60 in cui si è censurata l'assenza nella legge turca di un rimedio adeguato per contestare una situazione di detenzione illegale presso la polizia; Corte e.d.u., Grande Camera, 12 maggio 2005, *Oclan c. Turchia*, § 70, noto caso nel quale, anche per l'impossibilità di entrare in contatto con i suoi legali, il detenuto non aveva avuto la possibilità di fruire delle facoltà offerte dalla legge per sottoporre ad un controllo la legittimità della restrizione.

<sup>364</sup> Cfr. Corte e.d.u., 5 febbraio 2002, *Conka c. Belgio*.

<sup>365</sup> Cfr. Corte e.d.u., Sez. I, 28 novembre 2002, *Lavents c. Lettonia*, § 81.

<sup>366</sup> Cfr. M. PISANI, *op. cit.*, p. 141.

<sup>367</sup> Sui riflessi in materia di garanzie della libertà personale, delle disposizioni sul “giusto processo” inserite nell'art. 111 Cost, cfr. A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 224 e ss.

<sup>368</sup> Corte e.d.u., 21 febbraio 1996, *Hussain c. regno Unito*, § 58.

della difesa tecnica<sup>369</sup>, dell'onere della prova a carico dell'accusa o dell'autore del provvedimento detentivo<sup>370</sup>, di avere il tempo necessario per preparare l'udienza<sup>371</sup>, di accedere al *dossier* dell'accusa<sup>372</sup>, di essere presente all'udienza stessa e di replicare<sup>373</sup>, di essere sentito personalmente<sup>374</sup>.

Il ricorso deve infine consentire la verifica della "legalità" della detenzione, ovvero di tutte le condizioni non solo formali ma anche relative ai presupposti sostanziali dei provvedimenti coercitivi indispensabili alla regolarità della detenzione<sup>375</sup>.

Il controllo si estende, quindi, – così come precedentemente analizzato in relazione all'art. 5 § 1 Cedu – non solo alla conformità della detenzione con le regole del diritto interno, ma anche con il testo della convenzione, i principi generali che esso consacra e con lo scopo delle restrizioni che il provvedimento autorizza<sup>376</sup>.

## **5.2. Le impugnazioni cautelari nel sistema italiano: il Tribunale della libertà.**

Come è noto, in Italia l'organo preposto al controllo sui provvedimenti cautelari è il Tribunale della libertà<sup>377</sup>.

---

<sup>369</sup> Corte e.d.u., 21 febbraio 1996, *Singh c. Regno Unito*, § 68.

<sup>370</sup> Corte e.d.u., Sez. III, 20 marzo 2003, *Hutchinson Reid c. Regno Unito*, § 66.

<sup>371</sup> Corte e.d.u., Sez. III, 24 giugno 2004, *Frommelt c. Lussemburgo*, § 33.

<sup>372</sup> Corte e.d.u., Sez. I, 9 gennaio 2003, *Shishkov c. Bulgaria*, § 77.

<sup>373</sup> Corte e.d.u., Sez. II, 22 giugno 2004, *Wesolowsky c. Polonia*; Corte e.d.u., Sez. I, 30 settembre 2004, *Kuibishev c. Bulgaria*, § 76-77.

<sup>374</sup> Corte e.d.u., Sez. III, 24 giugno 2004, *Frommelt c. Lussemburgo*, § 30. Per Corte e.d.u., 20 gennaio 2004, *G.K. c. Polonia*, § 91 : "must be adversarial and must always ensure equality of arms between the parties, the prosecutor and the detained person [...] it must give to the individual concerned guarantees appropriate to the kind of deprivation of liberty in question".

<sup>375</sup> Cfr. M. PISANI, *op. cit.*, p. 145

<sup>376</sup> Corte e.d.u., 29 agosto 1990, *E. c. Norvegia*, § 49; Corte e.d.u. 29 novembre 1988, *Brogan c. Regno Unito*, § 65. Al riguardo G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Cortina, 2009, p. 93.

<sup>377</sup> Per un *excursus* storico si rimanda a M. GARAVELLI, *Tribunale della libertà*, in *Enciclopedia del diritto*, 45, 1992, pp. 22 ss.; B. DE MARCO, *Tribunale della libertà*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma 1993. Fin dai primi commenti alla legge istitutiva del tribunale della libertà, si è sottolineato come la legge 12 agosto 1982, n.532 rispondesse all'esigenza di adeguamento dell'impegno fissato nell'art. 5 § 4 della Convenzione oltre che all'omologa norma contenuta nell'art. 9 § 4 del Patto

Organo *ad hoc*, individuato su base distrettuale, è stato storicamente ideato per consentire l'assegnazione del procedimento a sezioni collegiali tendenzialmente specializzate dotate della necessaria sensibilità ed esperienza per decidere in una materia così delicata quale quella inerente alla libertà personale.

Tale scelta di un organo di controllo in composizione collegiale non può dirsi imposta né dalla Costituzione, né dalla Convenzione europea che utilizzando il termine *court* e *tribunal* (§4) lascia ampia marginalità agli ordinamenti interni nell'affidare il controllo ad organi sia collegiali (eventualmente composti integralmente da soggetti estranei alla giurisdizione) che monocratici<sup>378</sup>.

La Corte europea ritiene infatti che dato qualificante dell'organo come "*tribunal*" non è tanto l'essere monocratico o collegiale –anche se la collegialità può assicurare un *quid pluris* di garanzia-, ma il possedere le caratteristiche di un organo "giurisdizionale" che decide con pieni poteri attraverso un procedimento regolato dalla legge.

Sotto questo profilo, possiamo quindi affermare che il sistema di cui si è dotato il nostro ordinamento rispecchia pienamente i requisiti richiesti dalla Convenzione europea.

Per quanto concerne i poteri cognitivi e decisorii del tribunale della libertà, esso ha una competenza funzionale, esclusiva ed inderogabile nei riguardi delle ordinanze *de libertate*, qualunque sia il giudice che ha emesso il provvedimento e il momento processuale in cui esso è stato adottato.

È quindi innegabile che il ricorso al tribunale della libertà sia stato configurato come rimedio "*accessibile*" nel senso richiesto dalla Corte europea, infatti quale che sia la fase processuale nella quale è disposta la restrizione o viene emanato un provvedimento comunque incidente sulla libertà personale, l'interessato ha diritto ad instaurare, davanti ad un organo *ad hoc*, un procedimento giurisdizionale di controllo.

Passando dalla possibilità "astratta" di ricorrere al tribunale della libertà, ad analizzare la concrete modalità di introduzione del rimedio si può notare come il nostro codice, ancor una volta in coerenza con le disposizioni internazionali,

---

ONU su diritti civili e politici. Cfr. G. VASSALLI, in *La Legislazione penale*, 1983, p. 58; AA.VV., *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, a cura di V. Grevi, Bologna, 1983.

<sup>378</sup> Come ad es. le giurie dei Paesi di *common law* cfr. Corte e.d.u., 10 giugno 1996, *Pular c Regno Unito*, § 29.

prevede una serie di disposizioni dirette a facilitare la proposizione del mezzo di impugnazione.

Innanzitutto attraverso la garanzia dell'assistenza tecnica e l'autonoma legittimazione del difensore alla proposizione del ricorso<sup>379</sup>.

In secondo luogo attraverso il diritto al colloquio riservato<sup>380</sup> e mediante la sospensione del decorso dei termini stabiliti per la presentazione del ricorso, dei giorni durante i quali sia stato eventualmente differito il colloquio tra detenuto e difensore<sup>381</sup>.

Per quanto riguarda la tipologia di controllo, il Tribunale della libertà compie una verifica del merito dei provvedimenti cautelari attraverso due distinti istituti: il riesame e l'appello.

In via di estrema sintesi ed al solo fine di individuare i tratti salienti dei due istituti, il riesame è stato costruito come rimedio a funzione essenzialmente difensiva, instaurabile dal solo imputato (o indagato) e dal suo difensore, consente una verifica immediata su tutti gli aspetti dell'ordinanza applicativa della misura coercitiva, indipendentemente dalle censure indicate nell'atto di impugnazione; la mancata decisione del termine legislativamente previsto determina la perdita di efficacia dell'ordinanza che ha disposto la misura coercitiva<sup>382</sup>.

L'appello, invece, esperibile anche dall'organo dell'accusa, copre un ambito che, individuato per sottrazione dall'art. 309 c.p.p. risulta piuttosto ampio, in

---

<sup>379</sup> L'assistenza difensiva per i giudici di Strasburgo rappresenta un garanzia non solo soggettiva ma anche oggettiva, in quanto propria della collettività nel suo complesso cfr. Corte e.d.u., 24 ottobre 1979, *Winterwerp c. Paesi Bassi* § 60 e Corte e.d.u., 29 febbraio 1988, *Boumar c. Belgio*, § 60.

<sup>380</sup> Nella sentenza 10 maggio 2007, *Monarca c. Moldavia*, la Corte e.d.u. ha condannato la Moldavia per violazione dell'art. 5 § 4 con riguardo ad una situazione in cui i colloqui con il difensore si erano sempre svolti attraverso un vetro separatore che obbligava i due soggetti a gridare (con conseguente mancanza di riservatezza), senza che l'impiego di tale strumento fosse giustificato da motivi di particolare pericolosità del soggetto o dalla specifica tipologia del reato contestato.

<sup>381</sup> Per un'ampia disamina delle garanzie riconosciute dal nostro ordinamento si rimanda a P. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 66 e ss.

<sup>382</sup> Senza pretesa di esaustività si rinvia ai tanti contributi in materia: A. GIANNONE, *Riesame in materia di misure cautelari personali*, in *Dig. displ. pen.*, Torino, 1997, p. 239; N. LA ROCCA, *Il riesame delle misure cautelari personali*, in *Diritto penale e processo oggi*, diretta da F. Palazzo e G. Spangher, Milano, 2012; E. APRILE, *I procedimenti dinanzi al tribunale della libertà*, Milano, 1999; E. APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, 2003; BELLAGAMBA-CARITI, *Le impugnazioni dei provvedimenti cautelari personali e reali*, Milano, 1999, 265; A. FURGIUELE, *Le impugnazioni*, in G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, vol. II, Torino, 2011, 479.

quanto include in linea generale, tutte quelle decisioni che modificano lo *status libertatis* dopo un precedente provvedimento applicativo.

Inoltre l'ambito cognitivo del giudice di appello è circoscritto al principio secondo cui *tantum devolutum quantum appellatum*, sicchè i punti cui si riferiscono i motivi dell'impugnazione segnano il perimetro della sfera di controllo del tribunale.

La scelta operata dal nostro legislatore di distinguere i rimedi –tra loro alternativi- in relazione al tipo di provvedimento impugnato, potrebbe esporsi a critiche se raffrontati alle regole internazionali<sup>383</sup>.

L'art. 5 § 4 Cedu prescinde infatti dal tipo di decisione sottoposta a censura, imponendo un controllo ad ampio raggio –sia di merito che formale- sulla regolarità della detenzione.

La Convenzione non distingue tra provvedimento genetico della misura e provvedimento che interviene su una limitazione della libertà già imposta: quello che rileva è apprestare la possibilità di un ricorso avverso qualsiasi misura che incida sulla sfera di libertà fisica del soggetto.

Occorre, inoltre, chiedersi se il testo sovranazionale imponga una determinata tipologia di cognizione al giudice di secondo grado, secondo lo schema del gravame puro, dell'azione di annullamento o del mezzo di impugnazione *cd.* ibrido.

A tale domanda, si risponde negativamente, osservando che è rimessa alla discrezionalità del legislatore nazionale l'indicazione delle modalità di esercizio del diritto, ivi compresi i motivi per cui esso può essere esercitato, sicché appare estremamente arduo scorgere nelle disposizioni convenzionali la predilezione per uno dei modelli impugnatori propri della nostra tradizione.

La libertà lasciata agli Stati nella predisposizione del rimedio non esclude tuttavia che un vincolo in ordine alle modalità di svolgimento del giudizio di gravame possa ricavarsi dalle disposizioni internazionali<sup>384</sup>.

La Corte e.d.u. ha infatti più volte affermato che qualora un sistema si doti di un giudizio di seconda istanza deve apprestare in esso le identiche garanzie del

---

<sup>383</sup> Cfr. P. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 134.

<sup>384</sup> Cfr. G. SPANGHER, *Commento all'art.2 VII Protocollo*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, *cit.*, p. 946.

primo grado<sup>385</sup>, e che, pur se l'art. 5 § 4 Cedu non impone “*an obligation to address every argument contained in the detainee's submissions*”, ad ogni modo “*the judge examining appeals against detention must take into account concrete facts invoked by the detainee and capable of putting in doubt the existence of the conditions essential for the “lawfulness”, in the sense of the Convention, of the deprivation of liberty*”<sup>386</sup>.

Il giudice incaricato al controllo sulla legalità della detenzione, quindi, deve potersi pronunciare su tutti gli aspetti rilevanti per giustificare la perdurante limitazione della libertà personale, prendendo in considerazione i fatti allegati dall'interessato che possono anche soltanto mettere in dubbio la ricostruzione accusatoria e dimostrare adeguatamente a prescindere dal tempo intercorso dal precedente controllo, la sussistenza di tutti gli elementi che giustificano la restrizione<sup>387</sup>.

L'effettività del rimedio, nella prospettiva internazionale, non risiede nella previsione di una impugnazione a devoluzione piena o delimitata, ma nella possibilità che il giudice, sia pure nell'ambito di un *devolutum* circoscritto goda di poteri realmente decisori.

Sotto questo profilo, può evidenziarsi come la scelta legislativa di riservare un giudizio pienamente devolutivo solo quando la libertà personale sia limitata per la prima volta possa apparire incongrua.

Il vaglio sulla legalità della detenzione dovrebbe, per la Corte, intensificarsi al progredire del procedimento ed in questo senso si dovrebbe auspicare che in sede di appello siano attribuiti addirittura poteri cognitivi e decisori più ampi<sup>388</sup>.

Il Tribunale della libertà non dovrebbe mai esimersi dal valutare *se, rebus sic stantibus*, la custodia appare giustificata, indipendentemente che giudichi in sede di riesame o di appello.

---

<sup>385</sup> Corte e.d.u., 31 gennaio 2002, *Lanz c. Austria*.

<sup>386</sup> Tra le tante, Corte e.d.u., 26 luglio 2001, *Ilijkov c. Bulgaria*; Corte e.d.u., 30 settembre 2004, *Zaprinov c. Bulgaria*.

<sup>387</sup> Cfr. S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford, 2005, p. 475.

<sup>388</sup> Cfr. P. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 189

### 5.3. Il giudizio di riesame a confronto con le disposizioni sovranazionali.

Il processo penale italiano, attraverso il riesame, fornisce alla persona sottoposta alle indagini o imputato uno strumento di controllo giurisdizionale della legittimità della restrizione della libertà personale, che pare in linea con quanto previsto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Lo strumento di impugnazione sembra innanzitutto garantire che la decisione avvenga entro un "breve termine" nel senso voluto dall'art. 5 § 4 Cedu.

Infatti, il peculiare effetto caducatorio della misura coercitiva previsto dall'art. 309 comma 10 per l'inosservanza dei termini stabiliti nei procedimenti commi 5 e 9 munisce di effettività il rispetto non solo del termine di dieci giorni dato al tribunale del riesame per decidere, ma anche di quello intermedio di cinque giorni per la trasmissione degli atti al tribunale da parte dell'autorità procedente; sicchè può dirsi che il riesame porti alla luce – rinforzata da un effetto caducatorio della restrizione che la norma convenzionale non richiede – l'esigenza che l'intera procedura di controllo, dal ricorso alla decisione, si svolga con la debita celerità<sup>389</sup>.

Il procedimento di riesame deve anche svolgersi nel rispetto delle regole del giusto processo.

È sotto tale aspetto che la normativa italiana potrebbe destare alcune perplessità di compatibilità con la norma convenzionale<sup>390</sup>.

È noto infatti che il tribunale del riesame ha ampi poteri decisori che si esplicano nella facoltà di annullare l'ordinanza cautelare, ad esempio, per vizi di merito relativi alla sussistenza di presupposti applicativi della misura di cui agli artt. 273 e 274 c.p.p.; di riformare in senso più favorevole per l'imputato (mai *in peius*), anche per motivi diversi da quelli enunciati nella richiesta ovvero di confermare il provvedimento impugnato anche sulla base di ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione dello stesso.

In sede di riesame vi è quindi una certa libertà dell'organo di controllo nel valutare il merito e la legittimità dell'ordinanza cautelare, senza essere vincolato,

---

<sup>389</sup> Cfr. T. RAFARACI, *Le garanzie del procedimento de libertate; il diritto ad ottenere in un termine congruo le decisioni sulla libertà personale*, in A. Balsamo e R.E. Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino 2008, p. 274.

<sup>390</sup> Cfr. A. ZAMPAGLIONE, *Giurisprudenza CEDU e poteri del Tribunale del Riesame*, in *Diritto penale e processo*, I, 2013, p. 106 e ss.



quanto alla cognizione, né agli eventuali motivi presentati dal ricorrente, né, quanto alle ragioni a sostegno della misura, alla motivazione del provvedimento applicativo della stessa.

Per consolidata giurisprudenza, il tribunale del riesame può, innanzitutto, confermare l'ordinanza applicativa della cautela sulla base di esigenze cautelari diverse da quelle prospettate nel provvedimento impugnato<sup>391</sup>.

Sarà pertanto onere della difesa, nell'adire il tribunale, argomentare non solo sulla mancanza dell'esigenza cautelare individuata dal giudice che ha applicato la misura, ma anche sull'eventuale insussistenza delle altre esigenze elencate nell'art. 274 c.p.p.

In quest'ottica non vi sarebbe alcuna violazione del contraddittorio dal momento che, con la presentazione dell'istanza di riesame, la difesa ha la possibilità di interloquire su tutto il materiale probatorio costituito dagli atti trasmessi ex art. 309 comma 5 c.p.p. e sulle esigenze cautelari potenzialmente ravvisabili.

Non si è mancato tuttavia di sottolineare che il processo accusatorio "giusto" dovrebbe articolarsi sulla scorta di una dialettica pura, mediante la discussione delle opzioni, ed in quest'ottica pare corretto che i giudici del riesame, prima di confermare il vincolo coercitivo sulla base di una esigenza cautelare "diversa", stimolino sulla stessa il contraddittorio effettivo delle parti<sup>392</sup>.

Stesso ragionamento compie la Corte di Strasburgo laddove stabilisce che è regola generale la possibilità che tutto il materiale probatorio venga presentato e discusso nel corso di una pubblica udienza, alla presenza dell'imputato, nell'ambito di una procedura *adversary*<sup>393</sup>.

Affinché anche in sede cautelare, vi sia un contraddittorio effettivo e non formale tra le parti, la Corte dei diritti dell'uomo ha censurato, in un caso

---

<sup>391</sup> Cfr. Cassazione penale, 4 giugno 1999, n.2056, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1729: "In sede di riesame è possibile confermare una misura cautelare per esigenze diverse da quelle poste alla base della sua applicazione, in quanto le esigenze cautelari rappresentano un tutto unico che rientra nella previsione dell'art. 309 comma 9 c.p.p. laddove consente al tribunale di annullare o riformare in senso favorevole all'imputato il provvedimento impugnato anche per motivi diversi da quelli enunciati nell'atto di impugnazione ovvero di confermarlo per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento".

<sup>392</sup> Cfr. A. ZAMPAGLIONE, *Giurisprudenza CEDU e poteri del Tribunale del Riesame*, cit., p. 111.

<sup>393</sup> Corte e.d.u., 14 febbraio 2002, *Visser c. Paesi Bassi*.

sottoposto alla sua attenzione, l'avvenuta trasmissione di note scritte del pubblico ministero al giudice del riesame dell'ordinanza cautelare, senza che di esse sia data comunicazione al difensore, poiché tale comportamento integra la violazione del principio di difesa e di parità delle armi di cui all'art.5 § 4 Cedu<sup>394</sup>.

La presentazione dell'istanza di riesame dovrebbe, in ogni caso, essere considerata un'opportunità per la difesa di dimostrare l'insussistenza dei presupposti che legittimano la limitazione *ante iudicium* della libertà personale (attesa l'assenza di garanzie per l'indagato che caratterizza la prima fase del procedimento *de libertate*) e non un'occasione per il tribunale del riesame di sanare eventuali vizi o lacune motivazionali del giudice che ha applicato la misura restrittiva.

Problemi di non scarsa rilevanza derivano, infatti, dall'eventuale possibilità, per il tribunale del riesame, d'integrare i requisiti di legittimità assenti nell'originario titolo cautelare.

L'orientamento giurisprudenziale interno prevalente riconosce all'organo di controllo il potere-dovere di sostituire la propria valutazione a quella originaria, integrando, nel confermare la misura, la motivazione del provvedimento impugnato, qualora questa si presenti lacunosa o sia del tutto assente.

Secondo tale impostazione<sup>395</sup> la facoltà riconosciuta dall'art. 309 c.p.p. di confermare il provvedimento “*anche per ragioni diverse da quelle indicate nella*

---

<sup>394</sup> Corte e.d.u., 31 gennaio 2002, *Lanz c. Austria*.

<sup>395</sup> Cfr. G. AMATO, *Artt. 308-309*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio e O. Dominioni, Milano, 1990, p. 201; D. CARCANO, G. IZZO, *Arresto, fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale*, Padova, 1990, p. 179; A. GIANNONE, *Commento all'art. 309*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, Torino, 1990, pp. 273-274; E. MARZADURI, voce *Riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale*, in *Noviss. Dig. I., Appendice*, Utet, 1986, p. 784 ss., G.P. VOENA, *Atti*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi, Padova, 1996, p. 221; R. ORLANDI, *Riesame del provvedimento cautelare privo di motivazione*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1521. In giurisprudenza v. Cass., Sez. un., 17 aprile 1996, Moni, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3276; Cass., Sez. III, 10 maggio 1994, Lo Giacco, in *C.E.D. Cass.*, n. 199332; Cass., Sez. V, 13 marzo 1992, Costantini, *ivi*, n. 190421; Cass., Sez. I, 3 luglio 1991, Mirabile, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, p. 282; più recentemente, nello stesso senso, tra le altre, Cass., Sez. II, 30 novembre 2011, p.m. in c. Romano ed a., in *C.E.D. Cass.*, n. 252222; Cass., Sez. II, 4 dicembre 2006, Blasi ed a., *ivi*, n. 235622; Cass., Sez. II, 21 novembre 2006, p.m. in c. Montuori, *ivi*, n. 235825.

Occorre aggiungere che tale orientamento corrisponde a quello affermatosi sin dall'introduzione dell'istituto del riesame nel nostro sistema processuale, ancora sotto la vigenza del codice Rocco, attraverso la l. 12 agosto 1982, n. 532. In proposito, si vedano, in dottrina, tra gli altri, E. AMODIO, *Il processo penale nella parabola dell'emergenza*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 2122; F. CORDERO,

*motivazione*”, preclude al tribunale della libertà l’annullamento dell’ordinanza cautelare per difetto di motivazione.

In questi casi, si è detto, la vicenda cautelare viene ad assumere la natura di “fattispecie a formazione (eventualmente) progressiva”<sup>396</sup>, ove il titolo cautelare risulta dalla combinazione tra provvedimento originario e successiva pronuncia di conferma del tribunale del riesame.

In dottrina, accanto a posizioni adesive, si sono manifestate anche voci critiche rispetto alle posizioni assunte dalla giurisprudenza maggioritaria<sup>397</sup>.

Al riguardo, si è in questa prospettiva affermato che il potere di annullamento conferito al tribunale del riesame dall’art. 309, comma 9, c.p.p. si debba esplicare non solo a fronte all’accertamento dell’assenza dei presupposti per l’esercizio dell’azione cautelare, ma anche rispetto alla verifica della mancanza dei requisiti di legittimità formale e sostanziale del provvedimento.

---

*Procedura penale*, XII ed., Milano, 2012, p. 187; V. GREVI, *Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta oltre l'emergenza*, in AA.VV., *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, a cura del medesimo A., Bologna, 1983, p. 32; G. ILLUMINATI, *Commento all'art. 9*, in *Commento articolo per articolo della l. 12 agosto 1982, n. 532*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 107; E. LEMMO, *Primi orientamenti giurisprudenziali sul tribunale della libertà*, *ivi*, p. 285 ss.; nonché, in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., Sez. fer., 2 settembre 1985, Costanzo, in *Cass. pen.*, 1986, p. 528; Cass., Sez. I, 16 giugno 1983, Gamba, in *Giust. pen.*, 1984, III, c. 366; Cass., Sez. I, 27 settembre 1983, Sanzo, in *Cass. pen.*, 1984, p. 1718, e Cass., Sez. VI, 20 dicembre 1982, Trinca, *ivi*, 1983, p. 130.

<sup>396</sup> Cfr. V. GREVI, *Tribunale della libertà, cit.*, p. 32. In giurisprudenza si è sostenuto che tra l’atto impugnato e la decisione *de libertate* esista un rapporto di complementarità, grazie al quale il primo viene integrato dal giudice dell’impugnazione, legittimato a sanarne l’eventuale vizio di motivazione: il provvedimento coercitivo e l’ordinanza di riesame sono strettamente legati tra loro, in quanto, a fronte dell’impugnazione dell’ordinanza che dispone la misura cautelare, l’efficacia di quest’ultima è condizionata alla sopravvenienza di un provvedimento di conferma da parte del tribunale della libertà. Il secondo giudice si sostituisce, quindi, al primo nell’integrare i requisiti di legittimità che mancano all’originario titolo cautelare, in modo che i due provvedimenti vengano a costituire, insieme, la condizione legittimante la privazione della libertà personale

<sup>397</sup> Cfr. R. ADORNO, *Il riesame delle misure cautelari reali*, Milano, 2004, p. 418 ss.; G. BETOCCHI, *Diritto di difesa e potere d'integrazione nel procedimento di riesame dei provvedimenti di coercizione personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, p. 144 ss.; M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993, pp. 183 ss.; M. CHIAVARIO, *Tribunale della libertà e libertà personale*, in AA.VV., *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, *cit.*, p. 180 ss.; F.R. DINACCI, *Contenuto e limiti del potere di riesame spettante ai c.d. tribunali della libertà*, in *Giust. Pen.*, 1984, III, c. 366 ss.; L. FADALTI, *Nullità dell'ordinanza custodiale*, *cit.*, p. 188; G. ILLUMINATI, *Modifiche, integrazioni e problemi non risolti nella normativa sul tribunale della libertà*, in *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, a cura di V. Grevi, Padova, 1985, p. 391; P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà, cit.*, p. 353 ss.; E. TURCO, *La motivazione dell'ordinanza di riesame: limiti al potere di integrazione*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3100.

Si sottolinea, infatti, come la restrizione della libertà personale, non supportata dall'esposizione tanto dei motivi da cui gli indizi sono stati desunti quanto delle ragioni della loro rilevanza, costituisca un illegittimo esercizio di un potere riconosciuto a ben precise condizioni dalla legge: il disposto dell'art. 292 c.p.p. non può che esprimere l'attenzione particolare prestata dal legislatore rispetto alla motivazione del provvedimento cautelare, da intendersi in senso assolutamente rigoroso<sup>398</sup>.

Per tale orientamento, la possibilità di confermare il provvedimento per ragioni diverse da quelle che emergono dal provvedimento non starebbe a fondare la possibilità per il giudice di trarre dagli atti trasmessi o adottati in udienza motivazioni diverse da quelle espresse nel provvedimento, bensì solamente la facoltà di un'autonoma valutazione degli indizi e delle esigenze cautelari<sup>399</sup>.

L'impostazione maggioritaria non pare in linea con alcuni fondamentali principi costituzionali<sup>400</sup> e con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Con riguardo, anzitutto, all'obbligo di motivazione dei provvedimenti che incidono sulla libertà personale, in relazione agli articoli 111 e 13 Cost. nonché all'art. 5 § 2 Cedu, si fa notare come, ammettendo il potere di integrazione ad opera del giudice del riesame, si finisca per esonerare di fatto quello di prima istanza dall'obbligo di motivazione.

Rispetto a tale critica, si obietta osservando come a fronte di eventuali *deficit* del provvedimento originario, sul piano motivazionale, residui a favore della parte interessata la possibilità di ricorrere alla Corte di cassazione *per saltum* contro l'ordinanza originaria<sup>401</sup>.

L'argomento non convince del tutto. In proposito, si dimentica di considerare che, attraverso la proposizione del ricorso diretto in cassazione, rimane precluso

---

<sup>398</sup> M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive*, cit., p. 186.

<sup>399</sup> Per P. VENTURA, *Annullamento o integrazione nel giudizio di riesame*, in *Giur. it.*, 1999, p. 822 la possibilità di confermare il provvedimento per ragioni diverse può esplicitarsi solo in quanto la motivazione contenuta nel provvedimento cautelare consenta di controllare il percorso logico-argomentativo seguito dal giudice che ha disposto la misura per giustificare la rilevanza degli indizi e riconoscere la sussistenza delle esigenze cautelari: lo stesso concetto di ragioni "diverse" postula, anche da un punto di vista logico, che delle motivazioni, anche in parte, siano state espresse.

<sup>400</sup> Per un'approfondita analisi del fondamento costituzionale dell'obbligo di motivazione si rinvia, per tutti, a F. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, p. 4 ss.

<sup>401</sup> Avanzata, tra gli altri, da R. ORLANDI, *Riesame del provvedimento cautelare*, cit., p. 1527.

ogni tipo controllo nel merito sull'ordinanza applicativa della misura, con un duplice corollario negativo: aumentare il rischio, per un verso, che possano continuare a produrre effetti provvedimenti infondati nei loro presupposti di fatto, e, per l'altro, che risultino avallate prassi applicative distorsive, se non eversive, della garanzia rappresentata dall'obbligo di motivazione<sup>402</sup>.

Osservando il fenomeno sotto un diverso ed ulteriore punto di vista, si evidenzia, inoltre, l'effetto che il riconoscimento al tribunale del riesame del potere di integrazione determina sui rapporti tra gli organi che impongono la coercizione e quelli che su tale originaria valutazione sono chiamati ad operare una funzione di controllo.

Si realizza, in questo modo, un assetto poco rispettoso della giusta indipendenza tra controllato e controllante, dal momento che si affida a quest'ultimo una “*anomala posizione di supporto*”<sup>403</sup> dell'operato del giudice che ha disposto la misura.

Al riguardo, sarebbe addirittura configurabile un difetto di legittimazione in capo all'organo del riesame, al quale verrebbe attribuito un ruolo spettante, in via principale, al giudice della cautela<sup>404</sup>.

Si prospetta inoltre una violazione degli artt. 24 Cost. e 5 § 4 Cedu sotto il profilo della compressione della garanzia del diritto di difesa, poiché l'accusato verrebbe a conoscere delle ragioni giustificatrici della privazione della propria libertà solo dopo aver esperito l'unico mezzo di impugnazione nel merito a sua disposizione: gli si impone così di esercitare “al buio” le doglianze nel merito della misura<sup>405</sup>.

---

<sup>402</sup> Cfr. M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive*, cit. pp. 195 ss. Parla dell'ordinanza custodiale non motivata come di un “non atto sul piano giuridico”. F.R. DINACCI, *Contenuto e limiti del potere di riesame*, cit., c. 382. Quanto alla violazione dell'obbligo costituzionale di motivazione v. anche G. BETOCCHI, *Diritto di difesa e potere d'integrazione*, cit., p. 169; FADALTI, *Nullità dell'ordinanza custodiale*, cit., p. 189.

<sup>403</sup> M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive*, cit. p. 199.

<sup>404</sup> In tal senso F.R. DINACCI, *Contenuto e limiti del potere di riesame*, cit., c. 373.

<sup>405</sup> Cfr. G. BETOCCHI, *Diritto di difesa e potere d'integrazione*, pp. 147 e 162; M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive*, cit. p. 201. Possibili compressioni del diritto di difesa derivanti dal potere di integrare la motivazione cautelare sono state, peraltro, evidenziate anche da chi sostiene la legittimità dell'indirizzo prevalente in giurisprudenza: cfr. A. GIANNONE, *Commento all'art. 309*, cit., p. 278.

Se il tribunale del riesame conferma, quindi, il provvedimento cautelare integrandone la motivazione lacunosa o inesistente finisce per sanare l'illegittimità del provvedimento in violazione della normativa convenzionale<sup>406</sup>.

#### **5.4. L'esigenza del "breve termine" nel giudizio di appello e nel ricorso per cassazione.**

L'art. 5 § 4 Cedu richiede, come precedentemente accennato, che la decisione sulla richiesta di controllo della legalità della detenzione sia assunta "entro brevi termini".

Le espressioni utilizzate nel testo francese ("*a bref délai*") ed inglese ("*speedily*") sembrano indicare una cadenza temporale meno accelerata rispetto a quella prevista nel § 3 dell'art.5 ("al più presto").

Ed in effetti per la traduzione davanti ad un magistrato si può richiedere maggiore celerità rispetto a quella esigibile per gli accertamenti e le valutazioni, non di rado assai complessi, che servono a porre le basi della decisione sulla libertà personale<sup>407</sup>.

Ad ogni modo, la Corte ha avuto modo di specificare che la Convenzione obbliga gli Stati contraenti ad organizzare i loro uffici in modo adeguato e, che spetta alle autorità giudiziarie adottare le disposizioni pratiche necessarie, anche durante il periodo feriale, per un trattamento diligente delle questioni urgenti<sup>408</sup>.

Passando all'esame del rispetto della normativa convenzionale da parte del nostro sistema di controlli *de libertate*, la Corte europea è intervenuta più volte per constatare la mancanza di tempi rapidi nella decisione sulla legittimità della misura cautelare nel caso dell'appello e del ricorso per cassazione.

---

<sup>406</sup> Cfr. M. CERESA GASTALDO, *Il riesame sulla legittimità dell'ordinanza cautelare*, cit., p. 1921. Affermare che la motivazione possa formarsi anche in un momento successivo grazie all'intervento del giudice del riesame equivarrebbe a sostenere, contro la sua evidente esecutività, la natura non perfetta dell'ordinanza cautelare medesima, oltre ad arrivare a configurare l'impugnazione del ricorrente come un onere impostogli in vista dell'integrazione della fattispecie, rendendo il riesame un "*abnorme strumento giuridico, ad impulso di parte, volto ad ottenere la formazione di un atto già esecutivo ma giuridicamente in itinere*".

<sup>407</sup> Cfr. M. PISANI, *op. cit.* p. 143.

<sup>408</sup> Cfr. Corte e.d.u., 29 agosto 1990, *E c. Norvegia*, § 66.

Ovviamente la verifica non si è concentrata sulla mancata fissazione di un termine perentorio, perché anche qualora il termine fosse prestabilito ma comunque troppo lungo, non vi sarebbe conformità al testo convenzionale; d'altro canto l'inosservanza dello stesso termine non potrebbe integrare automaticamente una violazione dell'art. 5 § 4 cedu perché andrebbero in ogni caso valutate tutte le circostanze del singolo caso (controllo in concreto non in astratto).

La Corte di Strasburgo ha affrontato per la prima volta il problema della tempestività dei controlli cautelari nell'ordinamento italiano nel caso *Rapacciuolo c Italia*<sup>409</sup>.

Il ricorrente era stato accusato di associazione per delinquere finalizzata al compimento di violenze sessuali e atti di libidine nei confronti di minorenni e sottoposto alla custodia cautelare in carcere.

Durante la sua detenzione aveva richiesto più volte un controllo sulla legittimità della custodia cautelare, al quale il Tribunale delle Libertà prima e la Corte di Cassazione poi, avevano risposto, a suo dire, a distanza di un notevole lasso di tempo in violazione dell'art. 5, comma 4, CEDU<sup>410</sup>.

Il Governo italiano osservava per contro che la durata delle procedure di controllo era stata adeguata in considerazione della complessità della causa, della natura delle imputazioni, della giovane età delle vittime e al fatto che la posizione del ricorrente dovesse essere valutata anche alla luce del ruolo dei coimputati.

Sosteneva inoltre che, poichè la Convenzione europea non vincola gli Stati contraenti a istituire il doppio grado di giurisdizione in materia di controllo della legittimità di una privazione della libertà personale e che, pertanto, l'esigenza del "breve termine" imposta dall'art. 5 § 4 Cedu non potesse riferirsi ai ricorsi per cassazione proposti dal ricorrente.

---

<sup>409</sup> Corte e.d.u., Sez. III, 19 maggio 2005, *Rapacciuolo c Italia*.

<sup>410</sup> Per la precisione, il ricorrente era stato sottoposto dal G.I.P. di Torre Annunziata alla custodia cautelare in carcere il 6 settembre 1997. Il primo ricorso per cassazione fu proposto il 13 ottobre 1997 avverso l'ordinanza di riesame. Tale ricorso venne deciso con sentenza di annullamento solo il 5 giugno 1998 (e la sentenza era stata depositata il 7 luglio successivo). Un secondo ricorso per cassazione, proposto il 16 settembre 1998 avverso la decisione di riesame adottata in sede di rinvio dopo l'annullamento della Suprema Corte era stato deciso il 26 gennaio 1999 (e la sentenza era stata depositata il 10 maggio 1999). Ancora un appello avverso un'ordinanza del Tribunale di Torre Annunziata che aveva negato la scarcerazione, proposto il 26 novembre 1998, era stato deciso dal Tribunale di Napoli il 22 febbraio 1999 (con deposito dell'ordinanza il 1 aprile 1999).

Per il Governo vi era dimostrazione che il controllo sulla detenzione fosse stato costante, sistematico e rispettoso dell'esigenza del breve termine tenuto conto che dal 24 settembre 1997 al 22 febbraio 1999 le giurisdizioni italiane avevano esaminato in ben sette occasioni la legittimità della detenzione del ricorrente, adottando in media una decisione ogni due mesi.

Nel proporre da un lato il ricorso per cassazione, dall'altro appello, il ricorrente aveva inoltre sollecitato due controlli di legittimità della detenzione simili e in parte contemporanei con conseguente ampia garanzia di tutela.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, nel disattendere le osservazioni del Governo italiano, accoglie le doglianze del ricorrente, affermando che pur essendo evidente l'innegabile complessità della causa, questo fattore non è in grado di spiegare la eccessiva durata globale delle procedure scrutinate (rispettivamente sette mesi e ventitrè giorni, quattro mesi e dieci giorni, due mesi e ventisette giorni).

Per la Corte di Strasburgo la verifica sulla celerità della procedura deve essere compiuta in concreto, verificando se i ritardi siano imputabili alla condotta dei ricorrenti o dei suoi legali.

Tale durata eccessiva si osserva d'altronde deve essere ascritta alle autorità, dato che nulla lascia credere che, dopo aver proposto i suoi ricorsi, il ricorrente abbia in qualche modo ritardato il loro esame.

Possiamo quindi affermare che il criterio di fondo che assume ormai rango prevalente nei giudizi della Corte europea in materia, lasciando agli altri una rilevanza senz'altro più circoscritta è quello della capacità dello Stato di adottare decisioni nel più breve tempo possibile quando è in gioco la libertà dell'individuo<sup>411</sup>.

Quanto alla determinazione dei criteri di calcolo della durata della procedura, viene chiarito che occorre prendere in considerazione, come momento iniziale quello della comunicazione della decisione al ricorrente o al suo difensore,

---

<sup>411</sup> Per la Corte i fattori di tipo organizzativo e a maggior ragione le vere e proprie disfunzioni degli apparati giudiziari non possono essere presi in considerazione per escludere la violazione dell'art. 5 Cedu. Cfr. Corte e.d.u., sez. IV, 20 gennaio 2004, *Konig c. Slovacchia*, § 21-22.



dovendo tenersi conto della mancanza di lettura del dispositivo in udienza pubblica<sup>412</sup>.

Su altro versante, la Corte europea afferma che, anche se nella Convenzione non vi è un obbligo per gli Stati contraenti di prevedere un doppio grado di giurisdizione per il controllo di legittimità della detenzione, qualora uno Stato si doti di tale sistema deve accordare alle persone detenute le medesime garanzie a tutti i gradi di giurisdizione<sup>413</sup>.

La garanzia del “breve termine” prevista dall’art. 5 comma 4 Cedu copre quindi tutti i controlli successivi a quello del primo grado eventualmente previsti dalla legislazione interna.

L’uniformità della garanzia, d’altra parte, non riguarda solamente l’eventuale articolazione per gradi del controllo, ma anche il concorso di diverse procedure di controllo (di primo o di ulteriore grado)<sup>414</sup>.

A tale proposito, la Corte europea ha precisato che, nel caso italiano sottoposto alla sua attenzione, la circostanza che il ricorrente avesse avanzato numerose richieste di controllo della detenzione, non autorizzava le autorità giudiziarie a dare una preferenza ad alcune di esse, scegliendo quale trattare più speditamente, dato che tutte le procedure devono garantire che sia soddisfatta l’esigenza del “breve termine”.

Principi e richiami giurisprudenziali essenzialmente conformi si ritrovano nella sentenza *Naranjo Hurtado c Italia* ove la ricorrente, arrestata per associazione a delinquere e traffico di stupefacenti, lamentava il ritardo con il quale l’autorità

---

<sup>412</sup> Cfr. Corte e.d.u., 25 ottobre 1990, *Koendjbihaire c. Paesi Bassi*, § 28; Corte e.d.u., Sez. II, 25 gennaio 2005, *Singh c Repubblica Ceca*, § 74. Il termine *ad quem* non coincide dunque con la data della pronuncia del dispositivo, come preteso dal Governo italiano, dovendo aversi riguardo alla comunicazione all’interessato o al difensore. Non è comunque incluso il tempo che va dall’avvenuta comunicazione al deposito del provvedimento. Nel caso di specie, poiché non si era in grado di stabilire quando era avvenuta la comunicazione, la Corte ha preso per buona la data della pronuncia della decisione.

<sup>413</sup> Id., § 40-41, “*Il est vrai que la disposition en question n'astreint pas les Etats contractants à instaurer un lottiatè degré de juridiction pour l'examen de la légalité de la détention et celui des demandes d'élargissement. Néanmoins, un Etat qui se dote d'un tel système doit en principe accorder aux détenus les mêmes garanties aussi bien en appel qu'en première instance, l'exigence de respect du "bref délai" constituant sans nul doute l'une d'entre elles. La Cour ne saurait donc souscrire à la thèse du Gouvernement selon la quelle l'article 5 § 4 ne trouve pas s'appliquer aux pourvois en cassation da requérant*”.

<sup>414</sup> Cfr. Corte e.d.u., Sez. Iv, 4 ottobre 2001, *Ilowiecki c Polonia*, §§ 77-78

giudiziaria si era pronunciata sulla richiesta di revoca della misura cautelare e sull'appello avverso la decisione negativa di revoca<sup>415</sup>.

La ricorrente, invero, impostava il proprio ricorso per violazione dell'art.5 comma 4 Cedu in termini un po' diversi. Nulla contestando sulla tempestività di una precedente procedura, arenatasi per inammissibilità dell'appello (proposto dal difensore d'ufficio non più legittimato), essa lamentava, piuttosto che la sua seconda domanda di scarcerazione, introdotta il 4 ottobre 2003 e fondata su elementi probatori sopravvenuti, era stata presa in esame da un giudice terzo e imparziale soltanto il 2 dicembre 2003, dal momento che la decisione di rigetto del 14 dicembre 2003 era stata adottata dal GIP di Perugia cioè dallo stesso giudice che aveva disposto la custodia cautelare.

In questa prospettiva, il tempo della procedura andava calcolato senza tener conto della decisione del 14 ottobre 2003 sulla richiesta di revoca.

Il Governo osserva che le domande di scarcerazione della ricorrente sono state esaminate nei termini di rispettivamente sette, dieci e trentatré giorni.

Considerate le garanzie poste a tutela della procedura d'esame delle domande in questione, questi termini devono essere ritenuti organici.

Il Governo sottolinea pure che in Italia una persona privata della libertà può in qualsiasi momento proporre un ricorso ai sensi dell'art. 5 § 4 della Convenzione, beneficiando dei tre gradi di giudizio. Questa circostanza sarebbe da sola sufficiente ad evitare la constatazione della violazione della disposizione sopra menzionata.

Sebbene effettivamente il termine di cinque giorni per l'esame delle domande sia stato oltrepassato, ciò non dovrebbe costituire un'infrazione alle esigenze della Convenzione, poiché i ricorsi proposti dall'interessata non sono stati privati di efficacia.

Si deve considerare inoltre che il caso era particolarmente complesso, dato il numero dei convenuti e la difficoltà di valutare le prove a carico.

Per quanto riguarda l'appello presentato dalla ricorrente il 30 ottobre 2003, e deciso il 2 dicembre 2003, quindi trenta giorni più tardi, il Governo ricorda che la legge italiana prevede i seguenti termini : da uno a cinque giorni per la trasmissione, da parte della procura, dei documenti rilevanti; dieci giorni tra la

---

<sup>415</sup> Cfr. Corte e.d.u., Sez. II, 3 luglio 2007, *Naranjo Hurtado c. Italia* (ricorso n. 16508/04).

notifica dell'udienza e la data di quest'ultima ; venti giorni a partire dalla trasmissione degli atti per pronunciare una decisione sulla legalità della detenzione.

Nella fattispecie, gli atti sono stati trasmessi, con un "ritardo insignificante", il 7 e il 14 novembre 2003.

La decisione del tribunale di Perugia è stata depositata in cancelleria meno di venti giorni più tardi.

Il Governo nota che i procedimenti chiamati in causa dalla ricorrente non riguardano la decisione iniziale sulla privazione della libertà, ma i ricorsi seguenti, ed afferma che per questi il concetto di "breve termine" dovrebbe essere meno rigido, richiedendo piuttosto l'esistenza di una "ragionevole regolarità" nel controllo giudiziario.

Poiché per di più si tratta di un secondo grado di giudizio in materia di libertà, che lo Stato non è obbligato ad istruire, l'art. 5 § 4 della Convenzione dovrebbe applicarsi con maggiore flessibilità.

Pervenire ad una conclusione differente equivarrebbe ad incoraggiare gli Stati ad eliminare i ricorsi ulteriori in materia di libertà, il che non tutelerebbe certamente i diritti del cittadino e le esigenze dell'art. 53 della Convenzione.

Il Governo sottolinea, a tal proposito, che le giurisdizioni superiori (corti d'appello e di cassazione) sono composte da un numero minore di giudici e siedono in camere aventi un numero di membri più rilevante rispetto alle giurisdizioni di primo grado.

La Corte europea, paragonando il caso di specie con altri casi in cui essa ha concluso per il mancato rispetto dell'esigenze di "termine breve" ai sensi dell'art. 5 § 4<sup>416</sup>, ritiene che i trentatré giorni impiegati dalla autorità giudiziaria per decidere sull'appello promosso avverso l'ordinanza con cui veniva rigettato il ricorso al tribunale della libertà, siano eccessivi.

E' da notare che, al di là del responso, nella motivazione della sentenza nessuna concessione è fatta alla prospettiva di una interpretazione modulata degli obblighi prescritti dall'art.5 comma 4 Cedu.

---

<sup>416</sup> Cfr. Corte e.d.u. ,9 gennaio 2003, *Kadem v. Malta*, n. 55263/00, §§ 43-45, e Corte e.d.u. *Rehbock c. Slovenia*, n. 29462/95, §§ 84-88, CEDU 2000-XII, dove si trattava, rispettivamente, di termini di diciassette e ventitrè giorni.

Viene, invece, ribadita alla lettera la linea secondo cui, nel passaggio dal primo controllo giurisdizionale a quello (o a quelli) di grado ulteriore, nulla si disperde dell'identità e intensità delle garanzie dell'art. 5 § 4, ivi compresa quella del rispetto del breve termine

Tanto, almeno, pare arguirsi dalla riproduzione, senz'altro commento, della massima secondo cui là dove l'ordinamento statale preveda — pur senza esservi tenuto ex art. 5 CEDU — procedure *de libertate* articolate in più gradi, in ciascuno di questi deve essere rispettato, fra l'altro, anche l'obbligo di decisione tempestiva<sup>417</sup>.

La Corte considera, inoltre, riproducendo le medesime proposizioni del caso Rapacciuolo che la indiscutibile complessità del caso non può spiegare la durata globale della procedura in questione e che, il termine della controversia deve essere imputato alle autorità, dal momento che niente lascia pensare che, dopo avere introdotto il suo appello del 30 ottobre 2003, la ricorrente abbia, in qualche modo, ritardato il suo esame.

Nella causa *Marturana c. Italia*<sup>418</sup> la Corte torna ad occuparsi dell'eccessiva durata del ricorso per cassazione.

Nel contesto di una vicenda assai complessa, il ricorrente - arrestato in Germania per traffico internazionale di auto rubate ed accusato fra l'altro di essere al vertice di un'associazione a delinquere finalizzata all'usura e all'estorsione, di tentato omicidio e di porto d'armi proibite - era stato estradato in Italia e posto in stato di detenzione provvisoria.

Ritenuti scaduti i termini di custodia cautelare in carcere, il ricorrente aveva chiesto la scarcerazione, lamentando in particolare la mancata notificazione dei capi di imputazione a suo carico, l'illegittimità della detenzione, l'impossibilità di poter esercitare il suo diritto di difesa, le limitazioni alla sua libertà di corrispondenza e di aver subito maltrattamenti durante la sua detenzione<sup>419</sup>.

La Corte giunge ad affermare la violazione dell'art. 5 § 4 Cedu a causa dei ritardi della Corte di Cassazione nell'esame dei ricorsi presentati da Marturana per

---

<sup>417</sup> In tema L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova, 2012, p. 247 ss.

<sup>418</sup> Corte e.d.u., Sez. II, 4 marzo 2008, *Marturana c Italia*, (ricorso n. 63154/00).

<sup>419</sup> Cfr. Osservatorio sulle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, Quaderno n. 5/2008, p. 65-67

sottoporre al vaglio di legittimità il titolo detentivo; i due ricorsi erano stati decisi a distanza di cinque ed otto mesi dalla loro presentazione e per entrambi la Corte ha ritenuto eccessivi questi ritardi, riscontrando la violazione dell'art. 5 § 4 CEDU.

Di poco successiva è la sentenza *Rizzotto c Italia*<sup>420</sup>.

Il ricorrente, che esordisce riconoscendo che la durata del suo appello avverso l'ordinanza che ha disposto la sua custodia cautelare in carcere ha rispettato l'esigenza del "breve termine" prevista dall'articolo 5 § 4 della Convenzione, contesta, tuttavia, che la decisione della sezione specializzata di Catania sia stata notificata al suo legale solo un mese e nove giorni dopo la data del suo deposito in cancelleria

Lamenta, inoltre, la durata manifestamente eccessiva dei procedimenti di cassazione e di rinvio.

La Corte, nell'accogliere i motivi del ricorso, afferma che i sei e i quattro mesi impiegati dalla autorità giudiziaria, rispettivamente nel giudizio in cassazione e in quello di rinvio aventi ad oggetto l'ordinanza con cui veniva rigettato il ricorso al tribunale della libertà, fossero eccessivi, alla luce del rituale giudizio di comparazione anche degli altri precedenti in cui la Corte aveva constatato la violazione del diritto ad ottenere una pronuncia entro breve termine ai sensi del citato articolo<sup>421</sup>.

### **5.5 Alcune considerazioni sulla disciplina delle impugnazioni cautelari alla luce delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.**

L'esame delle precedenti sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ha comportato alcune riflessioni sia sulla portata che l'interpretazione dell'art. 5 § 4 Cedu sembra assumere nel nostro Paese, sia sull'incidenza che le accertate violazioni potrebbero avere sulla "tempistica" dei controlli *de libertate*, diversi dal riesame, previsti nel nostro ordinamento.

---

<sup>420</sup> Corte e.d.u., 24 aprile 2008, *Rizzotto c Italia*, - ricorso n. 15349/06;

<sup>421</sup> Cfr. *Osservatorio sulle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Quaderno n. 5/2008, p. 70-71

Al primo riguardo, va notato che per la Corte europea l'esigenza del rispetto di tempi brevi deve essere garantito per qualsiasi tipologia di controllo anche qualora il sistema sia impostato sulla pluralità dei gradi o, sotto altro profilo, sulla reiterabilità della verifica della costanza dei presupposti della restrizione.

L'ampiezza e l'intensità della garanzia, almeno di principio, non varia in relazione al grado o all'originarietà, o alla contestualità con altre, di ciascuna procedura di controllo giurisdizionale sulla privazione della libertà.

L'interpretazione data dalla Corte Europea potrebbe profilarsi come inutilmente "rigida" e capace di compromettere la tutela diffusa dei diritti fondamentali perché spingerebbe gli Stati ad eliminare gli ulteriori gradi di ricorso per il controllo di legalità della detenzione in contrasto con il principio di sussidiarietà della tutela apprestata dalla Convenzione rispetto a quella fornita dallo Stato<sup>422</sup>.

Si può tuttavia replicare, in primo luogo, come sia ben comprensibile che la Corte europea eviti ogni affermazione di principio che possa suonare come criterio di autorizzata cedevolezza dei presidi della libertà personale.

Non è possibile né consigliabile che la Corte fornisca un "*qualsivoglia credito ermeneutico a composizioni o a bilanciamenti variabili tra l'esigenza di speditezza del controllo e la collocazione di questo nel sistema che lo prevede*"<sup>423</sup>.

Inoltre va considerato che la Corte, mantenendosi costantemente fedele alla linea di rigore datasi, promuove l'obiettivo di dare efficacia (anche sotto il profilo della tempestività) ai controlli *de libertate*.

La pur virtuosa ambizione degli Stati contraenti di offrire pluralità e varietà di controlli giurisdizionali della legalità della privazione della libertà deve sempre essere accompagnata da una verifica circa l'efficienza complessiva del sistema.

Nessuno dubita, ad esempio, che i numerosi strumenti di controllo delle misure cautelari previsti nel nostro Paese siano improntati a saldi principi di

---

<sup>422</sup> Questa è l'impostazione fatta propria dal Governo italiano nei procedimenti dinnanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo precedentemente esaminati. Sulla base della distinzione tra controllo di prima istanza (preteso dall'art.5 § 4 Cedu) e controlli in gradi ulteriori (non garantiti dalla norma convenzionale), il Governo ha sostenuto che in ordine a quest'ultimi, l'esigenza del breve termine dovrebbe essere intesa in senso più elastico di come debba intendersi in relazione al primo, trattandosi piuttosto di assicurare che il controllo giudiziario abbia un ritmo "ragionevole".

<sup>423</sup> Così T. RAFARACI, *Le garanzie del procedimento de libertate; il diritto ad ottenere in un termine congruo le decisioni sulla libertà personale*, in A. Balsamo e R.E. Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., p. 288.

garanzia della libertà personale, tuttavia, nel momento in cui il loro concreto funzionamento registra frequenti “falle” in punto di tempestività dell’intervento giurisdizionale, sorgono dei dubbi sulla efficacia del sistema stesso.

Tale incoerenza, se sistematica, potrebbe dipendere non solo da mere carenze organizzative e funzionali bensì anche ad una latente resistenza a trattare in concreto ogni controllo sulla privazione della libertà secondo l’unico canone –la speditezza- che si addice al rango del bene sacrificato.

Il che si pone agli antipodi dello stesso contesto culturale e dei valori di fondo della Convenzione europea<sup>424</sup>.

Il Comitato dei Ministri con Risoluzione adottata il 25 giugno 2008, dopo aver preso in esame le sentenze, precedentemente esaminate, della Corte europea dei diritti dell’uomo, ha stabilito che il diritto interno garantisce il rispetto della Convenzione e che, pertanto, non sono necessarie modifiche legislative, ma è sufficiente monitorare i procedimenti in corso affinché non si verificino ritardi<sup>425</sup>.

Si potrebbe pensare, tuttavia, a delle misure analoghe a quelle previste dall’art. 309 comma 10 per la procedura del riesame.

Al fine di rendere più celere il passaggio della trasmissione degli atti al tribunale della libertà, anche nel caso dell’appello si potrebbero introdurre delle conseguenze caducatorie analoghe a quelle previste per il riesame.

Resta vero che però il rischio di ritardi eccessivi, come dimostra il caso Rapacciuolo, riguarda anche i tempi propri della decisione, dato che il termine di venti giorni per la trasmissione degli atti è meramente ordinatorio e costerebbe certamente di più –per un organo che è il medesimo di quello su cui grava il carico del riesame prevedere effetti caducatori della misura in caso di inosservanza.

---

<sup>424</sup> M.L. DI BITONTO, *Libertà personale dell’imputato e “giusto processo”*, in *Riv. it.dir e proc.pen.*, 2007, p. 869 ss.

<sup>425</sup> Cfr. Presidenza del Consiglio dei Ministri, “L’esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo nei confronti dello Stato italiano”, *Legge 9 gennaio 2006, n. 12 Relazione al Parlamento, Anno 2008*, p. 116 “*Le droit interne semble être en conformité avec les exigences de la Convention car le Code de procédure pénale prévoit, notamment les articles 309 et suivants, de brefs délais en la matière. En ce qui concerne l’application correcte de la loi et de la Convention européenne, le gouvernement a indiqué que le Président de la Cour de cassation avait envoyé une lettre à tous les Présidents de section rappelant la nécessité de surveiller les délais de procédure en matière de détention provisoire. Un extrait de l’arrêt de la Cour européenne a été publié sur le site internet de la Cour de cassation qui est accessible aux professionnels de la justice*”.

Ma i ritardi più frequenti e più cospicui sono documentabili, come dimostrano i casi esaminati, dal ricorso per cassazione.

A questo riguardo, il fattore del netto ritardo rispetto ai tempi stabiliti dall'art. 311 c.p.p. non sembra possa essere individuata in un difetto della procedura o della sua concreta gestione, bensì nell'eccessivo carico di lavoro cui la Corte di cassazione è gravata.

Proprio segnalando i limiti di tutela derivanti dalla mancanza di garanzia che il giudizio di cassazione sopraggiunga in tempi certi, la stessa Corte europea ne ha escluso la qualità di rimedio effettivo, da esprimersi necessariamente ai fini dell'esaurimento delle vie di ricorso interne, ritenendo così ricevibile il ricorso ad essa proposto dopo il solo riesame<sup>426</sup>.

Certamente, se le condanne dell'Italia si facessero sempre più frequenti, potrebbe anche essere sollecitata dal Consiglio d'Europa –nel quadro degli strumenti rivolti ad assicurare l'ottemperanza degli Stati alle decisioni della Corte europea – l'adozione di misure generali di natura anche preventiva, tali da richiedere l'intervento dello stesso legislatore<sup>427</sup>.

C'è da credere che questa prospettiva non sia alle porte nella materia di cui si discute.

Un modo assai coraggioso di risolvere il problema della sostanziale virtualità dei termini previsti dalla legge per la decisione, naturalmente, sarebbe di munire di effetti caducatori l'inosservanza.

Ma è un rimedio che, al momento, rischierebbe di essere insostenibile, mentre potrebbe forse costituire, in futuro, la garanzia di chiusura di un sistema che abbia recuperato da sé efficienza e credibilità, attraverso misure di organizzazione, di potenziamento degli organici dei magistrati e, non certo ultimo, di razionalizzazione dell'ingente lavoro delle giurisdizioni *de libertate*, delle quali si avverte il bisogno.

---

<sup>426</sup> Cfr. Corte e.d.u., *Sardinas Albo c. Italia*, con commento di A. BAFUNDI, *Verso la ragionevole durata della custodia cautelare. Linee evolutive della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giust. Pen.*, 2005, c. 341-343; nonché F. GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Cedam, 2007, p.179.

<sup>427</sup> In tema cfr. V. ZAGREBELSKY, *Violazioni "strutturali" e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 5 s; Cfr. anche P. PUSTORINO, *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e revisione dei processi penali: sviluppi nella giurisprudenza italiana*, ivi, 2007, p. 678.



Allo stesso modo, però, non andrebbe spacciata per misura di razionalizzazione una risposta, sul piano normativo, alla stregua della quale si intendesse andare alla ricerca di tempi più brevi di definizione della procedure riducendo le specie o i gradi dei controlli oggi consentiti.

### **5.6. Il giudicato cautelare.**

La Corte di Cassazione italiana ha elaborato la figura del “*giudicato cautelate*” o *ne bis in idem* cautelare per garantire una certa forma di stabilità alle decisioni prese in sede di impugnazione cautelare<sup>428</sup>.

L’effetto del giudicato cautelare consiste nell’impedire al giudice adito successivamente di valutare nuovamente le questioni già esaminate in una precedente impugnazione cautelare.

Si ritiene che si tratti non di un effetto di giudicato in senso proprio – dal momento che i provvedimenti emessi in *subjecta materia* non possono determinare situazioni intangibili-, bensì di un effetto preclusivo non definitivo, che è superabile in presenza di elementi nuovi rispetto alla situazione di fatto e di diritto su cui si è basata la precedente decisione: per questo si parla di giudicato allo stato degli atti.

Si tratta di una preclusione endoprocessuale che si estende alle questioni dedotte in forma esplicita o implicita, non anche a quelle deducibili<sup>429</sup>.

Questo concetto di giudicato *rebus sic stantibus* elaborato dalla nostra giurisprudenza non trova rispondenza nella normativa sovranazionale.

La possibilità di presentare più istanze ripetendo, ad intervalli regolari, il controllo di legalità sulla detenzione, implicita nel disposto dell’art. 5 § 4 Cedu, sembra escludere *ab origine* la fissità decisoria determinata da una precedente statuizione sullo *status libertatis*.

---

<sup>428</sup> V. ad esempio Cass. Pen., Sez. I, 12 dicembre 2013, n. 23624; Cass. Pen., Sez. III, 21 febbraio 2008, n. 14236, in C.E.D. Cass., n. 239661 e Cass. Pen., Sez. II, 28 settembre 1999, n. 4042.

<sup>429</sup> Per la Corte di Cassazione mentre non saranno riproponibili questioni già esaminate relativamente alla stessa misura e allo stesso soggetto, tutti gli elementi che, in fatto o in diritto, modifichino il quadro probatorio o cautelare di riferimento, possono essere reiteratamente proposti.

Le sentenze della Corte europea che hanno stabilito che il soggetto ristretto *in vinculis* possa ripresentare a distanza di breve tempo ulteriori richieste di controllo della misura<sup>430</sup>, determinano una sorta di incompatibilità con il concetto di giudicato, seppure improprio.

Tenendo infatti presente che il semplice decorso del tempo influisce sulla legalità della decisione e sulla sua ragionevolezza, la mera esistenza di una precedente decisione sul *thema* cautelare non può determinare alcuna preclusione all'esame della nuova istanza di "rivalutazione" dello *status libertatis*<sup>431</sup>.

Di contro, si è sottolineato che il giudicato cautelare risponde ad esigenze di economia processuale, perché consente che i tribunali non vengano investiti da ricorsi ripetitivi e privi di fondamento<sup>432</sup>.

Si è tuttavia correttamente replicato che il giudice dovrebbe poter giungere ad una decisione non solo sulla base dei *nova*, ma anche semplicemente per una rivalutazione, *re melius perpensa*, del medesimo materiale<sup>433</sup>, e che, invece, qualora valuti i medesimi fatti nello stesso modo della precedente decisione *de libertate*, egli potrà giovare di un'agevolazione nell'obbligo di motivazione<sup>434</sup>.

La suddetta interpretazione sembra maggiormente in linea con la giurisprudenza di Strasburgo, secondo la quale ogni nuova istanza deve essere valutata con pienezza di poteri onde verificare se sia ancora "giustificata" la detenzione, evitando la mera ripetizione degli argomenti già vagliati, le motivazioni non autonome e considerando altresì il mero trascorrere del tempo.

---

<sup>430</sup> In proposito è stato ritenuto ragionevole che l'imputato in carcerazione preventiva potesse presentare una nuova richiesta di scarcerazione a distanza di un mese da quella precedentemente respinta. Corte e.d.u., 25 ottobre 1989, *Bezicheri c Italia*.

<sup>431</sup> Per il diritto del soggetto di proporre in ogni momento un'istanza di controllo sul suo *status libertatis* v. V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 397.

<sup>432</sup> In dottrina M. POLVANI, *Le impugnazioni de libertate: riesame, appello, ricorso*, Padova, 1999, p. 74 secondo il quale il giudice, una volta accertata la ripetitività dell'istanza, ne può solo dichiarare l'inammissibilità.

<sup>433</sup> In questo senso, tra gli altri, F. CORDERO, *Procedura penale, cit.*, p. 525.

<sup>434</sup> M. BARGIS, *Procedimento de libertate e giudicato cautelare*, in AA.VV. *Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale*, Foggia, 25-27 settembre 1998, Milano, 2000, p. 165 e ss. Questa tesi è stata espressa anche in giurisprudenza da Cass. Pen., Sez. un., 31 maggio 2000, Piscopo, secondo cui "[...] la teoria del cosiddetto giudicato cautelare si giustifica perché tende a consentire un più agevole ricorso alla motivazione per *relationem* al fine di disattendere richieste ripetitive e defatiganti; non si giustificerebbe se venisse utilizzata per eludere i doveri che dall'art. 299 c.p.p. derivano al giudice di merito".

Dalla costante attenzione alla Corte europea per la “ragionevolezza” della detenzione *ante iudicium* può essere tratta una indicazione interpretativa: tra le diverse (e possibili) letture della disciplina in tema di misure cautelari va privilegiata quella che consente un costante ed approfondito esame delle condizioni che legittimano la restrizione della libertà personale, sempre parametrato a concretezza ed attualità e non appoggiato su precedenti valutazioni.



## BIBLIOGRAFIA

- AA. V.v., *Area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia, Atti del Convegno 9-11 giugno 2005 Catania*, a cura di T. Rafaraci, pubblicazioni Università di Catania, 2007.
- AA. V.v., *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, a cura di R. Gambini e M. Salvadori, Edizioni Scientifiche italiane, 2009
- AA. V.v., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia delle Comunità europee, Vol. II (1991-1998)*, a cura di Michele De Salvia e Vladimiro Zagrebelsky, Giuffrè 2006.
- AA. V.v., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee Volume III (1999-2006)* coordinato da M. Fumagalli Meraviglia, Giuffrè, 2007.
- AA. V.v., *La libertà personale*, a cura di E. Leopoldo e M. Chiavario, Torino, 1977.
- AA. V.v., *Procedure penali d'Europa. Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia. Sintesi nazionali e analisi comparatistiche*, a cura di M. Chiavario, Cedam, 2001
- AA. V.v., *Pre-trial Detention in the European Union*, Nijmegen, 2009
- AA. V.v., *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, a cura di V. Grevi, Bologna, 1983

- ADORNO R., *L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare "obbligatorio": cade la presunzione assoluta anche per i reati di "contesto mafioso"*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, 3, p. 2408
- ALBERICO A., *"Giudizi di fatto" e contiguità mafiosa nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 2014, 2, p. 515.
- ALT E., *Conseiller référendaire alla Cour de cassation*, Saggio dal titolo *Un pubblico ministero dallo status malato*, in *Questione giustizia*, 2014
- AMATO G., *Artt. 308-309*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio e O. Dominioni, Milano, 1990, p. 201
- AMODIO E., GALANTINI N., *Sull'illegittimità costituzionale del giudizio immediato custodiale*, in *Diritto penale contemporaneo.it*
- AMODIO E., *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cassazione Penale*, 2014, fasc. 1, p. 12
- AMODIO E., *Il processo penale nella parabola dell'emergenza*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 2122
- AMODIO E., *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv.it.dir.e proc. pen.*, 1967.
- ANDREAZZA G., *L'ennesima modifica dell'art. 275, co. 3, c.p.p tra precari equilibri costituzionali e applicazioni alle misure in atto*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 3342
- ANDREAZZA G., *Il nuovo giudizio direttissimo tra obbligatorietà normativa e insindacabilità delle scelte del pubblico ministero*, in *Processo penale e giustizia*, 2011, p. 71
- APRILE E., *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Cedam, 2007

- APRILE E., *Osservazioni a Corte Costituzionale 25 marzo 2013, n.57*, in *Cass. Pen.* 2013, 7-8, p. 2588
- APRILE E., *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, 2003
- BALSAMO A., *Il rapporto tra indipendenza del pubblico ministero e tutela della libertà personale nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, fasc.3, 2011, pag. 1226
- BAFUNDI A., *Verso la ragionevole durata della custodia cautelare. Linee evolutive della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giust. pen.*, 2005, III, c. 341 ss.
- BARGIS M., *Procedimento de libertate e giudicato cautelare*, in AA.VV. *Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale*, Foggia, 25-27 settembre 1998, Milano, 2000, p. 165 e ss
- BARROCU G., *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, 224
- BEDUSCHI L., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 2011, p.255 ss..
- BELDA B., *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2010, p. 444 ss.
- BELLAGAMBA G.-CARITI G., *Le impugnazioni dei provvedimenti cautelari personali e reali*, Milano, 1999, 265
- BETOCCHI G., *Diritto di difesa e potere d'integrazione nel procedimento di riesame dei provvedimenti di coercizione personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, p. 144 ss
- BONINI V., *Chiamata di correo, riscontri esterni e sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza* in *Cass. pen.*, 1996, p. 467

- BOUQUET A., *Cautionnement pénal et politique criminelle: une relation à géométrie variable*, in *Arch. de polit. crim.*, 2001, p. 53 ss
- BRICCHETTI R.- PISTORELLI L., *Giudizio immediato per chi è già in carcere*, in *Guida al dir.*, 2008, n. 23, p. 81
- BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *Estesa l'obbligatorietà della custodia in carcere*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 10, p. 45
- BUZZELLI S., *Voce Processo penale europeo*, volume d'aggiornamento dell'*Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Annali II, tomo 1, 2008
- BUZZELLI S., *Chiamata in correità ed indizi di colpevolezza ai fini delle misure cautelari nell'insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione* in *Cass. pen.*, 1995, p. 2843.
- CARCANO D., IZZO G., *Arresto, fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale*, Padova, 1990, p. 179.
- CASELLI LUPESCHI A., *Quando la chiamata in correità può portare in carcere?*; in *Giust. pen.*, 1996, III, 321
- DE CHARRETTE L., *La CEDH ne remet pas en cause le statut du Parquet*, *Le Figaro*, 29 marzo 2010
- CONFORTI B., *L'applicabilità diretta e sistematica della Convenzione e la tutela del singolo*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento interno*, a cura di Nascimbene, Milano, 2002
- CONTI C., *La sospensione dei termini di custodia cautelare. Modelli rigidi e flessibili a confronto*, Padova, 2001
- COPPETTA, M.G., *La riparazione per ingiusta detenzione*, Padova 1993.
- CERESA GASTALDO M., *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993.



- CERESA GASTALDO M., *Riflessioni de iure condendo sulla durata massima della custodia cautelare*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2014, p. 824
- CERESA GASTALDO M., *Riflessioni de jure condendo sulla durata massima della coercizione cautelare*, in *Le fragili garanzie della libertà personale: per una effettiva tutela dei principi costituzionali* Convegno annuale dell'associazione fra gli studiosi del processo penale "G.D. Pisapia", Trento 11-13 ottobre 2013
- CHIAVARIO M. *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, 1969.
- CHIAVARIO M., *La Corte e la tutela dei diritti umani: di fronte a vecchie e nuove sfide, Relazione al convegno su Giurisprudenza Costituzionale ed evoluzione dell'ordinamento italiano*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).
- CHIAVARIO M., *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in A. Balsamo e R.E. Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino 2008.
- CHIAVARIO M., *Procedure penali d'Europa. Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia. Sintesi nazionali e analisi comparatistiche*, Padova, 2001
- CHIAVARIO M., *Tribunale della libertà e libertà personale*, in AA.VV., *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, a cura di V. Grevi, Bologna, 1983
- CLAUDIANI A.-M. MESSERI, *Il giudizio immediato*, Milano, 2012, p. 42.
- COLELLA A., *Dalla Corte di Strasburgo una severa condanna delle "extraordinary renditions"*, in *Riv. dir. penale contemporaneo*, 6 novembre 2010
- CONSO G., *Libertà provvisoria con o senza cauzione (1966)*, in *Costituzione e processo penale*, 1969, p. 213
- CONSO G., *I diritti dell'uomo e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p.319ss

- CORDERO F., *Procedura penale*, XII ed., Milano, 2012.
- CORRE N. - WOLCHOVER D., *Bail in Criminal Proceedings*, 3a ed., Oxford 2004.
- DE CARO A., *Presupposti e criteri applicativi*, Scalfati (a cura di), *Misure cautelari*, (Spangher diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. IV, Tomo, II
- DE MARCO B., *Tribunale della libertà*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma 1993.
- DE SALVIA M., *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, 1997, p.105.
- DE SALVIA M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2001
- DE SALVIA, M., *Privazione di libertà e garanzie del processo penale nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979, XXII, pp. 1403 ss.
- DE VITA A. J., voce «Bail», in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, I, Torino 1989, p. 412 ss
- DEGANELLO M., *Diritto processuale penale inglese. Prime riflessioni*, Torino 2012, p. 79 ss
- DEZZA E., *Breve storia del processo penale inglese*, Torino 2009.
- I BITONTO M.L., *Libertà personale e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 873.
- DI DEDDA E., *La novella in tema di contrasto alla violenza sessuale e atti persecutori: primi rilievi processuali*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2009, 425
- DI FEDERICO G., *Indipendenza e responsabilità del PM alla ricerca di un difficile equilibrio: i casi di Inghilterra, Francia e Italia*, in *Il giusto processo*, 2002, n. 1, p. 216

- DI FEDERICO G., *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, n. 1, p. 99
- DI FEDERICO G., *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in *Giur. it.*, 2009, p. 522
- DI FEDERICO G., *L'indipendenza del Pubblico Ministero e il principio democratico della responsabilità in Italia: l'analisi di un caso deviante in prospettiva comparata*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 1, p. 230
- EMMERSON B. - ASHWORTH A.- MACDONALD A., *Human rights and criminal justice*,
- EPIDENDIO T., *Presunzioni e misure cautelari personali*, in *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009
- EPIDENDIO T., *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2013
- ESPOSITO V., *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 190
- FACCHIOTTI V., *La custodia cautelare in U.S.A.*, in *Dir. Pen e Proc.*, 1996, 381.
- FARINELLI E., *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Archivio Pen.*, 2013, 1, pp. 1 e ss.
- FERRAIOLI L., *Teoria del garantismo penale*, Roma, 2002, p. 559.
- FERRERO L., *La novella dell'art. 275, comma III c.p.p.: le presunzioni cautelari a garanzia della pubblica sicurezza tra Costituzione e CEDU*, in *Convenzione europea sui diritti dell'uomo. Processo penale e garanzie*, a cura di Gambini-Salvadori, Edizioni Scientifiche, 2010, p. 122 ss.
- FERRUA P., *Il giusto processo*, Bologna, 2007

- FERRUA P., *Realtà e finzione sulla durata della custodia cautelare*, in AA.VV., *Il decreto "anti scarcerazioni"*, a cura di Bargis M., Torino, 2001, p.24
- FILIPPI A., *Libertà personale e garanzie europee*, in *Studi in onore di Mario Pisani Liberty and Security in Europe. A Comparative Analysis of Pre-trial Precautionary Measures in Criminal Proceedings*, ed. by Stefano Ruggeri, Gottingen, 2012.
- FIORIO C., *Libertà personale dell'imputato e Bail*, in *Riv. di dir. proc.*, 2014 p. 454
- FIORIO C., *Il Bail nel sistema inglese, Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, relazione al Convegno tenutosi a Trento, 11-13 ottobre 2013, in *Archivio penale*, 2013, 3, pp. 1-13
- FURGIUELE A., *Le impugnazioni*, in G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, vol. II, Torino, 2011, 479.
- GAETA P., *Solo un giudizio sull'attualità delle esigenze riesce a garantire veramente l'imputato*, in *Guida dir.*, 2011, n. 21, p.57
- GALLUZZO F., *Custodia cautelare e successione di leggi nel tempo*, in *Archivio penale* n.3, 2011.
- GAMBERINI M.E., *Le Sezioni Unite sull'operatività della presunzione di esclusiva adeguatezza della custodia in carcere nelle fasi successive a quella genetica: l'art. 275, comma 3, c.p.p. ancora alla Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2013, pag. 42
- GARAVELLI M., *Tribunale della libertà*, in *Enciclopedia del diritto*, 45, 1992, pp. 22 ss
- GARUTI G., Osservatorio, in *Diritto penale e processo* n. 1/2011 p. 126-127
- GIALUZ. M., *Art. 5 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012,

- GIALUZ M., SPAGNOLO P., *Reasonable length of pre-trial detention: rigid or flexible time limits? A study on Italy from a European perspective*, in *European Criminal Law Review*, 2013, p. 225 e ss.
- GIANNONE A., *Riesame in materia di misure cautelari personali*, in *Dig. displ. pen.*, Torino, 1997, p. 239
- GIANNONE A., *Commento all'art. 309*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, Torino, 1990, pp. 273-280.
- GIARDA A., *Un'importante raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa in tema di carcerazione preventiva*, in *Rivista it. dir e proc. pen.*, 1981, XXIV, pp. 696 ss.
- GIORDANO F. P., *Chiamata di correo e necessità di riscontri individualizzanti*, nota a Cass. pen. Sez. Unite, 30 maggio 2006, n. 36267, in *Dir. Pen. e Processo*, 2007, 7, 875
- GIULIANI L., *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova, 2012
- GIUNCHEDI F., *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Cedam, 2007.
- GREVI V., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976.
- GREVI V., *Voce Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974.
- GREVI V., *Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta oltre l'emergenza*, in AA.VV., *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, a cura del medesimo A., Bologna, 1983
- HARRIS D.J. –O'BOYLE M. –WARBRICK C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009
- IACOVIELLO F., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, p. 4 ss.

- ILLUMINATI G., *Relazione*, in AA.VV., *Il G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, Napoli, 1997
- ILLUMINATI G., *Commento all'art. 9*, in *Commento articolo per articolo della l. 12 agosto 1982, n. 532*, in *Leg. pen.*, 1983
- ILLUMINATI G., *Modifiche, integrazioni e problemi non risolti nella normativa sul tribunale della libertà*, in *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, a cura di V. Grevi, Padova, 1985
- JACOBS F.G., WHITE - OVEY., *The European Convention of Human Rights*, II ed., Oxford, 1996
- KAPPELLER A., *Riforma del Weisungsrecht (direttive ai PM) in Austria?*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com)
- LA ROCCA N., *Il riesame delle misure cautelari personali*, in *Diritto penale e processo oggi*, diretta da F. Palazzo e G. Spangher, Milano, 2012.
- LATTANZI G., LUPO E., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Volume III, aggiornamento 2003-2007.
- LONGO S., *Illegittimità costituzionale delle presunzioni in materia cautelare*, in *Cass. pen.*, 10, 2011, p. 3335
- LORUSSO S., *Il giudizio immediato (apparentemente) obbligatorio e la nuova ipotesi riservata all'imputato in vinculis*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008, p. 141
- MADDALENA P., *Le esigenze cautelari*, in Aa.Vv., *Commento alle nuove norme sulla custodia cautelare (l. 8 agosto 1995, n. 332)*, Ponte Nuovo, Bologna, 1996,
- MANES V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.

- MANTOVANI G., *Dalla Corte europea una "legittimazione" alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia. c.p.p. art. 275 Corte europea diritti dell'uomo*, 06 novembre 2003, in *Legislazione penale*, 2004.
- MARANDOLA A., *Sull'(in)adeguatezza della custodia inframuraria applicata ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero il punto di «non ritorno» degli automatismi in sede cautelare*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, 2, 885.
- MARANDOLA A., *Associazione per il narcotraffico e negazione della «ragionevolezza» della carcerazione obbligatoria fra corte costituzionale e sezioni unite*, in *Giur. cost.*, fasc.4, 2011, pag. 2965
- MARANDOLA A., *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*, in *Giur. cost.*, 3, 2011, p. 2163
- MARGUENAUD J.P., in *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, 2007
- MARZADURI E., voce *Riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale*, in *Noviss. Dig. I., Appendice*, Utet, 1986, p. 784 ss.
- MAZZA O., *La libertà personale nella Costituzione europea*, in *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di M. G. Coppetta, Torino, 2005.
- MOLINARI P., *Sui rapporti tra gravi indizi di colpevolezza e chiamata in correità ai fini della applicazione delle misure cautelari*; in *Riv. pen.*, 1995, II, p. 1147
- MORSELLI C., *Libertà personale, "giusto processo" e contraddittorio anticipato: prospettive de iure condendo*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 1302 ss
- MOSCARINI P., *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, in *Dir. pen e processo*, 2010, p. 227-233.

- MULCAHY L., *Putting the Defendants in their Place: why do we still use the Dock in Criminal proceedings?*, in *British Journal of Criminology on line*, 2013, <http://bjc.oxfordjournals.org>.
- MURDOCH J. L., *L'article 5 de la Convention europeenne des droits de l'homme*, Strasbourg : Les éditions du Conseil de l'Europe, 2003
- NEGRI D., *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275, comma 3, c.p.p.*, in *Cass. Pen.*, p. 2835
- ORLANDI R., *Il giudizio immediato cosiddetto custodiale*, in AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di G. Amato e C. Santoriello, Torino, 2009, 85 ss.
- ORLANDI R., *Riesame del provvedimento cautelare privo di motivazione*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1521
- PATANÈ V., voce *Processo penale inglese*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano 2008, p. 768
- PATRONE I., *Le prospettive della cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea alla luce del Trattato di Lisbona. La costituzione del Procuratore europeo*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).
- PATRONE I., *Il PM in Europa secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).
- PAULESU P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2a ed., Torino, 2009.
- PISANI M., *Commento all'art. 5*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Cedam, 2001, p.134
- PISANI M., *Cauzione libertà personale (spunti de iure condendo)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, p. 1
- POLVANI M., *Le impugnazioni de libertate: riesame, appello, ricorso*, Padova, 1999



- PRADEL J-CORSTENS G. J. M., *Droit penal européenne*, 2<sup>e</sup> ed., Paris, 2002
- PULEIO F., *Gravi indizi di colpevolezza in materia di misure cautelari e dichiarazioni accusatorie del coimputato*, in *Giust. Pen.*, 1996, III, c. 322
- RAFARACI T., *Le garanzie del procedimento de libertate; il diritto ad ottenere in un termine congruo le decisioni sulla libertà personale*, in A. Balsamo e R.E. Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino 2008, p. 274
- RANALDI G., *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa "possibile"*, *Dir pen e proc.* 2006, pp. 1165 e ss.
- RESTA F., *Il decreto-legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale*, in *Giur. Merito*, 2009, p. 891
- ROSI E., *Un giudice gatekeeper per la libertà personale: prospettive di controllo permanente dello status detentionis durante le indagini preliminari*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 1412 ss
- RUGGERI S., *Commento all'art. 2 D.l. 23.2.2009 n. 11, conv., con modif., in l. 23.4.2009 n. 38*
- SIRACUSANO D. - GALATI A.- TRANCHINA G.- ZAPPALÀ E., *Diritto processuale penale, Vol. II*, Giuffrè, 2011, p.418.
- SNACKEN S., *A reductionist penal policy and European human rights standards*, *European journal on Criminal Policy and Research*, Springer, 2006
- SPAGNOLO P., *Il Tribunale della libertà, tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano, 2008.
- SPANGHER G., *L'impatto del diritto europeo sul processo penale*, Encl. Treccani, 2009.
- SPANGHER G., *Commento all'art.2 VII Protocollo*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà*

*fondamentali, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2000, p. 946 e ss.*

SPRACK J., *A Practical Approach to Criminal Procedure*, 14th ed., 2012, p. 234

TAMIETTI A., *Applicazione diretta delle disposizioni convenzionali e previo esaurimento delle vie di ricorso interne nella giurisprudenza della Corte di cassazione italiana e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4266.

TONELLI E., *Principali aspetti comparatistici tra custodia cautelare italiana e preventive detention statunitense*, in *Cass. Pen.*, 1999, 2734

TONINI P., *Considerazioni sul giudizio immediato custodiale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 1395

TONINI P., *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 949.

TONINI P., CONTI C., *Custodia cautelare e struttura del processo, come perseguire una durata ragionevole*, in *Dir. pen. Proc.*, 2003, p. 360 e ss

TRECHSEL S., *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005.

TURCO E., *La motivazione dell'ordinanza di riesame: limiti al potere di integrazione*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3100

UBERTIS G., *La giurisprudenza di fronte alle possibili violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in rivista dell'amministrazione penitenziaria.it

UBERTIS G., *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Argomenti di procedura penale*, III, Giuffrè, 2011, p. 205 ss.;

UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea, Le regole del giusto processo*, Raffaello Cortina editore, 2009

- VAN DEN WYNGAERT C., Belgium, in *Criminal procedure systems in the European Community*. Butterworths, 1993, p. 25
- VAN DIJK P., VAN HOOFF, J.H. GODEFRIDUS, *Theory and practice of the European convention on human rights*, The Hague, 1998.
- VAN ZYL R. SMIT-A. ASHWORTH, *Disproportionate sentences as human rights violations*, in *Modern law review*, 2004, p. 541
- VELU J. – ERGEC R., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990.
- VENTURA P., *Annullamento o integrazione nel giudizio di riesame*, in *Giur. it.*, 1999, p. 822
- VENTURINI G.- BARIATTI S., *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Giuffrè, 2009
- ZACCARO G., *Introduzione* in atti del Convegno “*Misure cautelari e libertà personale*”, in *Questione Giustizia*, ottobre 2014
- ZACCHÉ F., *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 2009.
- ZAGREBELSKY V., *Violazioni “strutturali” e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 5 s
- ZAMPAGLIONE A., *Giurisprudenza CEDU e poteri del Tribunale del Riesame*, in *Diritto penale e processo*, I, 2013, p. 106 e ss.