

LA TUTELA DEI DIRITTI UMANI NEL PROCEDIMENTO  
CAUTELARE. RIFLESSIONI SU CUSTODIA CAUTELARE E  
LIBERTÀ PERSONALE NEL DIALOGO TRA CORTE EUROPEA DEI  
DIRITTI DELL'UOMO E GIURISPRUDENZA ITALIANA.

«Istituti ed espressioni  
La “«libertà provvisoria»; la «concessione della difesa a piede libero».  
Tenace resta l'idea di una anticipazione punitiva, con i suoi vari satelliti:  
la persona, come colui su cui incombe una «expurgatio». Gli atti successivi  
concepiti come una possibile liberazione. Il termine più usuale in tal senso –  
attecchito da lungo tempo sino a non molti anni or sono – fu quello  
della «carcerazione preventiva».  
Siamo dentro all'idea di un colpire in anticipo, ere.  
«Uomo con fegato da lattante [...],  
non hai occhi per distinguere i confini fra onore e tolleranza.  
Soltanto gli idioti s'indignano se i delinquenti vengono puniti prima che facciano danno”».

- M. Nobili, *L'immoralità necessaria*, Bologna, 2009 – cita Shakespeare, *Re Lear*, IV, 2, 50.

*A Vinicio, Alberto e Lorenzo,  
che con pazienza mi hanno guidato  
alla scoperta dell'aspro ed impervio sentiero  
del processo penale.*

*A Lorenza e ad Enrica,  
che mi camminano accanto.*

# INDICE SOMMARIO

## CAPITOLO I

### LA RINNOVATA FISIONOMIA DELLA TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI FONDAMENTALI E LE SUE RICADUTE SULL'ORDINAMENTO INTERNO.

- 1.-IL SISTEMA DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI OLTRE I CONFINI NAZIONALI. IL TORTUOSO PROCESSO DI INSERIMENTO DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO NEL NOSTRO ORDINAMENTO 4
- 2.- LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, DA PARADIGMA INTERPRETATIVO A FONTE *QUASI COSTITUZIONALE* DEL DIRITTO 8
3. LA FUNZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E LA RINNOVATA FISIONOMIA DELL'OBBLIGO DI CONFORMARSI. 17
4. I DIRITTI FONDAMENTALI IN EUROPA. TRAGUARDI E DISILLUSIONI DI LISBONA 28

## CAPITOLO II

### CUSTODIA CAUTELARE, *DETENTION ON REMAND* ANALISI DEI PRESUPPOSTI APPLICATIVI. I TRAGUARDI DELL'ORDINAMENTO ITALIANO E GLI OBIETTIVI DI STRASBURGO.

- 1.LA TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE NEL PROCESSO PENALE ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI E DELLA COSTITUZIONE ITALIANA. 36
2. LA DISCIPLINA DELLA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE *PENDENTE IUDICIO*. I PRESUPPOSTI APPLICATIVI E LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA 43
- 3.*REASONABLE SUSPICION OF HAVING COMMITTED AN OFFENCE*. GRAVI INDIZI DI COLPEVOLEZZA. MODELLI DI TUTELA A CONFRONTO TRA VECCHIE E NUOVE ESIGENZE DI AFFERMAZIONE DELLA GARANZIA DELLA PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA 46
- 4 *PERICULA LIBERTATIS*: PRESUPPOSTI APPLICATIVI DELLA MISURA CAUTELARE OVVERO “*CRITERIA OF REASONABLENESS*” 55
- 5.PROPORZIONALITÀ, ADEGUATEZZA E LE MODERNE SFIDE DELL'EMERGENZA. I RECENTI ASSALTI AL PRINCIPIO DELLA PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA 68

## CAPITOLO III

### LE GARANZIE DIFENSIVE NEL PROCEDIMENTO CAUTELARE

1. I DIRITTI GARANTITI AD OGNI PERSONA PRIVATA DELLA LIBERTÀ PERSONALE: <i>THE RIGHTS TO BE INFORMED OF THE REASONS OF THE ARREST</i>	85
2. IL DIRITTO AD ESSERE TRADOTTI NEL PIÙ BREVE TEMPO POSSIBILE INNANZI AD UN GIUDICE “ <i>OR OTHER OFFICER AUTHORISED BY LAW TO EXERCISE JUDICIAL POWER</i> ”. I DIRITTI DI DIFESA NELLA FASE DEL PRIMO CONTROLLO GIUDIZIALE	99
2.1 LA GIURISDIZIONALITÀ DEL CONTROLLO: PARITÀ DELLE ARMI TRA ACCUSA E DIFESA INNANZI AD UN ORGANO INDIPENDENTE E IMPARZIALE	103
3. THE RIGHT TO <i>HABEAS CORPUS PROCEEDINGS</i>	119
3.1. THE COURT	128
3.2. LE GARANZIE PROCEDURALI: VERSO UN <i>FAIR TRIAL</i> CAUTELARE	139
4. LA RIPARAZIONE PER INGIUSTA DETENZIONE: SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE <i>DE IURE CONDENDO</i>	163

## CAPITOLO IV

### IL TEMPO

1.PREMESSA. IL <i>TEMPO</i> NEL PROCEDIMENTO CAUTELARE: LIMITE DEL POTERE COERCITIVO, PROVA DI RESISTENZA DELLA PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA, OBIETTIVO DI EFFICIENZA	174
2. LA RAGIONEVOLE DURATA DELLA DETENZIONE TRA L’OBBLIGO DI COSTANTE REVISIONE DEI PRESUPPOSTI APPLICATIVI, IMMOBILISMO DEL GIUDICATO CAUTELARE E PREDETERMINAZIONE LEGALE DEI TERMINI MASSIMI	178
3.L’INSUFFICIENZA DELL’APPELLO E DEL RICORSO PER CASSAZIONE <i>DE LIBERTATE</i> SUL PIANO DELLA RAGIONEVOLE DURATA DELLA <i>DETENTION ON REMAND</i> .	185
4. LA DURATA DELLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA: LA TENTAZIONE DEL <i>PUNIRE</i> , IL DISAGIO DELL’ <i>ATTENDERE</i> . PRINCIPIO DELL’ASSORBIMENTO ED ESECUZIONE DELLA SENTENZA DI PRIMO GRADO	194

## CAPITOLO I

### LA RINNOVATA FISIONOMIA DELLA TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI FONDAMENTALI E LE SUE RICADUTE SULL'ORDINAMENTO INTERNO.

SOMMARIO: 1. IL SISTEMA DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI OLTRE I CONFINI NAZIONALI. IL TORTUOSO PROCESSO DI INSERIMENTO DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO NEL NOSTRO ORDINAMENTO. - 2. LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, DA PARADIGMA INTERPRETATIVO A FONTE *QUASI COSTITUZIONALE* DEL DIRITTO. - 3. LA FUNZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E LA RINNOVATA FISIONOMIA DELL'OBBLIGO DI CONFORMARSI. - 4. I DIRITTI FONDAMENTALI IN EUROPA. TRAGUARDI E DISILLUSIONI DI LISBONA.

1. IL SISTEMA DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI OLTRE I CONFINI NAZIONALI. IL TORTUOSO PROCESSO DI INSERIMENTO DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO NEL NOSTRO ORDINAMENTO.

Il 4 novembre 1950, è, senza ombra di dubbio, data memorabile. L'apertura alla firma di una "Carta" europea in materia di diritti umani – che sarebbe entrata in vigore nel settembre del 1953 - e l'istituzione, a garanzia della sua effettività, di una Corte internazionale competente a giudicare e sanzionare i possibili comportamenti lesivi perpetrati dagli Stati firmatari ai danni dei singoli cittadini direttamente investiti del diritto di azione <sup>(1)</sup>, segnavano, mediante la creazione di una durevole e vincolante sinergia tra i Paesi europei nel settore della tutela dei diritti umani, lo spartiacque con un passato ancora vivo, in cui l'eco del conflitto mondiale non poteva dirsi del tutto sopita.

E tuttavia, nonostante la ratifica intervenuta con la legge 848 del 1955, il nostro ordinamento ha mostrato nei riguardi della Convenzione e per molto tempo un atteggiamento di misurato distacco, di elitaria, ritrosa diffidenza, solo recentemente, convertito in una necessaria e non più differibile apertura finendo

---

<sup>(1)</sup> Una «*clef de voûte*» fu definito dalla stessa Corte il meccanismo tracciato dall'allora art. 25, oggi art. 34, che consentiva ai singoli cittadini di poter investire la Commissione – secondo un modello di tutela oggi completamente innovato - in caso di violazione di un diritto ufficialmente proclamato come inviolabile dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Così, Corte EDU, 6 settembre 1978, Klass e altri c. Repubblica Federale Tedesca, Serie A, n. 28, § 34.

con l'ospitare, tra le fonti di rango sovraordinato, non solo il testo normativo, ma anche le decisioni della stessa Corte europea.

Questo il motivo per cui, nel trattare le questioni inerenti la tutela della libertà personale *pending trial* nella prospettiva della comparazione tra la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e l'ordinamento italiano, non è possibile prescindere da una ricognizione, sia pure sommaria, dei recenti mutamenti impressi, sul piano internazionale e comunitario, ai tradizionali metodi di tutela dei diritti umani. Quanto essi siano stati in grado di stimolare una vera e propria scossa tellurica anche sui meccanismi interni di monitoraggio di tali diritti fondamentali è questione ancora *sub observatione*. Del resto il terreno su cui si muovono i nostri interpreti appare ancora vischioso, dominato da incertezze sia in merito all'individuazione del metodo di risoluzione di un eventuale conflitto tra diverse disposizioni normative a tutela di un diritto fondamentale – di matrice internazionale ovvero interna- sia con riguardo alla predisposizione di un meccanismo interno di tutela che, nel tenere in debito conto i risultati raggiunti dalle Corti internazionali, risulti, con essi, coerente. In altre parole, senza poter volgere lo sguardo oltre oceano, occorre scandagliare i fondali del sistema europeo, individuando i punti di contatto e di potenziale conflitto tra quella che potremmo definire la fonte principale di tutela dei diritti umani, vale a dire la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e, per quanto riguarda l'Italia, la Carta costituzionale, in una prospettiva che dovrà necessariamente aver riguardo al ruolo, sempre crescente, della legislazione comunitaria. La tutela dei diritti umani si nutre e vive oggi in un contesto dominato dal concorso di sistemi normativi diversi le cui mutevoli interazioni disegnano sempre nuovi scenari.

Certo è che, a prescindere dagli effetti, di breve medio o lungo periodo, che il progressivo allineamento dei due complessi normativi sovranazionali, convenzionale e comunitario, pare destinato prima o poi a determinare sul nostro ordinamento modificandone ed ampliandone le reali dimensioni, non sarà più possibile, d'ora in avanti, analizzare gli istituti del processo penale senza porsi al centro di una contemporanea convergenza di discipline di diversa fonte ed ispirazione (nazionale e internazionale per l'appunto). Ciò in ragione, da una parte, della sempre crescente attenzione politica rivolta dagli organi comunitari verso forme di integrazione e cooperazione giudiziaria anche e soprattutto nel settore

penale (nel quale, come noto, la tutela dei diritti umani assume un valore centrale) e, dall'altra, della reinterpretazione in chiave estensiva del ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo e del significato della sua giurisprudenza, sempre più incline, come vedremo, a superare le strettoie del *case law*, per porsi quale orientamento valido ed efficace in via generale per ogni Stato aderente alla Convenzione.

In questo contesto anche la recentissima *adesione* dell'Unione Europea al sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali affidata al laconico ma quanto mai dirompente art. 6 (2) del Trattato di Lisbona – firmato nel 2007 ed entrato in vigore il 1 dicembre 2009 –, nonché il contemporaneo innesto, nel corpo dello stesso, della Carta di Nizza, rielaborata a Strasburgo nel dicembre 2007 ed estrapolata dal naufragato progetto di Costituzione per l'Europa, costituiscono segnali inequivoci del passaggio ad una nuova era nella tutela europea dei diritti umani che vede impegnati anche gli organi comunitari, nella specie la Corte di Giustizia, nell'assunzione di un ruolo inedito e necessariamente parallelo, per quanto inevitabilmente diverso, a quello della magistratura di Strasburgo

D'altro canto, per quanto in particolare attiene ai mutamenti operati nel nostro orizzonte giuridico, la tradizionale ritrosia della Corte costituzionale italiana a riconoscere dignità di fonte sovraordinata alle norme della Convenzione di Roma, ha ceduto il passo di fronte ad un recente, significativo e radicale ripensamento. Sono del 2007 le pronunce 348 e 349 <sup>(2)</sup> con cui la Consulta ha ritenuto che le norme convenzionali non solo presentano una *forza di resistenza* rispetto a possibili abrogazioni da parte di una qualsivoglia legge ordinaria, ma fungerebbero anche da *parametro di costituzionalità interposto*. Di modo che le disposizioni di diritto interno con esse configgenti si porrebbero altresì in contrasto con la Carta fondamentale per violazione dell'art. 117 Cost., come rinnovato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, secondo cui «*la potestà legislativa è esercitata nel rispetto degli obblighi internazionali*». In tal caso, il giudice nazionale viene autorizzato a promuovere un incidente di costituzionalità ogni qual volta la norma da applicare al caso concreto non appaia in linea con i principi della Convenzione.

---

<sup>(2)</sup> Corte cost., sent. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Giur cost.*, 2007, 3475 e ss e in *Giur. Cost.*, 2007, 3535 e ss con nota di M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: i diritti fondamentali, fonti, giudici*, ivi, 3564 e ss.

E, ancor più sorprendente, non solo con quelli trasfusi nel testo della stessa ma, si legge nei passaggi argomentativi delle due sentenze, anche con quelli emergenti dall'interpretazione che di esso ne abbia dato la Corte. Il che equivale in altri termini ad aver attribuito alla giurisprudenza europea di Strasburgo un ruolo fondamentale nel nostro ordinamento, assurgendo le proprie decisioni, al pari della normativa da cui originano, al rango di fonti del diritto subordinate solo alla Costituzione.

Al di là dell'esito tutt'affatto scontato delle sentenze appena ricordate e, come da autorevole Autore ritenuto, probabilmente precario <sup>(3)</sup>, esse esprimono con vigore la ineludibile, progressiva e inarrestabile valorizzazione della funzione della Corte di Strasburgo nel nostro panorama normativo. In linea con questa opzione costituzionale si colloca anche quella tendenza evolutiva, inaugurata dalla stessa Corte europea con *l'affaire Broniowski* <sup>(4)</sup>, che ha condotto, come vedremo, – sulla scia delle indicazioni provenienti dal Comitato dei Ministri - ad un progressivo ampliamento del raggio operativo delle decisioni della Corte europea. Tanto che la sua fisionomia sembra, oggi, sempre più assumere i connotati anche del *giudizio di convenzionalità* delle norme interne, nei casi in cui l'accertata violazione della Convenzione attenga non già ad un difetto procedurale quanto piuttosto ad un difetto strutturale e di sistema superabile solo con interventi, spesso ampiamente sollecitati nei dispositivi di condanna, del legislatore nazionale; ovvero quelli di un precetto di portata generale che, seppur non formalmente, di

---

<sup>(3)</sup> A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in [www.forum costituzionale.it](http://www.forum costituzionale.it).

<sup>(4)</sup> Corte EDU, 22 giugno 2004, Broniowski c. Polonia. Si tratta della prima sentenza della Corte emessa in esecuzione dell'invito rivolto dal Comitato dei Ministri con la Risoluzione n. 3 del 12 maggio 2004 ad indicare espressamente nei propri dispositivi se la violazione accertata sia dipesa da un difetto strutturale dell'ordinamento così da consentire agli Stati di intervenire, anche con modifiche legislative, per allinearsi agli obiettivi della Convenzione. Coeva alla raccomandazione citata, la n. 6 con la quale il Comitato esortava gli Stati a valutare i rispettivi ordinamenti nazionali e la loro applicazione alla luce di pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo che abbiano rilevato limiti strutturali o generali allo scopo di prevedere rimedi effettivi idonei a prevenire ulteriori decisioni della Corte sullo stesso punto di diritto. Qualche mese più tardi, a novembre del 2004, la Corte interveniva censurando la legislazione italiana sul processo in contumacia, invitando espressamente lo Stato a predisporre misure idonee a superare i difetti strutturali che affliggevano il processo italiano. Di lì a breve infatti si è intervenuti sull'art. 175 c.p.p. rimodellando la disciplina della restituzione nei termini per impugnare sentenze o decreti penali emessi all'esito di procedimenti celebrati *in absentia*. Cfr Corte EDU, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia.

fatto risulti idoneo a creare un vincolo, per quanto solo interpretativo, anche per gli organi giurisdizionali dei Paesi non “litisconsorti” <sup>(5)</sup>.

Al cospetto di uno scenario tanto articolato e composito, in cui gli strumenti di tutela dei diritti umani, seppur collaudati nella sostanza, abbisognano ancora di uno *status* definitivo, soprattutto per quel che riguarda l’adattamento interno al sistema esterno, l’analisi dell’incidenza delle norme di rango sovranazionale sul nostro ordinamento e, quindi, non da ultimo, sui nostri processi penali e sui procedimenti *de libertate*, deve essere calibrata, in linea con quanto sopra detto, entro lo spazio delimitato dal convergere di tre diverse linee direttrici: quella relativa al rapporto tra fonti del diritto; quella inerente gli obblighi d’adempimento del nostro Stato alle decisioni della Corte; quella, infine, della verifica degli effetti della c.d. *comunitarizzazione* della Convenzione europea sul piano delle fonti e su quello, conseguente, del rapporto tra giurisdizioni.

## 2. LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO, DA PARADIGMA INTERPRETATIVO A FONTE *QUASI COSTITUZIONALE* DEL DIRITTO.

« *The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention*».

Non poteva essere più decisa l’affermazione di principio contenuta nell’*incipit* (art. 1) della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Essa evoca non un semplice impegno – fatto proprio

---

<sup>(5)</sup> Ancorché con orientamenti oscillanti e pur ribadendo il carattere meramente dichiarativo delle sue decisioni la Corte ha al contempo affermato che le stesse non devono essere indirizzate unicamente alla disciplina del caso concreto, ma destinate a *salvaguardare e sviluppare le regole poste dalla Convenzione così contribuendo all’osservanza da parte degli Stati degli impegni da loro assunti in quanto Parti Contraenti* quasi attribuendo loro una sorta di « *autorité de la chose interprétée*» (così Corte EDU, 18 gennaio 1978, Irlanda v. Regno Unito, Seria A, n. 25, § 54). Quel che risulta dalla giurisprudenza della Corte e dagli orientamenti del Comitato (in particolare la Raccomandazione N. R (2000) 2) è un sistema nel quale le decisioni della Corte europea acquistano efficacia vincolante nei confronti dello Stato parte del giudizio conclusosi con la condanna dello stesso e, d’altro canto, risultano destinate, in una prospettiva più ampia, anche ad orientare l’interpretazione degli Stati aderenti che non abbiano preso parte nel procedimento nel quale la sentenza è stata emessa, sui quali comunque incombe un obbligo di conformità ai diritti e alle libertà garantiti dalla Convenzione e dai suoi protocolli *come interpretati dalla Corte*. A confermare, oggi, l’efficacia delle decisioni della Corte europea a porsi quale indispensabile parametro interpretativo capace di superare il singolo caso concreto per porsi come monito nei confronti di tutti gli Stati aderenti, la modifica dell’art. 46 Cedu ad opera dell’art. 16 del Protocollo 14, ratificato con L. 15 dicembre 2005, n. 280, vigente dal 1 giugno 2010. In argomento, A. DRZEMCZEWSKI, sub.art. 46 ,in AA.VV. a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI, G.RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001, 685 e ss.

dagli Stati firmatari - a *riconoscere* i diritti dell'uomo ma un vero e proprio diretto *riconoscimento* degli stessi nel panorama giuridico interno di ognuno di essi.

Ed invero l'attenzione degli Stati europei e, più in generale, dell'ordinamento internazionale alla necessità di consentire un adeguato sistema di riconoscimento e protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali non nasce certo con la Convenzione di Roma del 1950, ma risale alle Dichiarazioni dei diritti che trassero origine dal pensiero illuministico per trovare, poi, una ufficiale proclamazione sui rostri delle due grandi rivoluzioni di fine settecento <sup>(6)</sup>; e, nel secolo addietro, alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo firmata a Parigi nel 1948 dall'Assemblea delle Nazioni Unite.

Senza poter in questa sede apprezzare nel dettaglio le linee evolutive della teorica dei diritti umani e della loro protezione internazionale, si vuol tuttavia sottolineare il fatto che la portata storica ed innovativa del sistema inaugurato dalla Convenzione di Roma non ha trovato eguali neppure nelle Carte successive, quali il Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 a New York -in attuazione (diciotto anni dopo) dei principi acclarati a Parigi- avuto riguardo da un lato al grado di effettività delle disposizioni convenzionali <sup>(7)</sup> e, non da ultimo, agli obblighi di adempimento alle decisioni della Corte cui, in forza degli artt. 41 e 46 del testo convenzionale, gli Stati aderenti sono chiamati ad attenersi, nonché al sistema, oggi definitivamente giurisdizionalizzato <sup>(8)</sup>, del procedimento di accertamento delle violazioni da parte degli Stati membri dei diritti contenuti nella Carta "romana".

---

<sup>(6)</sup> Per una lucida disamina circa l'incidenza delle due rivoluzioni "illuministe" sulla creazione e configurazione delle moderne costituzioni, si rinvia al contributo di M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne, le libertà fondamentali*, Torino, 1995.

<sup>(7)</sup> Analoga forza vincolante non può essere attribuita alla Dichiarazione Universale del 1948, mancando, tra l'altro, gli organi internazionali dotati del potere di garantire il rispetto dell'impegno solennemente assunto dagli Stati membri. Per un commento a riguardo, M. CHIAVARIO, *La Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969.

<sup>(8)</sup> In seguito alla modifica del Protocollo 11 e all'introduzione del Protocollo 14 si è assistito ad una riscrittura dei poteri e delle attribuzioni della Corte sia con riguardo ai suoi rapporti con le altre istituzioni europee, sia con riferimento ai rapporti tra la stessa e gli Stati contraenti. In particolare, alla modifica del Protocollo 11 si deve sia l'abrogazione della Commissione, sia, in conseguenza, un nuovo riparto di competenze: alla Corte spetta il potere di accertare la sussistenza di una violazione oggi anche attraverso il ricorso dei singoli cittadini; al Comitato di monitorare sui meccanismi di salvaguardia di tali diritti come realizzati dallo Stato in seguito alla condanna della Corte, onde verificare l'esatto adempimento dell'obbligo di conformarsi alle sue decisioni come prescritto dal nuovo art. 46 Convenzione.

La stessa legge di ratifica della Cedu, L. 4 agosto 1955, n. 848, nell'affermare che «*piena ed intera esecuzione è data alla Convenzione [...]*» di fatto traspone sul piano interno l'impegno internazionalmente assunto, conferendo alle disposizioni in essa contenute, cittadinanza di diritto nazionale.

Di qui ad una chiara affermazione di supremazia rispetto alla volontà parlamentare, quand'anche espressiva della maggioranza sufficiente alla produzione di una legge di rango ordinario, il percorso è stato lungo e faticoso, dominato da atteggiamenti di grande prudenza, nonostante il fiorire non sporadico di aperture significative nella ricerca di un fondamento costituzionale idoneo a conferire legittimazione al principio della sovraordinazione della Convenzione quanto meno alle fonti di rango primario.

Perlopiù era invalsa l'idea che anche quest'ultima, al pari di qualsiasi Trattato di matrice internazionale, assumesse, sul piano delle fonti di diritto interno, il ruolo e la veste della legge che ne veicolava l'ingresso nell'ordinamento. Quella, dunque, ordinaria, di ratifica<sup>(9)</sup>.

Vero è che, a differenza dei Trattati, come noto, la Convenzione conserva un *quid proprium* che di per sé sarebbe valso sin da subito a fondare la piena legittimità di un diverso accoglimento dei suoi precetti nel nostro sistema. Essa si distingue non solo per l'intrinseco valore assiologico delle sue disposizioni – assimilabile a quello di un *bill of rights*<sup>(10)</sup> –, ma anche per la riconosciuta garanzia ai singoli cittadini del diritto di ricorrere innanzi ad una autorità nazionale in caso di violazione dei suoi precetti nonché innanzi alla Corte Europea e, in conseguenza, per l'obbligo in capo agli Stati di conformarsi alle sue decisioni secondo il percorso tracciato dal combinato disposto degli artt. 1, 13 e 46 Cedu come rinnovato dall'entrata in vigore dei Protocolli n. 11 e n. 14. In fondo, l'aver attribuito alla Convenzione lo *status* di Trattato internazionale *sui generis* ha consentito di riconsiderare la sua collocazione all'interno dell'ordinamento, soprattutto nella

---

<sup>(9)</sup> Secondo la tradizionale impostazione *dualistica* in base alla quale i Trattati internazionali assumono sul piano interno la stessa efficacia dello strumento di ratifica, vale a dire quello di fonte primaria. Si rinvia, per una panoramica, non certo esaustiva della complessa questione, a A. D'ATENA, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Enc. Giur.*, vol I, Roma, 1988, 1 e ss.; A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1961. Per le ricadute sul procedimento penale anche E. AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 851 e ss.

<sup>(10)</sup> Così M. CARTABIA, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in A.A. V.V., a cura di A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 37.

direzione dell'attribuzione di un rilievo *supra* legislativo alla stessa onde scongiurare il rischio di veder assoggettata la trama della tutela internazionale dei diritti a possibili rivisitazioni d'ispirazione contingente (la maggioranza parlamentare del momento), in difesa di una sovranità nazionale perseguita pure al costo, in astratto, di un non puntuale adempimento degli obblighi internazionali, con quel che ne consegue in termini di *deminutio* di effettività delle norme convenzionali. Invero molti giudici di merito si sono confrontati con il sistema delineato dalla Convenzione riconoscendo ai diritti fondamentali dell'uomo operanti in Italia per il tramite dell'adesione alla Cedu, un'efficacia rinforzata fino a disapplicare, all'occorrenza, senza necessità di investire la Corte costituzionale, le norme di diritto interno configgenti con essa <sup>(11)</sup>.

La dottrina internazionalistica si è mossa sul crinale della Carta costituzionale, coinvolgendo talvolta l'art. 10 e l'art. 11 Cost., nonché l'art. 2 Cost.

La nota teoria, risalente a Rolando Quadri, secondo cui ogni Trattato internazionale dovrebbe godere del viatico dell'adattamento automatico di cui all'art. 10, comma 1, Cost. in virtù del principio consuetudinario *pacta sunt servanda* <sup>(12)</sup> (di modo che le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, identificabili con qualsiasi Trattato <sup>(13)</sup>, e, di conseguenza, quelle di adattamento, assumerebbero, per tale via, la collocazione di fonte di rango costituzionale) non ha trovato integrale adesione quanto alla premessa iniziale. Essa, tuttavia non è rimasta completamente isolata. Alcuni Autori <sup>(14)</sup>, infatti, hanno ritenuto che, nella misura in cui la Convenzione contenga principi che possano essere identificati alla stregua di *precetti di carattere consuetudinario generalmente riconosciuti*, gli stessi debbano essere valutati come norme di rango costituzionale. Il nucleo duro delle disposizioni convenzionali, in altre parole, costituisce né più né meno che la traduzione formale di una congerie preesistente di

---

<sup>(11)</sup> L. MONTANARI, *Giudici comuni e corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, in A.A.V.V. a cura di P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENURA, *La corte costituzionale e le corti d'Europa*, Torino, 2003, 130 e ss. e A. GUAZZAROTTI, A. COSSIRI, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo secondo la prassi più recente*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

<sup>(12)</sup> R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Milano, 1968, 64. La ricorda anche M. CARTABIA, *La Convenzione europea*, cit., 38 cui si deve un'acuta disamina delle varie posizioni a riguardo.

<sup>(13)</sup> E non solo con le norme di carattere consuetudinario, come ebbe ad affermare Corte cost., sent. 6 giugno 1989, n. 323, ribadendo il rifiuto di considerare le norme pattizie come rientranti nell'art. 10 Cost.

<sup>(14)</sup> F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994, 68.

disposizioni di ispirazione universale, tali da consentirne un recepimento, per così dire, privilegiato <sup>(15)</sup>.

Di contro all'art. 11 Cost. si è fatto riferimento per sostenere che la Cedu appartiene al novero dei Trattati che *assicurano la pace e la giustizia tra le nazioni* al pari di quelli istitutivi della Comunità Europea e dell'Unione Europea <sup>(16)</sup>, così conferendo loro il primato e l'effetto diretto nel nostro ordinamento con il solo vincolo del rispetto dei c.d. controlimiti. Primato persino sulla Costituzione, salvi i principi inviolabili <sup>(17)</sup>. E' in questa cornice culturale che ha preso forma l'idea, oggi insediatasi con forza tra i sostenitori della c.d. *comunitarizzazione* della Convenzione europea, della sua diretta ed immediata efficacia nel nostro ordinamento, probabile preludio alla teoria della *disapplicazione a livello diffuso* delle norme interne contrastanti con essa, oggi di rinvigorita vitalità sulla scorta della formale adesione, ai sensi dell'art. 6 (2) TFUE, da parte dell'Unione, alla Convenzione europea di Strasburgo <sup>(18)</sup>.

D'altra parte un'ulteriore valvola di apertura è stata rinvenuta nell'art. 2 Cost., il cui catalogo sarebbe esteso fino a comprendere anche i diritti di matrice internazionale contenuti nella Cedu, con il rischio, da taluno paventato, di consentire un trionfale ingresso alle decisioni dei giudici esterni sulla

---

<sup>(15)</sup> Critiche venivano espresse da M. CHIAVARIO, *La convenzione, cit.*, 41, secondo il quale questa tesi, come quella che riconduce la copertura costituzionale della Convenzione all'art. 11 Cost, presta il fianco al rischio di una strumentalizzazione da parte di maggioranze parlamentari non qualificate, che senza alcun limite potrebbero utilizzare lo strumento del Trattato al fine di aggirare garanzie apprestate dal sistema interno per la propria conservazione.

<sup>(16)</sup> P. MORI, *Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, Patto delle Nazioni unite e Costituzione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1983, 306 e ss.

<sup>(17)</sup> Una diversa interpretazione si rinviene in Corte cost., sent. n. 348 e 349 del 2007. «*La convenzione EDU [...] non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale [...] da cui derivano obblighi per gli Stati contraenti ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico in un sistema più vasto dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri.*» Si tratta di una «*giurisprudenza verosimilmente di transizione*» che accantona, senza indulgenza e in maniera poco convincente la teoria del riconoscimento della copertura costituzionale dell'ingresso Cedu ai sensi dell'art. 11 Cost. In questi termini, A. RUGGERI, *La Cedu alla ricerca di una nuova identità*, cit., 1.

<sup>(18)</sup> In tal senso l'adesione alla Convenzione da parte dell'Unione europea potrebbe legittimare interventi di disapplicazione diffusa da parte dei giudici di merito costituendo essa il tassello mancante in difetto del quale pur tuttavia si sono per così dire sperimentate soluzioni in certo senso audaci di vera e propria obliterazione delle norme di diritto interno ritenute incompatibili con quelle convenzionali. Definisce "spregiudicata" la tendenza alla disapplicazione inaugurata dai giudici di merito A. COLELLA, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell'integrazione della Cedu nell'ordinamento italiano*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 52 e ss. Critico sull'emarginazione della Corte costituzionale anche F. DONATI, *La Cedu nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it).

individuazione della esatta dimensione da riconoscere all'elenco suddetto, così che essi possano avere l'ultima parola sulla determinazione dei contenuti dei nuovi diritti <sup>(19)</sup>.

L'atteggiamento autarchico della Corte costituzionale <sup>(20)</sup>, arroccata su posizioni difensive del privilegio sovrano della Carta fondamentale, si è nel tempo manifestata sia mediante iniziali e calibrate prese di distanza dal problema <sup>(21)</sup>, relegando la questione ad un mero confronto di carattere interpretativo tra diverse disposizioni, sia attraverso sporadiche e timide aperture, che tuttavia non si sarebbero tradotte in un riconoscimento immediato del valore primario della Carta europea di Strasburgo <sup>(22)</sup>, fino poi alla dichiarazione, contenuta nella sentenza n. 10 del 1993, di *atipicità* della stessa idonea a conferirle una particolare e fino a quel momento mai acclarata *forza di resistenza* rispetto alle norme successive del codice di procedura penale (ma il discorso ben avrebbe potuto riguardare qualsiasi altra fonte di rango primario) che non prevedevano, in violazione anche dell'art. 6, §3, Cedu, l'obbligo di traduzione nella lingua dello straniero alloggato del decreto di citazione a giudizio <sup>(23)</sup>. Per verità, che la decisione dei primi anni '90 fosse destinata ad apparire più come una svista, l'incidente argomentativo di un *obiter dictum*, che non una rottura netta e definitiva, lo dimostra, in fondo, non tanto la conclusione di rigetto della questione di legittimità costituzionale, né l'omesso approfondimento del concetto di *atipicità*, quanto piuttosto il non aver smentito l'adesione al postulato dominante: le norme dei Trattati internazionali conservano la stessa forza delle leggi ordinarie che le recepiscono.

---

<sup>(19)</sup> In tal senso, M. CARTABIA, *La Convenzione europea*, cit., .40.

<sup>(20)</sup> L'espressione è di A. COLELLA, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa*, cit., 11.

<sup>(21)</sup> Il riferimento è alle sentenze della Consulta, Corte cost 10 marzo 1966, n. 18, nella quale solo incidentalmente a proposito della individuazione del bilanciamento tra libertà di stampa e segreto istruttorio si richiamava la Convenzione europea dei diritti dell'uomo nonché Corte cost., 23 novembre 1967, n. 120 che nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 196, L. 1424 del 1940, che non consentiva agli stranieri di avvalersi della libertà su cauzione ivi prevista, richiamava l'art. 5, § 3, Cedu, ritenendo, la disposizione censurata, pienamente conforme ai principi fatti propri nell'ordinamento internazionale.

<sup>(22)</sup> Il pensiero corre a Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 180, in *Giur. it.*, 1981, 639, che nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 125 e 128 c.p.p. abr nella parte in cui imponevano la difesa d'ufficio all'imputato che rifiutava l'assistenza legale, da un lato sanciva l'impossibilità di assumere le norme convenzionali, nella specie l'art. 6, §3, Cedu, alla stregua di parametro di costituzionalità, essendo queste ultime confinate in un rango puramente ordinario, dall'altra riteneva comunque che la lettura di tale disposizione non consentisse di avallare l'interpretazione fatta propria dai giudici remittenti.

<sup>(23)</sup> Il riferimento è a Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, in *Giur. cost.*, 1993, 67 e ss, con nota di E. LUPO, *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*.

Abbandonato questo itinerario, la Corte si è spinta oltre solo qualche anno più tardi, sperimentando la strada della eterointegrazione delle diverse formule destinate a disciplinare diritti fondamentali, siano esse di matrice nazionale, provengano, al contrario, da atti internazionali. <sup>(24)</sup>

La spinta proveniente dai giudici di merito, tuttavia, si è mostrata sempre più incalzante: basti ricordare il dibattito sorto all'indomani dell'entrata in vigore della legge c.d. *ex Cirielli*. La norma transitoria in essa contenuta, infatti, nel subordinare l'operatività del rinnovato meccanismo prescrittivo alla fase di apertura del dibattito, si poneva in aperto contrasto con il principio del *favor rei* che presiede la retroattività della *lex mitior* ai sensi dell'art. 15, comma 1, Patto internazionale dei diritti civili e politici, dell'art. 6 (2) del Trattato UE (nella versione del Trattato di Lisbona). La questione, ricondotta dalla stessa Corte costituzionale cui era stata rimessa la decisione <sup>(25)</sup> nell'orbita della comparazione con gli sviluppi che il settore della tutela dei diritti umani riceveva anche sul piano internazionale, esprimeva l'idea di quanto fosse ormai capillarmente diffusa la necessità di ripensare il rapporto tra norme interne e internazionali su di un piano diverso, che non si identificasse più con soluzioni di mera integrazione interpretativa o con *vie di fatto* rappresentate da una sostanziale, seppur non ufficiale, equiparazione dei diritti fondamentali di matrice internazionale a quelli costituzionali.

Invertono completamente la rotta le sentenze 348 e 349 del 2007 <sup>(26)</sup>, complice anche la revisione, *medio tempore* intervenuta, del titolo V della Costituzione il cui nuovo art. 117, nell'affermare che «*la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*», mostrava la strada da percorrere per risolvere il dilemma, da un lato, della

---

<sup>(24)</sup> Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388, in *Giust. Civ.*, 2000, 12.

<sup>(25)</sup> Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393 in *Cass. pen.*, 2007, 419, con nota di E. AMBROSETTI, *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*, ivi, 424 e ss., la quale aveva affermato la grande importanza delle norme internazionali nella interpretazione anche delle norme della Costituzione.

<sup>(26)</sup> Citate *supra*. In tale contesto si discuteva della legittimità costituzionale di una legge del 1992 (in particolare dell'art. 5 – *bis* d.l. 11 luglio 1992, n. 333 conv. L. 8 agosto 1992, n. 359) la quale impediva di riconoscere, in caso di esproprio per pubblica utilità, un indennizzo pari a quello del valore di mercato del bene, a fronte di un opposto e monolitico orientamento contrario della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

qualificazione del regime giuridico da assegnare alla Convenzione e, dall'altro, dell'attrazione della stessa nell'ambito del giudizio di costituzionalità.

Ed infatti facendo perno proprio sulla lettera rinnovata dell'art. 117 Cost., la Corte afferma che i Trattati internazionali ricevono oggi una protezione costituzionale che attribuisce loro la capacità di resistenza all'abrogazione successiva pur non consegnandoli automaticamente nell'iperuranio delle norme costituzionali che sono e restano sovraordinate a quelle trasfuse negli impegni internazionali. Dunque la Cedu, al pari evidentemente di ogni altro Trattato, e a prescindere dal contenuto di esso, acquista una forza maggiore di quella della legge che l'ha introdotta nell'ordinamento che le consente di resistere indenne ad interventi legislativi successivi contrastanti con essa e, d'altro canto, entra a far parte del giudizio di legittimità costituzionale fungendo da *parametro interposto*. La violazione della norma europea pertanto potrà costituire oggetto di un giudizio di costituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost. <sup>(27)</sup>. Il che significa sottrarre ai giudici ordinari lo strumento della *disapplicazione* quale immediata risposta al *vulnus* accertato al diritto fondamentale invocato. La protezione dei diritti di matrice internazionale viene assegnata al controllo centralizzato della Corte costituzionale in una dimensione nella quale il singolo giudice partecipa di rimando, quale arbitro della fondatezza della questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. E' con estrema chiarezza che la Corte esclude che, al pari del diritto comunitario, l'applicazione della Cedu possa giovare di un controllo di convenzionalità diffuso da parte dei giudici nazionali se non nei termini di una doverosa interpretazione adeguatrice, ma non in quelli di una disapplicazione <sup>(28)</sup>. Il timore, si intuisce, è quello di favorire il sorgere risposte

---

<sup>(27)</sup> Ritiene che in tal modo si sia realizzata una virtuosa delimitazione degli spazi di intervento tra Corte costituzionale e Corte europea, M. SALVADORI, *L'applicazione della Convenzione europea e l'integrazione dei processi interpretativi*, in A.A. V.V. a cura di R. GAMBINI, M. SALVADORI, *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, ESI, 2009, 29, la quale ritiene che, laddove il giudice di merito non sia in grado di risolvere in via interpretativa la dedotta incompatibilità tra la norma interna ed internazionale, potrà stimolare l'intervento della Corte costituzionale, il cui ruolo sarà per l'appunto quello di « giudice della libertà e dei diritti fondamentali in quanto giudice delle leggi» contrariamente alla Corte europea, « giudice delle libertà e dei diritti fondamentali in quanto giudice dei comportamenti concreti».

<sup>(28)</sup> In proposito, le parole della sentenza 349: «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale», cfr .6.2 del considerato in diritto. La Consulta ritiene pertanto inutilizzabile il riferimento all'art. 11 Cost., che consentirebbe quel controllo di convenzionalità a livello diffuso tipico delle norme comunitarie. In dottrina, per una opinione contraria, G. CATALDI, *La natura self-executing delle norme della CEDU e l'applicazione delle*

disomogenee e rapsodiche in un settore, quello dei diritti umani, che più di ogni altro necessita di soluzioni omogenee e di decisioni improntate ad uniformità <sup>(29)</sup>. E, non da ultimo, quello di consentire agli organi esterni, quali la Corte europea dei diritti dell'uomo, di *sostituirsi* alla Corte costituzionale nella censura dei precetti legislativi lesivi dei diritti proclamati dalla Carta di Roma. In particolare, laddove si consentisse al singolo magistrato di poter disapplicare la norma di diritto interno in caso di insuperabile contrasto con il principio fatto proprio dalla Convenzione europea e dall'interpretazione che di essa ne abbia fornito la Corte (è la stessa Consulta ad aver, come vedremo, inserito nel contenitore del parametro interposto anche le decisioni dei giudici che costituiscono il diritto vivente in cui si attualizza il principio astrattamente fatto proprio nel testo convenzionale) si aprirebbe una via di accesso, questa se non consentita, alle istituzioni internazionali non tanto per la possibilità, in fondo non remota – si pensi al caso *Sejdovic c. Italia* <sup>(30)</sup> - di una vera e propria interferenza sulle scelte legislative interne, quanto perché la stessa avverrebbe per il tramite dell'azione dei singoli magistrati a discapito della ricerca di soluzioni unanimi e, in fondo, della stessa sovranità del legislatore eletto.

Eppure basta scorrere la Relazione al Parlamento del 2007, resa ai sensi della legge 9 gennaio 2006 n. 12 <sup>(31)</sup> per rendersi conto della scarsa longevità dei principi delle decisioni 348 e 349 <sup>(32)</sup>. Nel riferire alle Camere circa lo stato

---

*sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in A.A. V.V. a cura di A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO, *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova, 2010, 573, il quale ritiene che la disapplicazione delle norme interne incompatibili con la Cedu possa senz'altro coesistere con il controllo di costituzionalità della Corte costituzionale che può essere sollecitato solo in casi particolari, e cioè allorché il contrasto tra norma interna e Cedu abbia carattere "sistemico", sia perciò effetto di un difetto di carattere strutturale. In tali casi, per l'A., in assenza di un intervento del legislatore, la Corte si pronuncia con una sentenza di annullamento cd "additiva". In questa prospettiva si ritiene dunque che il controllo di *convenzionalità* diffuso non costituisca un aggiramento del controllo di costituzionalità, operando entrambi su piani diversi.

<sup>(29)</sup> Ciò non significa neutralizzare il contributo dei singoli giudici – si pensi alla famosa pronuncia a Sezioni Unite della Corte di legittimità (Cass. pen., Sez. un., *Polo Castro*, 23 novembre 1988- 8 maggio 1989, in *Cass. pen.*, 1989, 1418) che riconobbe valore di norma *self executing* alla Convenzione, in particolare all'art. 5, §4, conferendo al singolo giudice il compito di accertare se vi sia stata violazione di un diritto applicando direttamente i precetti della Cedu anche al caso specifico.

<sup>(30)</sup> Che impose al legislatore nazionale di rivedere la disciplina dei procedimenti *in absentia* con il d.l. 21 febbraio 2005, n.17, conv. in l. 22 aprile 2005, n. 60.

<sup>(31)</sup> Che come noto attribuisce al presidente del Consiglio dei Ministri un ruolo fondamentale di controllo sull'esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.

<sup>(32)</sup> Nonostante la Corte, come vedremo *infra*, non abbia ancora mostrato alcuna intenzione di discostarsi dall'orientamento espresso nel 2007. In dottrina ritiene non definitiva la strada tracciata dalla Corte con le sentenze gemelle 348 e 349 del 2007, M. PEDRAZZI, *La CEDU nell'ordinamento italiano*, in A.A.V.V. a cura di A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO, *La tutela dei diritti umani in Europa*, cit., 607 e ss, anche in relazione all'atteggiamento ondovago

dell'adesione alle pronunce della Corte europea, anche in base alla citata Raccomandazione n. 6/2004 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, viene posto l'accento, al capitolo II, proprio sugli effetti della c.d. *comunitarizzazione* dei principi Cedu. L'impressione che se ne trae è che l'ottimismo che ha fatto da cornice all'adesione dell'Unione alla Convenzione, propagandata come indispensabile traguardo nella valorizzazione della condivisione degli strumenti di intervento a livello europeo, abbia celato i numerosi profili di criticità che una siffatta scelta può determinare sul piano interno. In particolare, essi riguardano non tanto l'individuazione del parametro costituzionale chiamato a "coprire" la supremazia alla legge ordinaria e, finanche, alla Costituzione (laddove si evochi, come si pensa, l'art. 11 Cost.) della Convenzione "*comunitarizzata*", ma soprattutto la moltiplicazione dei centri di tutela, la cui sovrapposizione, se non armonica, rischia di compromettere e non di potenziare la tutela dei diritti fondamentali. In tal modo non solo verrebbe squalificato il divieto di *disapplicazione* a livello diffuso fatto proprio dalla Corte costituzionale, ma si finirebbe con l'assegnare alla Corte di Giustizia un ruolo attivo nella attuazione dei principi derivanti dalla Convenzione europea.

### 3. LA FUNZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E LA RINNOVATA FISIONOMIA DELL'OBBLIGO DI CONFORMARSI.

Uno dei passaggi argomentativi maggiormente significativi delle sentenze gemelle del 2007 ha riguardato proprio il valore da assegnare alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo. Esse vengono, al pari della fonte su cui si fondano, ad assumere la veste del *parametro di costituzionalità interposto*. Una legge nazionale potrebbe essere incostituzionale, per violazione dell'art. 117 Cost., qualora, guardata sotto la lente d'ingrandimento degli arresti di Strasburgo, risulti impossibile consentirne un'interpretazione conforme ad essi. Pertanto le sentenze dei giudici della Corte europea non costituiscono più soltanto un vincolo autorevole destinato ad agire unicamente sul piano interpretativo – al pari del resto delle pronunce della Corte di legittimità, la cui autorevolezza non determina obblighi assoluti di allineamento in capo ai giudici, ma solo di motivazione delle ragioni

---

mostrato dalla giurisprudenza di merito in relazione all'individuazione del ruolo – di parametro interposto o di norma *self executing* - da assegnare alla Convenzione.

della dissonanza – ma divengono esse stesse legge. Conseguente l’obbligo di soggezione costituzionalmente imposto dall’ art. 101, comma 2, in capo ai singoli magistrati.

Su un fronte attiguo si colloca l’ulteriore questione della rilevanza delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo non tanto sotto il profilo della loro attitudine a diventare *paranormative*, quanto sotto il diverso ma non meno impegnativo compito di direzione dalle stesse assunto. A tal proposito si è assistito ad un vero e proprio mutamento di prospettiva: i *dicta* di Strasburgo oggi impegnano in modo più cogente lo Stato che abbia violato la Convenzione <sup>(33)</sup>. Il dovere di conformarsi che proviene direttamente dalla Carta di Roma assume sempre meno la tradizionale fisionomia di una obbligazione di risultato – con ampia autonomia nella scelta dei mezzi da intraprendere – finendo con il somigliare sempre di più ad un’obbligazione di mezzo. E’ la stessa Corte spesso ad indicare nei suoi dispositivi di condanna quali strumenti dovrebbero essere adottati per riparare alla violazione provocata. Al Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, secondo il più volte ricordato schema tracciato dal nuovo art. 46 Cedu, spetta il compito di controllare che la soluzione adottata nel caso concreto sia effettivamente idonea a riparare alla lesione provocata. Allo Stato pertanto resta un margine decisamente minimo di discrezionalità in ordine alla scelta del tipo di rimedio da predisporre, sovente incalzato dai solleciti provenienti dallo stesso Comitato. L’obiettivo è conseguire, ove possibile, una *restitutio in integrum* o comunque un rimedio che passi attraverso una riedizione del processo concluso con la decisione censurata a Strasburgo.

Il sistema delineato dalla Convenzione, anche in seguito alla modifica del Protocollo 11 che ha introdotto un nuovo riparto di competenze tra Corte europea e Comitato (abolendo la Commissione e giurisdizionalizzando il processo di accertamento delle violazioni), oggi ulteriormente arricchito dalle novità introdotte in seguito alla entrata in vigore della L. 15 dicembre 2005, n. 280 che ha reso

---

<sup>(33)</sup> «Non è più ormai da revocare in dubbio che sia patrimonio comune della scienza giuridica, della giurisprudenza costituzionale e di legittimità la “forza vincolante” delle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell’uomo, sancita dall’art. 46 della Convenzione, là dove prevede che le Parti Contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti e poi ancora che per realizzare tale risultato la “sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l’esecuzione”», Così Cass. pen., sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807, *Drassich*, in *Cass. pen.*, 2009, 1457 con nota di M. CAIANIELLO, *La riapertura del processo ai sensi dell’art. 625- bis c.p.p.a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell’Uomo*, ivi, 1465 e ss, nell’incipit del *considerato in diritto*.

esecutivo il Protocollo 14 ( in vigore dal 1 giugno 2010) cui si deve un significativo potenziamento della incisività delle sentenze di Strasburgo <sup>(34)</sup>, è stato nel tempo arricchito in via interpretativa <sup>(35)</sup>. A ben guardare infatti l'art. 46 Cedu nell'imporre ai singoli Stati l'obbligo di dare esecuzione alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono Parti aggiungendo, al comma 2, che la sentenza definitiva è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione <sup>(36)</sup> delinea una situazione articolata nella quale tutto sommato non sembra cogliersi nell'immediato l'esatto significato che è andato assumendo l'obbligo di conformarsi sia nella giurisprudenza della Corte sia nelle Risoluzioni del Comitato. Ed infatti la norma citata descrive un percorso che si snoda lungo tre diversi passaggi: *i*) il primo, gli Stati obbligati a conformarsi alla decisione sono quelli che hanno partecipato al giudizio per l'accertamento della violazione (dunque sembra apparentemente esclusa l'efficacia *erga omnes* della decisione); *ii*) il Comitato viene investito del compito di monitorare che la decisione abbia avuto effetti nell'ordinamento interno (il che sembra escludere che le decisioni siano dotate di esecutorietà negli ordinamenti nazionali); *iii*) infine le stesse hanno effetti solo dichiarativi non potendo annullare l'atto (sia esso di carattere legislativo, amministrativo o giudiziario) che ha prodotto la violazione, pur potendo, ai sensi dell'art. 41 Cedu, provvedere la Corte a condannare lo Stato a rifondere alla vittima della violazione un'equa soddisfazione monetaria.

Se il sistema delineato dal testo convenzionale esprime la scelta di non intaccare la sovranità delle Parti contraenti nella predisposizione dei mezzi idonei a conformarsi alle prescrizioni impartite a Strasburgo e se, in linea con questo orientamento, la Corte ha sempre aderito con grande rispetto al principio in parola pur mostrando una notevole sensibilità nel favorire l'insorgere di uno scenario

---

<sup>(34)</sup> Per una attenta riflessione circa i riflessi sul processo penale delle modifiche intervenute a Strasburgo con particolare riguardo anche alla tematica della incidenza delle decisioni europee sul panorama giurisprudenziale interno si rinvia alle recenti analisi di G. UBERTIS, *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra Cedu e Trattato di Lisbona*, in *Cass pen.*, 2010, 2494 e ss, nonché ID., *La corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 371 e ss.

<sup>(35)</sup> Ciò anche in considerazione del fatto che la disposizione non precisa in che cosa consista specificamente l'obbligo di conformarsi, lasciando agli Stati la ricerca del mezzo più opportuno. In realtà dalla Corte sempre più spesso provengono indicazioni molto puntuali anche sui rimedi da approntare nei casi specifici sottoposti alla sua attenzione. In argomento, nella pur ampia letteratura a riguardo, per una panoramica generale delle questioni sul tappeto, cfr. R. DE CARIA, *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L'obbligo per gli Stati di «conformarsi alle sentenze definitive della Corte Edu nella prospettiva italiana*, in *Giur. Cost.*, 2009, 2191 e ss.

<sup>(36)</sup> Per un commento si rinvia alle pagine di A. DRZAMCZAWSKY, *sub art. 46, cit.*, 685 e ss.

interpretativo uniforme per ognuno degli Stati contraenti <sup>(37)</sup>, negli ultimi anni, come anticipato, complice la diffusione di una richiesta esponenziale di giustizia da parte di singoli ricorrenti nel nuovo sistema delineato dal Protocollo 11, i giudici di Strasburgo hanno cominciato ad occuparsi in modo più penetrante non solo della verifica della violazione, ma anche delle modalità che dovrebbero essere realizzate dal singolo Stato per ripristinare la situazione in cui si trovava il ricorrente prima di subire la lesione del diritto convenzionalmente protetto. In tal modo la Corte sembra di gran lunga preferire, modulando le sue richieste di intervento in relazione alla tipologia della violazione riscontrata, soluzioni più incisive di quelle rappresentate dall'equa soddisfazione quali, quando possibile, quelle che consentano una integrale *restitutio in integrum* <sup>(38)</sup>. Non solo, ma allorché la violazione dipenda da una carenza di carattere strutturale, compito della Corte è quello di suggerire le modalità attraverso le quali, da una parte si consente la riparazione del torto inflitto nel caso concreto, dall'altra si evita che lo stesso possa nuovamente ripetersi in situazioni analoghe.

Emblematica inaugurazione di questo segnale di cambiamento, la sentenza che ha deciso il caso *Broniowski v. Polland* <sup>(39)</sup>. La Corte si è spinta, anche sulla scorta dell'invito proveniente dal Comitato dei Ministri con la Risoluzione n. 3/2004, fino al punto di prescrivere nel dispositivo l'adozione di adeguate misure per allineare l'ordinamento polacco ai parametri convenzionali.

Efficaci *resitutiones in integrum* sono state considerate dal Comitato sia il riesame del caso sia la riapertura del processo nel quale viene a consumarsi l'infrazione <sup>(40)</sup>.

---

<sup>(37)</sup> Cfr Corte EDU, 13 giugno 1979, *Marecx v. Belgio*, la quale espressamente riconosceva la capacità delle proprie decisioni a produrre effetti capaci di estendersi al di là dei confini del *case law*.

<sup>(38)</sup> Lo Stato che abbia violato la Convenzione o uno dei suoi protocolli «è chiamato non solo a versare agli interessati le somme assegnate a titolo di equa soddisfazione, ma anche scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure generali e/o all'occorrenza, individuali da adottare nell'ordinamento giuridico interno al fine di porre termine alla violazione contestata dalla Corte e di rimuovere per quanto possibile le conseguenze», Corte EDU, 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta v. Italia*, § 249.

<sup>(39)</sup> Corte EDU, 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*, cit.

<sup>(40)</sup> Nell'«*expose de motifs concernant la Recommendation n. R (2000) 2 du Comité des Minisrtes aux Etats membre sur la réexamen ou réouverture de certaines affaires au niveau interne suite des arrest de la Cour européenne des droits de l'homme*», il Comitato precisa che il riesame riguarda la situazione in cui il caso sia riconsiderato da una autorità amministrativa, la riapertura, invece, presuppone l'intervento dell'autorità giudiziaria. Per una disamina completa si rinvia ai contributi di A. SACCUCCI, *La riapertura del processo penale quale misura individuale per ottemperare alle sentenze della Corte europea*, in AA.VV a cura di R. KOSTORIS., A. BALSAMO, ,

Il nostro ordinamento appartiene alla schiera di quegli Stati che hanno optato, per il momento, nonostante la predisposizione di disegni di legge non ancora attuati, per adempimenti di carattere ermeneutico affidati alla soluzione giurisprudenziale del singolo caso, destinata, per sua natura, a ricoprire unicamente la funzione di orientamento, senza poter assurgere a *precedente* alla maniera degli ordinamenti caratterizzati dall'attuazione della regola dello *stare decisis*. E così la nostra giurisprudenza di merito – sempre più sensibile a riconoscere la supremazia del giudicato europeo su quello interno – e la giurisprudenza di legittimità si sono cimentate nella individuazione di risposte specifiche: dalla necessità di riapertura dei termini <sup>(41)</sup>, a quella della declaratoria di ineseguibilità del giudicato <sup>(42)</sup>, fino ad affermare la necessità di ricorrere ad una interpretazione analogica dell'istituto del ricorso straordinario per errore materiale ovvero di fatto di cui all'art. 625 – *bis* c.p.p. in un caso in cui la violazione del giusto processo si era consumata proprio in Cassazione, allorché, in violazione dell'art. 521 c.p.p. si era proceduto ad una diversa qualificazione dei fatti, senza munire al contempo il ricorrente di adeguati mezzi di difesa <sup>(43)</sup>.

L'inadeguatezza del nostro sistema ad approntare un rimedio *lato sensu* restitutorio alla vittima di una violazione delle regole imposte dalla Convenzione si è mostrata in tutta la sua franchezza nell'ambito del processo penale, in particolare

---

*Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino 2008, 81 e ss e di G. UBERTIS, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, ivi, 99 e ss.

<sup>(41)</sup> Cass. pen., sez. VI, 2006 *Somogyi*, cit.

<sup>(42)</sup> Cass. Sez. I, 1 dicembre 2006, n. 6023, *Dorigo*.

<sup>(43)</sup> Cass. pen., Sez. VI, 11 dicembre 2008, *Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, 2291 e ss. Molto interessante, da questo punto di vista anche la recentissima sentenza conclusiva del c.d. caso Scoppola, *cfr.* Cass. pen., sez. V, 11 febbraio-28 aprile 2010, n. 16507, in *Cass. pen.*, 2010, 3389. La questione, per vero estremamente complicata, trae origine da una vicenda giudiziaria che vedeva coinvolto il ricorrente per rispondere dei reati di omicidio, tentato omicidio, maltrattamenti in famiglia, possesso illegale di arma da fuoco. Giudicato con rito abbreviato da parte del Gup del Tribunale di Roma, il 24 novembre 2000, veniva condannato, in forza della scelta del rito alla pena di 30 anni di reclusione. Intervenuto, in quello stesso giorno, il d.l. 341 del 2000 il cui art. 7 stabiliva che in caso di reato continuato si dovesse, nonostante la scelta del rito, condannare all'ergastolo, l'imputato subiva in appello il conseguente inasprimento di pena. La Grande Camera della Corte europea, in seguito al ricorso presentato dallo Scoppola, decideva, l'11 settembre 2009, per la condanna dello Stato italiano per violazione degli artt. 6 e 7 Cedu, intimando la sostituzione della pena dell'ergastolo con una pena non superiore a quella di anni trenta. La censura per l'appunto atteneva alla impossibilità di applicare retroattivamente la disposizione rinnovata dell'art. 442 c.p.p. entrata in vigore dopo la commissione dei fatti. Proclamata ufficialmente la condanna dell'Italia, la sentenza di legittimità citata si segnala in relazione allo strumento utilizzato in funzione riparatoria. Adita ai sensi dell'art. 625- *bis* c.p.p., La Corte di cassazione ha ritenuto possibile, previo annullamento parziale della sentenza di condanna definitiva rideterminare essa stessa la pena, senza rinvio al giudice dell'esecuzione, in ossequio al principio di economia dei mezzi processuali e al precetto costituzionale della durata ragionevole del processo.

quando esso sia stato celebrato in spregio ai principi del *fair trial* sanciti dall'art. 6 Cedu<sup>(44)</sup>.

Ed infatti, in caso di condanna da parte della Corte europea dei diritti umani per violazione delle regole del giusto processo, il nostro ordinamento non offre sulla carta alcun rimedio effettivo di carattere restitutorio. Resta salva naturalmente l'*equa soddisfazione* di cui all'art. 41 Cedu che, tuttavia, in casi del genere, è stata comprensibilmente considerata inadeguata dalla stessa Corte europea. Non solo. Al problema della predisposizione di formule di ristoro soddisfacenti nei confronti della vittima della violazione si affianca quello, non meno importante, della individuazione del destino, sotto il profilo degli effetti giuridici, di una decisione passata in giudicato. In tal caso, infatti, ancorché sia stato accertato il mancato rispetto dei diritti fondamentali nel contesto di un procedimento poi culminato nella consacrazione di una decisione, per ciò stesso, ingiusta, le disposizioni in essa contenute risultano ancora idonee a produrre conseguenze dirette nella sfera giuridica del condannato perché munite di quella autorità che, se non fosse d'ostacolo proprio l'impegno assunto da parte dell'Italia a dare esecuzione alle sentenze della Corte di Strasburgo, sarebbe idonea a sanare, neutralizzandoli, i vizi che hanno contagiato l'intera procedura o parte di essa. Basta volgere lo sguardo alle dinamiche interne degli ultimi anni per apprezzare l'enorme difficoltà che i nostri giudici hanno incontrato nell'individuare un punto di equilibrio tra obbligo internazionale e salvaguardia degli effetti di una decisione definitiva, costretti a muoversi entro lo spazio delimitato da un duplice imperativo: il primo - che sorge direttamente dal sistema delineato dalla Convenzione, in particolare dal combinato disposto degli art. 19, 41 e 46 Cedu- si traduce nel doveroso impegno di conformarsi al *dictum* della Corte eliminando tempestivamente le conseguenze pregiudizievoli della verificata violazione; l'altro, conseguente, si misura nel rapporto con il cittadino, al quale non può essere negato il diritto alla riparazione sotto la forma di un'equa soddisfazione economica ovvero di una *restituito in*

---

<sup>(44)</sup> Molto discussa la questione sollevata dal famoso "caso Dorigo" e molto criticata la soluzione adottata dalla Corte di Cassazione. In quella occasione lungi dal risolvere l'annoso conflitto tra validità del giudicato interno e vincolatività delle decisioni emesse a Strasburgo, i giudici di legittimità hanno scelto di imboccare la strada intermedia della non eseguibilità della sentenza definitiva italiana. In tal modo si è preferito assegnare al giudice dell'esecuzione il compito di predisporre una *restitutio sui generis*, e cioè di dichiarare a norma dell'art. 670 c.p.p. l'*ineseguibilità* del giudicato in luogo di una, non prevista dall'ordinamento, riapertura o revisione del processo.

*integrum* diretta a ristabilire il diritto violato attraverso il riesame del caso o attraverso la riapertura del processo, ancorché in spregio al principio dell'immutabilità di una sentenza definitiva, che pure, nondimeno esiste e con la quale il giudice è inevitabilmente chiamato a confrontarsi <sup>(45)</sup>.

Del resto, il diritto alla rinnovazione di un giudizio di cui sia stata accertata la non equità secondo i parametri convenzionali si pone necessariamente in insuperabile contrasto con il principio della intangibilità del giudicato. E' la stessa dinamica processuale, già nella definizione delle battute iniziali di impulso del giudizio innanzi alla Corte di Strasburgo, a confermare tale assunto.

Secondo l'art. 35 Cedu, infatti, costituisce condizione di inammissibilità dell'atto introduttivo il difetto del requisito del previo esaurimento delle vie di ricorso interne. La tutela invocata innanzi alla Corte infatti può intervenire solo quale ultima *ratio* allorché nello Stato non appaia più possibile ottenere una rettifica della situazione che ha provocato la lesione del diritto. In altre parole assumere quale necessitata condizione di procedibilità il previo esaurimento delle vie di ricorso interne significa che la Corte è chiamata a valutare l'esistenza di una violazione solo nel caso in cui la stessa, qualora sia stata perpetrata nel contesto di un procedimento penale, abbia trovato il suo epilogo in una sentenza definitiva.

Tale circostanza non opera nella diversa ipotesi di decisione assunta nel contesto del procedimento incidentale *de libertate*, rispetto al quale, tra l'altro, la decisione, anche quando venga ad essere dotata di una certa stabilità, non assume, per sua natura, il crisma della immutabilità tipico del giudicato penale. Il requisito di procedibilità di cui all'art. 35 Cedu è destinato, specie in situazioni continue – come quelle che riguardano una misura cautelare protrattasi per un tempo eccessivo – ad essere notevolmente temperato, tanto che in tale caso è la stessa Corte ad aver affermato che i ricorsi interni debbono ritenersi esauriti già al momento della prima decisione che si ritiene lesiva del diritto <sup>(46)</sup>.

---

<sup>(45)</sup> In questi termini si è espressa la Cassazione con la sentenza emessa nel caso *Somogyi*, sez. I, 12 luglio 2006, n. 32678, che tuttavia, come riconosciuto dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa - che pure ne aveva con favore esaltato il significato di inversione di rotta nel perdurante grave inadempimento delle nostre istituzioni a riconoscere adeguati strumenti di *restitutio in integrum*- restava limitata ai casi di sentenze pronunciate nel contesto di procedimenti *in absentia* senza potersi estendere ad ulteriori possibili casi di violazione dell'art. 6 Cedu occasionati da diverse patologie procedurali. *Cfr.* Risoluzione 19 ottobre 2006.

<sup>(46)</sup> Corte EDU, *Neumeister v. Austria*, Serie A, n. 8, § 7 e *Stogmüller v. Austria*, Serie A, n. 9 § 11-12.

Questa differenza si apprezza non solo, come è ovvio, per quanto riguarda gli effetti di ripristino (che in tal caso si traducono, necessariamente, solo e soltanto in una remissione in libertà del detenuto), ma altresì per quanto riguarda il diverso ruolo assegnato nel nostro ordinamento al giudicato cautelare rispetto a quello penale. La lesione perpetrata nel contesto di una procedura incidentale si presta, infatti, a soluzioni di più facile adattamento con i meccanismi del diritto interno.

Ciò dipende dal fatto che il c.d. giudicato cautelare, che altro non è che una invenzione di estrazione giurisprudenziale, ha una portata ed un effetto indubbiamente diversi rispetto al giudicato penale. Oggi, nonostante iniziali prese di posizione estremamente rigide della giurisprudenza e tali da ritenere avvinta da una sorta di intangibilità, seppur non definitiva, anche l'ordinanza cautelare non impugnata – rivedibile solo in presenza di fatti nuovi sopravvenuti <sup>(47)</sup>- si ritiene per lo più che la preclusione si formi solo in presenza di una impugnazione ed attenga unicamente alle questioni dedotte ma non deducibili <sup>(48)</sup>. Di tal che, una pronuncia della Corte europea che accerti la violazione dell'art 5 Cedu e dichiari l'illegittimità del titolo detentivo ben facilmente trova accoglimento nel nostro ordinamento attraverso una pronuncia di immediata declaratoria di liberazione dell'indagato ancora *in vinculis*, non impegnando lo Stato nella ricerca di particolari sforzi di armonizzazione con l'impianto normativo destinato ad ospitare la decisione della Corte europea.

A tal proposito vale la pena sottolineare come gli organi di Strasburgo abbiano considerato non sufficiente il ricorso per cassazione cautelare ad integrare la clausola del previo esaurimento dei ricorsi interni così sgombrando il campo dalle eccezioni a riguardo formulate dal Governo italiano. Nel valutare la durata della privazione della libertà *pendente iudicio* i giudici di Strasburgo hanno preso in considerazione vari fattori, tra cui il tempo trascorso dall'iniziale privazione di libertà nonché la diligenza mostrata dalle autorità interne nella conduzione del procedimento. Se la disamina della Corte di legittimità può dirigersi a considerare la rilevanza del tempo – seppur mai, come vedremo, in via autonoma – mediante l'applicazione delle regole del codice di rito, di certo essa non si preoccupa, stante il persistente rifiuto di attribuire immediata precettività all'art. 5, §3, Cedu, di

---

<sup>(47)</sup> Così Cass. pen. Sez. Un., 12 ottobre 1993, *Durante*, in *Cass. Pen.*, 1994, 283 e Cass. pen., Sez. Un., 21 luglio 1993, *Dell'Olmo*, in *Cass. Pen.* 1994, 36.

<sup>(48)</sup> Per una disamina, P.TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, Milano, 2007, 383-384.

considerare se nei casi sottoposti al suo scrutinio, vi siano stati ritardi dipendenti da una mancanza di diligenza da parte delle autorità nella conduzione del procedimento, trattandosi di prospettiva estranea al nostro sistema cautelare. Non solo, ma segnalando anche i limiti di tutela derivanti dalla mancanza di garanzia che il giudizio di cassazione giunga in tempi certi, la Corte ha finito per ritenere ricevibile *ex art. 35 Cedu* il ricorso ad essa proposto dopo il solo riesame<sup>(49)</sup>.

Diversamente, nel caso in cui il titolo detentivo trovi ragione in una sentenza di condanna emessa all'esito di un processo *non equitabile*, si pongono delicati problemi di coordinamento che in fondo sintetizzano la ricordata strutturale inconciliabilità tra la necessità di assicurare pienezza di effetti al giudicato formatosi sul piano interno e, al contempo, di garantire immediata ed efficace esecuzione agli obblighi impartiti dalla Corte europea, la quale, dal canto suo, ha già implicitamente risolto la questione della priorità della sua decisione rispetto al giudicato lesivo del diritto fatto valere. Perdurante l'inerzia del legislatore, non desta eccessivo biasimo la soluzione pretoria della giurisprudenza incaricata di aggiornare, mediante una lettura talvolta ardita, non solo le tradizionali funzioni del giudicato interno ma persino quelle dei mezzi di impugnazione straordinari, quali la revisione e il ricorso straordinario per errore di fatto, costituendo questi ultimi sul piano normativo gli unici istituti astrattamente in grado, alla presenza di determinati presupposti, di paralizzare gli effetti del giudicato.

Pur tuttavia, sia la revisione sia il ricorso straordinario per errore di fatto non conferiscono adeguata copertura alle decisioni della Corte europea.

Ed infatti proprio la tassatività dei casi di revisione e l'omessa previsione nel catalogo di cui all'art. 630 c.p.p. di una ipotesi di riapertura del processo in presenza di una accertata violazione da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo, sono alla base della soluzione compromissoria del caso Dorigo e della creazione giurisprudenziale del principio di *non eseguibilità* del giudicato. In quel caso<sup>(50)</sup>, infatti, alla Corte di legittimità, investita di un ricorso avverso una

---

<sup>(49)</sup> Cfr. Corte EDU, 8 gennaio 2004, *Sardinas Albo c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2004, 4263, con nota di A. TAMINETTI, *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*, *ivi*, 4265. Per un'analisi diretta a segnalare i noti *deficit* di efficienza dei ricorsi per cassazione *de libertate*, T. RAFARACI, *Le garanzie del procedimento de libertate*, in A.A.V.V. a cura di A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 271 e ss.

<sup>(50)</sup> Non l'unico che ha riguardato il Dorigo. Contemporaneamente veniva promosso dallo stesso un ricorso per revisione ai sensi dell'art. 630 c.p.p. innanzi alla Corte di appello di Bologna,

ordinanza di inammissibilità di un incidente di esecuzione di cui all'art. 670 c.p.p. promosso dal pubblico ministero innanzi alla Corte di appello di Udine, in seguito alla condanna emessa dalla Corte Edu per violazione dei principi di cui all'art. 6, par. 1 e 3 lett. d), non restava altra soluzione di quella della declaratoria di ineseguibilità del giudicato. Di qui l'immediata liberazione del detenuto, senza riesame del caso o riapertura del processo, come avrebbero invece preteso gli organi di Strasburgo.

Vero è che il silenzio quasi pressoché assoluto del legislatore nonché i continui rimproveri provenienti dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa<sup>(51)</sup> hanno inevitabilmente trasferito sul fronte giudiziario quell'obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea che solo il Parlamento, in taluni casi, dovrebbe e potrebbe onorare con un apposito intervento legislativo. Non vi è dubbio che la pienezza effettiva della tutela dei diritti umani che si attua per il tramite del riconoscimento del diritto, in capo ad ogni cittadino appartenente ad uno Stato contraente, di adire una corte internazionale in sua tutela, finisca col risultare deficitario finché non venga assicurata una immediata effettività alle pronunce di quell'organo, anche al costo di una limitazione della sovranità statale che si esprime attraverso il principio dell'intangibilità del giudicato. In questi termini, allo stato della legislazione attuale, l'unico rimedio idoneo a paralizzare gli effetti dello stesso e a favorire la soluzione della riapertura del processo attuando l'obbligo di adempiere alle decisioni degli organi di Strasburgo mediante la *restituito in integrum*, è costituito dall'ampliamento del catalogo dei casi, tassativi, in cui è consentita la revisione del processo<sup>(52)</sup>. Ed infatti, al cospetto di un

---

nel quale, tra l'altro, si prospettava una questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede, tra i casi tassativi che consentono la revisione, proprio quello della sentenza di condanna emessa dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo.

<sup>(51)</sup> Si pensi infatti che il caso Dorigo nasce da molto lontano e cioè da quando nel settembre del 1998 la Commissione Europea dei diritti dell'Uomo aveva accertato la violazione da parte dell'Italia dell'art. 6, par. 1 e 3 lett. d) Cedu, essendo stato condannato il Dorigo sulla base di dichiarazioni rese unilateralmente da soggetti poi sottrattisi al contraddittorio secondo lo schema dell'allora vigente art. 513 c.p.p. Di seguito, deferito il caso al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, lo stesso nella soluzione DH (99) 258 del 15 aprile 1999 aveva confermato l'esistenza di siffatta violazione. I governi italiani *medio tempore* succedutisi si sono mostrati gravemente inadempienti fino ad obbligare il Comitato, dopo sei anni di perdurante inadempimento, ad intraprendere la strada di numerose risoluzioni interinali che di fatto obbligavano l'Italia a dotarsi di strumenti legislativi adeguati a consentire al riapertura di quel processo.

<sup>(52)</sup> Contra, A. BALSAMO, *La Cassazione e il caso Dorigo: nuovi orizzonti della giurisdizione penale nella tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1080, secondo il quale l'istituto della revisione comporterebbe una sensibile restrizione della possibilità, per le parti, di esprimere a tutto le campo le loro strategie probatorie. Egli suggerisce l'alternativa di consentire al giudice dell'esecuzione adito ai sensi dell'art. 670

giudicato ingiusto, conclusivo di un simulacro di processo, una soluzione come quella della Cassazione che miri a conservarne sulla carta l'autorità, salvo poi smentire l'assolutezza di tale assunto ricorrendo ad un non ben definito concetto di *ineseguibilità*, rappresenta, sul piano giuridico, un'opzione non ampiamente soddisfacente <sup>(53)</sup>, ancorché l'unica, in attesa di una riforma normativa, capace di realizzare il doveroso allineamento, oggi ancora esclusivamente interpretativo, agli impegni contrattuali internazionali assunti a Roma nel 1950.

Vi è da dire che ormai la necessità di aggiornare gli istituti processuali realizzando il definitivo adempimento all'obbligo di conformarsi alle decisioni di condanna emesse a Strasburgo è diventata un sottofondo non più trascurabile, tradotto com'è in autorevoli sollecitazioni provenienti sia dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa <sup>(54)</sup>, sia dalla nostra Corte costituzionale che nella recente sentenza, la n.129 del 2008 <sup>(55)</sup>, con la quale si è concluso il diverso filone relativo sempre al caso Dorigo inaugurato dalla Corte di appello di Bologna adita ai sensi dell'art. 630 c.p.p., nel dichiarare infondata la *quaestio de legitimitate*, rivolge al Parlamento l'esplicito invito a chiudere i numerosi cantieri lasciati aperti nel corso degli anni <sup>(56)</sup>.

---

c.p.p. di rimettere gli atti al giudice della cognizione perché quest'ultimo provveda alla celebrazione di un nuovo giudizio di merito con modalità di assunzione probatoria conformi ai principi convenzionali ma senza vanificare l'efficacia dimostrativa dei verbali delle prove rimasti immuni dal giudizio di non equità, i quali ben potrebbero essere considerati alla stregua di atti inclusi nel fascicolo per il dibattimento.

<sup>(53)</sup> Così G. UBERTIS, *L'adeguamento italiano alle condanne europee*, cit., 115, secondo cui non sarebbe necessario ricorrere al rimedio della ineseguibilità di un giudicato astrattamente valido. Ed infatti in presenza di palesi violazioni delle regole poste a presidio del processo equo secondo lo schema tracciato dall'art. 6 Cedu, il processo "sotto accusa" è, attesa la macroscopica divergenza tra l'atto e il suo modello, giuridicamente inesistente. Sul piano interno ciò comporta l'inesistenza di qualsivoglia obbligo di rispetto di un giudicato inesistente: di tal che il giudice dell'esecuzione dovrebbe solo accertare la mancanza del titolo esecutivo e provvedere all'immediata liberazione del condannato *in vinculis* salva «[...] remissione degli atti al giudice a suo tempo competente per la fase processuale invalidamente celebrata, da svolgere per la prima volta ritualmente».

<sup>(54)</sup> Risoluzione finale del Caso Dorigo, la n. 83 del 2007.

<sup>(55)</sup> In *Riv. dir. int.*, 2008, 882. In dottrina, si rinvia a A. CIAMPI, *Processo non equo secondo la Corte europea dei diritti dell'Uomo e rinnovazione del giudizio secondo la Corte costituzionale*, *ivi*, 2008, 793 e ss.

<sup>(56)</sup> Nelle precedenti legislature ed anche in quella attuale sono stati presentati diversi disegni di legge al Parlamento, due al Senato (S-839 e S- 1156 e tre alla Camera (C-1538, C-1780 e C-2163) e nel ddl S-1440 (a firma Alfano) due articoli trattano in modo specifico la questione della revisione dei meccanismi di attuazione delle decisioni della Comunità europea. Tutti i disegni di legge citati introducono una nuova forma di revisione a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, concentrandosi soltanto sulla materia penale, non prevedendo alcun tipo di rimedio per le sentenze in materia civile e amministrativa. Per una attenta e approfondita disamina, R. DE CARIA, *Il bivio dopo Strasburgo*, cit., 2207.

#### 4. I DIRITTI FONDAMENTALI IN EUROPA. TRAGUARDI E DISILLUSIONI DI LISBONA.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la proclamazione ufficiale dell'adesione dell'Unione europea al sistema delineato dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo si è chiusa la quadratura del cerchio in ordine alla tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo <sup>(57)</sup>.

L'innesto della Convenzione nel nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché la dichiarazione esplicita di adesione determinano la *comunitarizzazione* di una fonte fino ad oggi esclusivamente internazionale. Conseguenze direttamente riconducibili alla nuova fisionomia normativa rivestita dalla Convenzione sono: *i*) la diretta operatività delle disposizioni della stessa, non più fonte di ispirazione ma parte integrante dell'*acquis communautaire*, negli ordinamenti degli Stati aderenti all'Unione con il grado e la forza delle norme comunitarie - e cioè ai sensi dell'art. 11 Cost. e non quali norme sub-costituzionali ai sensi dell'art. 117 Cost.- ; *ii*) la competenza, contemporanea e parallela a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, sulla conformità delle normative nazionali alla Convenzione, della Corte di Giustizia <sup>(58)</sup>.

Il convergere di tre macrocosmi normativi differenti – quello convenzionale, quello comunitario, quello nazionale – sarà destinato con ogni probabilità a creare non pochi problemi di coordinamento <sup>(59)</sup>. Basti per un attimo pensare che tutti i paesi membri dell'Unione partecipano anche al Consiglio d'Europa per avere davanti agli occhi l'immagine di un inevitabile intreccio di

---

<sup>(57)</sup> Il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 è entrato in vigore il 1 dicembre 2009 ed è stato ratificato dall'Italia con L. 8 agosto 2008, n. 130. L'art. 6 così recita: « *l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite dai Trattati. I diritti fondamentali garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione, in quanto principi generali*».

<sup>(58)</sup> Per una analisi si rinvia alla Relazione al Parlamento su *L'esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano*, nel documento elaborato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri –dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, ufficio contenzioso e per la consulenza giuridica, reso ai sensi della L. 9 gennaio 2006, n. 12, cap. II, 21-24, cit.

<sup>(59)</sup> Sui problemi di interferenza che la citata adesione è destinata a creare, cfr. F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corr. Giur.*, 2/2010, 145 e ss. In senso fortemente critico, tra i primi commenti, si rinvia al contributo di P. SANDRO, *Alcune aporie e mutamento di paradigma nel nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 855 e ss.

fonti normative e, in conseguenza, quella di una possibile, disarmonica sovrapposizione delle decisioni degli organi giurisdizionali.

Certo è che il dialogo tra le Corti internazionali – quella comunitaria e quella internazionale – proprio sul tema della tutela dei diritti umani è stato sempre improntato a grande prudenza e reciproco rispetto. Ed invero sulla questione della adesione dell'Unione al sistema della Convenzione la stessa Corte di Giustizia ha espresso parere negativo <sup>(60)</sup>, delimitando, con consapevole *self restraint*, il proprio spazio di intervento mediante il riconoscimento della validità delle prescrizioni contenute nelle Costituzioni nazionali e nelle Carte internazionali riconosciute dai Paesi membri e, d'altro canto, della supremazia, in questo settore, della Corte europea di Strasburgo nella individuazione di eventuali punti di frizione tra normativa nazionale e Cedu <sup>(61)</sup>. Ed anche se la tutela dei diritti fondamentali ha costituito un obiettivo imprescindibile persino per la Corte di Giustizia che a partire dagli anni '70 ha mostrato una sempre crescente sensibilità a riguardo, di fatto, al cospetto di una Corte appositamente creata allo scopo di tutelare i diritti umani che gode, per questo, di una autorevolezza non discutibile, la stessa, chiamata per lo più a dirimere controversie in cui appare predominante il fattore economico, ha sempre evitato che si venisse a creare un vero e proprio conflitto di giudicati, oltre che di competenza <sup>(62)</sup>.

Vero è che, sebbene il Trattato di Lisbona costituisca l'approdo delle riflessioni nel tempo maturate a livello giurisprudenziale, espressive di quella realtà magmatica entro cui continua a muoversi il meccanismo europeo della tutela dei diritti umani, la positivizzazione del principio di adesione dell'Unione europea alla Convenzione non è, tuttavia, privo di immediate ricadute proprio negli ordinamenti dei singoli Stati, attori principali sia del sistema convenzionale sia di quello

---

<sup>(60)</sup> CGCE, parere 2/94, ECR I- 1759, che esprimeva perplessità in merito ad una possibile adesione alla Convenzione europea, perché essa avrebbe comportato una inevitabile subordinazione delle istituzioni comunitarie alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

<sup>(61)</sup> CGCE, sent. 29 maggio 1997, causa C-299/95, anche in *Dir. pen. proc.*, 1998, 310.

<sup>(62)</sup> Non sempre correttamente evitato. Si pensi alla decisione emessa nella causa C-17/1998, *Emesa Sugar* [2000] nel quale la Corte di Giustizia ha elaborato un proprio orientamento in tema di equo processo non completamente rispondente a quello fatto proprio dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, nella misura in cui ha ritenuto non applicabile all'avvocato generale presso la Corte di giustizia lo stesso ruolo assunto dal pubblico ministero presso la *Cour de Cassation* del Belgio. Nella sentenza della Corte EDU, 20 febbraio 1996, *Vermelun c. Belgio*, infatti, la Corte europea dei diritti dell'Uomo aveva censurato l'impossibilità del ricorrente a replicare al parere del pubblico ministero presso la Corte di Cassazione come integrante la violazione dell'art. 6 della Cedu. Al contrario la CGCE ha ritenuto non operante tale principio nei riguardi dell'avvocato generale.

comunitario. Basti pensare all'interrogativo che si pone, nel nostro ordinamento, sulla possibilità che, non operando più il filtro del parametro di costituzionalità interposto che la Corte costituzionale ha assegnato alle norme Cedu, ma il diverso lasciapassare costituito dall'art. 11 Cost., le norme interne configgenti con la Convenzione potrebbero oggi essere disapplicate da ogni giudice a livello diffuso senza che risulti necessario coinvolgere la Consulta.

Potrebbe, infine, rivelarsi più complessa l'operazione di armonizzazione sul piano interno non solo delle fonti appartenenti a diversi e paralleli sistemi giuridici, quanto delle decisioni promananti dai due organismi giurisdizionali sovranazionali – la Corte europea di Strasburgo e quella del Lussemburgo – fintanto che, anche a livello giurisprudenziale, non si formi una precisa e netta regolamentazione dei confini e delle reciproche sfere di competenza.

Si tratta di un'esigenza che non nasce con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ma che ha cominciato a rendersi esplicita con la creazione di uno spazio giudiziario europeo unificato sotto l'egida di una vera e propria identità politica capace di esprimere la sintesi dei valori comunemente accolti nelle costituzioni degli Stati aderenti. Circostanza, questa, che ha reso sempre meno occasionali gli interventi della Corte di giustizia anche nel settore della tutela dei diritti umani ed ha determinato il fiorire di un dialogo a distanza tra Corti europee che non ha mai prodotto crisi di sistema risolvendosi nel riconoscimento della supremazia della Corte di Strasburgo.

Si pensi infatti che precedentemente alla stesura del nuovo art. 6 (2) del Trattato di Lisbona, quest'ultima non ha esitato ad invadere lo spazio comunitario ritenendosi competente - in virtù della adesione degli Stati firmatari alla Unione europea - a giudicare il livello di rispetto dei diritti fondamentali derivante dalla partecipazione del singolo Stato a sistemi giuridici sovranazionali <sup>(63)</sup>, affermando che gli Stati membri sono chiamati a rispondere della riscontrata violazione innanzi agli organi di Strasburgo. Ma quello che prima della citata adesione non era consentito alla Corte Europea dei diritti dell'uomo era proprio il sindacato sulle scelte normative riconducibili direttamente all'Unione a prescindere dal loro inserimento nel panorama interno dei singoli Stati.

---

<sup>(63)</sup> Con la decisione *Matthews c. Regno Unito* del 18 febbraio 1999, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato la propria competenza ad interpretare e ad applicare la Convenzione al fine di garantire il rispetto anche nell'ordinamento comunitario.

Non solo. L'ingresso dell'Unione nel sistema delineato dalla Convenzione europea oltre a decretare la soggezione delle istituzioni comunitarie alla giurisprudenza della Corte EDU, comporta, inevitabilmente, la necessità di allineare due sistemi che fino ad adesso sono rimasti completamente impermeabili.

*In primis* l'individuazione di un giudice dell'Unione che entri a far parte del Collegio giudicante quanto meno quando la violazione di un diritto fondamentale sia immediatamente riconducibile ad una normativa comunitaria. In secondo luogo la predisposizione di un meccanismo che consenta di ritenere esaurite le vie di ricorso interne anche nel contesto comunitario. Infine l'individuazione sul piano comunitario di rimedi idonei ad esaudire l'impegno di conformarsi alle sentenze della Corte europea, specie quando la stessa abbia rilevato una difformità di carattere strutturale superabile unicamente con interventi di carattere legislativo.  
(<sup>64</sup>)

Il comportamento di lealtà (<sup>65</sup>) che ha ispirato le Corti fino ad oggi non sarà incrinato dalla subordinazione del diritto comunitario al sistema di tutela delineato dalla Convenzione europea. Tuttavia non può essere accantonata come meramente eventuale l'ipotesi di una disarmonica coincidenza di sistemi giuridici non solo e non tanto sul piano del riconoscimento di un catalogo comune di diritti fondamentali, quanto su quello, non meno significativo, del bilanciamento degli stessi con altri di portata generale che ha costituito da sempre il terreno su cui si sono confrontate e talvolta scontrate le Corti interne e quelle internazionali (ne è un esempio la teoria dei c.d. controlimiti). A complicare decisamente il complesso panorama della tutela multilivello dei diritti fondamentali la circostanza della contemporanea validità, conferita dal Trattato di Lisbona, non solo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ma anche alla Carta di Nizza (poi di Strasburgo) che elenca tutta una serie di diritti non direttamente ricompresi nella Carta di Roma. Senza indulgere a troppo facili allarmismi e dovendo

---

(<sup>64</sup>) Per una panoramica approfondita delle questioni sommariamente ricordate si rinvia a V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

(<sup>65</sup>) "Le nostre due Corti condividono un impegno esistenziale in favore dei valori fondamentali che appartengono al patrimonio comune d'Europa, alla base del quale si trova la democrazia e i diritti fondamentali ed in questo modo contribuiscono insieme alle giurisdizioni supreme e costituzionali nazionali, all'emergere di ciò che ha potuto essere definito "uno spazio costituzionale europeo", R. IGLESIAS, Presidente della Corte di Giustizia, discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte Cedu – gennaio 2002. Di un fitto e costruttivo dialogo giurisdizionale tra Corti parla anche M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 223.

necessariamente confidare sul permanere del senso di responsabilità che fino ad oggi ha segnato il rapporto tra le Corti nazionali e internazionali, la sempre maggiore difficoltà nel separare il diritto nazionale da quello comunitario dilaterà inevitabilmente lo spazio di intervento della Corte EDU e sarà complice di una pressoché certa, inevitabile, confusione.

Già ora, infatti, si registrano, tra i primi commenti, atteggiamenti di estrema prudenza. Insomma, non sembra unanime il coro dei sostenitori della avvenuta “comunitarizzazione” della Convenzione europea. Del resto non può negarsi, da un lato, come la proclamata adesione dell’Unione alla Cedu debba essere ancora ultimata mediante la realizzazione delle procedure tracciate nel Protocollo 8 annesso al Trattato, dall’altro come l’idea in base alla quale la formale equiparazione tra Convenzione europea e diritto comunitario non consenta di assegnare immediatamente alla Carta di Roma la tipica *primaute* del secondo, non sia peregrina, allorché si acceda ad una interpretazione restrittiva dell’art. 6 TUE che identifichi l’obiettivo perseguito dal legislatore internazionale non in quello di una moltiplicazione dei sistemi di tutela dei diritti umani, quanto, piuttosto in quello di una estensione in senso orizzontale delle norme della Cedu, che saranno destinate, in virtù della nuova disposizione, ad assoggettare ad essa anche l’Unione quale soggetto autonomo di diritto alla stessa stregua degli altri Paesi firmatari <sup>(66)</sup>.

Non meno disorientata appare, ancora oggi, la giurisprudenza. Basti pensare che a distanza di dieci giorni, il Consiglio di Stato e la Corte costituzionale si sono fatte reciprocamente portabandiera di indirizzi contrapposti. Con la sentenza del 2 marzo 2010, n. 1220 <sup>(67)</sup>, la quarta sezione dell’organo supremo della giustizia amministrativa ha affermato la diretta applicabilità, nel sistema nazionale, delle norme Cedu (nella specie gli artt. 6 e 13) quale effetto dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Di contro, i giudici di Palazzo della Consulta, con una decisione del 12 marzo, stesso anno <sup>(68)</sup>, hanno confermato la validità

---

<sup>(66)</sup> In questo senso, G. COLAVITTI, C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente la Cedu grazie al Trattato di Lisbona: l’inizio di un nuovo percorso?*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it); A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la Cedu direttamente applicabile nell’ordinamento italiano?* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); L. D’ANGELO, “Comunitarizzazione” dei vincoli internazionali CEDU in virtù del Trattato di Lisbona? No senza una *expressio causae*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>(67)</sup> In *Riv. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 5, 1346.

<sup>(68)</sup> Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93 in *Giur. cost.*, 2010, 1053 con nota di A. GAITO, S. FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, *ivi*, 1065 e ss

dell'orientamento fatto proprio con le sentenze “gemelle” del 2007. Ed infatti nel dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 4 L. 27 dicembre 1956, n. 1423 (misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità) nonché dell'art. 2 – *ter* L. 31 maggio 1965, n. 575 (disposizioni contro la mafia) nella parte in cui non consentono che su istanza degli interessati il procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione si svolga davanti al Tribunale o alla Corte di appello nelle forme dell'udienza pubblica, la Corte costituzionale non ha mancato di fare riferimento, di nuovo, all'art. 117 Cost., assegnando a tale disposizione il ruolo di un filtro all'ingresso delle norme Cedu, la cui supremazia sulle norme interne configgenti viene ancora considerata oggetto di uno scrutinio centralizzato ed esclusivo della stessa e non già di una partecipazione attiva, a livello diffuso, degli organi giudiziari.

Si pone sulla stessa lunghezza d'onda anche la recentissima pronuncia della Corte costituzionale <sup>(69)</sup> che idealmente rappresenta la prosecuzione della precedente declaratoria di illegittimità resa con la sentenza n. 93 del 2010 sul tema delle misure di prevenzione. Anche in tale occasione oggetto dello scrutinio era rappresentato dalla compatibilità del meccanismo tracciato dagli artt. 4 l. n. 1423 del 1956 e 2- *ter* l. n. 575 del 1965 « *nella parte in cui non consentono che a richiesta di parte il procedimento in materia di misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica* » non solo nei gradi di merito ma, ed è questo il *proprium* della pronuncia del 2011 rispetto al suo precedente, anche in quello di legittimità.

La sentenza ha sin da subito suscitato grande clamore: per la prima volta infatti la Consulta viene sfidata sul terreno dell'analisi dei rapporti tra ordinamento interno e Convenzione europea proprio alla luce della entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Ebbene, nonostante gli stimoli provenienti dall'ordinanza di rimessione nonché dalle parti private fossero molteplici, tutti estesi in argomenti di estrema complessità, la Corte nell'operare una sorta di sintesi del proprio pensiero sul tema dei rapporti tra ordinamenti, conclude nuovamente per la validità degli approdi contenuti nelle sentenze gemelle del 2007. Essa, infatti, muove da una rigorosa analisi testuale dell'art. 6 del TFUE e passa in rassegna, con una cura filologica, i vari termini contenuti nei tre commi della disposizione. Ad essere

---

<sup>(69)</sup> Corte cost., sent. 11 marzo 2011, n. 80, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it) con nota di A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*.

oggetto di scrutinio sono: *i) il riconoscimento* da parte dell'Unione dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti dalla Carta di Nizza, poi Strasburgo, alla stessa stregua di un Trattato (I comma); *ii) l'adesione* alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; *iii) l'apertura* ai diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri che *fanno parte* del diritto dell'Unione.

Quanto al secondo degli aspetti indicati – è la Corte a scegliere un tale ordine di trattazione- quello, vale a dire, della *adesione* alla Convenzione, che invero costituisce il perno giustificativo dei sostenitori della avvenuta *comunitarizzazione* della Cedu, viene sbrigativamente liquidato mediante la presa d'atto che tale adesione ancora non è stata ultimata. Tale disimpegno motivazionale da parte della Consulta lascia in ombra uno degli aspetti più delicati del fenomeno della integrazione che probabilmente sarà destinato, ad adesione effettuata, a ricevere una diversa considerazione quanto all' analisi delle sue ricadute sul piano dei rapporti interstatali.

Diversa attenzione è rivolta al *riconoscimento* dei principi della Carta di Nizza (Strasburgo) nonché alla previsione contenuta nel terzo paragrafo.

Ritiene la Corte – continuando ad invertire l'ordine di trattazione – che l'affermazione secondo la quale i diritti garantiti dalla Convenzione *facciano parte* del diritto dell'Unione non abbia apportato significative modifiche rispetto al passato ove si consideri che il termine *rispettare* contenuto nella precedente versione del Trattato, necessariamente implicava che i diritti che dovevano per l'appunto essere rispettati dovessero gioco forza fare anche parte del sistema normativo comunitario, come del resto aveva più volte affermato anche la Corte di Giustizia. Da ciò la considerazione che i principi in questione possano rilevare unicamente in rapporto alle fattispecie in cui il diritto comunitario è applicabile ma non anche a quelle regolate dalla normativa nazionale.

Venendo ad analizzare il primo paragrafo, la Corte si confronta o forse meglio dire si scontra con le conclusioni della parte privata: il cuore della questione riguarda la possibile osmosi, mediante la clausola di equivalenza contenuta nell'art. 52, § 3, della Carta di Nizza ( in base alla quale se la Carta contiene diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Cedu, il significato e la portata degli stessi sono da considerarsi equivalenti) tra i due testi fondamentali. Ed allora, ritiene la parte privata, se la Carta di Nizza riceve il riconoscimento tipico dei Trattati,

analoga considerazione deve essere riservata alla Cedu. Nell'escludere, tuttavia, che la firma dell'accordo portoghese abbia determinato la *trattatizzazione* della Convenzione, la Consulta non manca di rilevare come non essendosi in alcun modo, per volontà esplicita, inciso sul riparto di competenze tra istituzioni europee, ciò significa, in altri termini, che il presupposto per l'applicazione della Carta di Nizza (e dunque anche della Convenzione europea) debba essere rinvenuto nel fatto che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo e non già da sole norme nazionali prive di qualsivoglia legame con il medesimo. Da qui l'idea che nelle materie *propriamente* nazionali – e tale per la Corte è quella che attiene alla pubblicità dell'udienza in Cassazione inerente il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione- non sarebbe ipotizzabile un inserimento della Carte di Nizza (così come della Convenzione europea) idoneo a conferirle efficacia *self executing*. Di tal che, il giudice di merito, sollecitato il più possibile ad un notevole impegno ermeneutico che conduca verso soluzioni di armonizzazione della norma interna di dubbia compatibilità con i principi convenzionali, di fronte alla rilevata insuperabilità dell'antinomia, non potrà disapplicare *omisso medio* la norma interna, ma sarà costretto a sollevare, secondo gli insegnamenti delle sentenze del 2007, questione di legittimità costituzionale.

## CAPITOLO II

CUSTODIA CAUTELARE, *DETENTION ON REMAND* ANALISI DEI PRESUPPOSTI APPLICATIVI. I TRAGUARDI DELL'ORDINAMENTO ITALIANO E GLI OBIETTIVI DI STRASBURGO.

SOMMARIO: 1. LA TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE NEL PROCESSO PENALE ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA DELLA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI E DELLA COSTITUZIONE ITALIANA. -2. LA DISCIPLINA DELLA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE *PENDENTE IUDICIO*. I PRESUPPOSTI APPLICATIVI E LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA.- 3. *REASONABLE SUSPICION OF HAVING COMMITTED AN OFFENCE*. GRAVI INDIZI DI COLPEVOLEZZA MODELLI DI TUTELA A CONFRONTO TRA VECCHIE E NUOVE ESIGENZE DI AFFERMAZIONE DELLA GARANZIA DELLA PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA.- 4. *PERICULA LIBERTATIS*: PRESUPPOSTI APPLICATIVI DELLA MISURA CAUTELARE OVVERO “*CRITERIA OF REASONABLENESS*”- 5. PROPORZIONALITÀ, ADEGUATEZZA E LE MODERNE SFIDE DELL'EMERGENZA. I RECENTI ASSALTI AL PRINCIPIO DELLA PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA.

1-. LA TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE NEL PROCESSO PENALE ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA DELLA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI E DELLA COSTITUZIONE ITALIANA.

*Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 4 novembre 1950, art. 5.*

1. Everyone has the right to liberty and security of person.

No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

(a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;

(b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;

(c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority of reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;

(d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;

(e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts, or vagrants;

(f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorized entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.

2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and the charge against him.

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(c) of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this article shall have an enforceable right to compensation.

*Costituzione della Repubblica Italiana, Roma, 22 dicembre 1947, art. 13*

La libertà personale è inviolabile.

Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di Pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'Autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.

La disciplina della libertà personale, l'individuazione degli strumenti di tutela, l'esatta delimitazione dei poteri che legittimamente possono circoscriverne la portata ha trovato, nei testi citati, un punto di arrivo e di partenza. Di arrivo, perché tanto la Costituzione italiana, quanto la Convenzione europea dei diritti dell'uomo costituiscono il traguardo di una lenta e faticosa marcia verso il riconoscimento dei diritti e delle libertà individuali vilipesi dalle esperienze dei totalitarismi e dalle guerre mondiali del secolo scorso. Di partenza perché da esse traggono fonte le singole legislazioni nazionali nel disciplinare casi e modi di limitazione del diritto nel solco di una rinnovata idea dei rapporti tra autorità e individuo che ponga quest'ultimo al centro della tutela.

Ed è, infatti, nella definizione di un inedito equilibrio tra le istanze punitive e di difesa sociale – sulle quali si misura la attendibilità del potere coercitivo dello Stato- ed il riconoscimento di un'area sempre più ampia di intangibilità dei diritti fondamentali, nella specie del diritto alla libertà personale, che può meglio cogliersi la sfida rappresentata dalle esperienze politiche che fecero da sfondo alla redazione dei testi in commento, i quali affidano a due solenni *overtures* il compito di schiudere il retroterra ideologico che le accompagna.

Infatti tanto la Convenzione in entrambe le redazioni, inglese e francese, «*everyone has the right to liberty and security*», «*toute personne a droit à la liberté et à la sureté*», tanto la Costituzione, «*la libertà personale è inviolabile*», pur nelle sostanziali differenze che si rinvergono persino nelle battute iniziali della declaratoria (l'una, quella internazionale, centrata sulla valorizzazione del diritto come riferito *a tutte le persone* <sup>(70)</sup>, l'altra, quella nazionale, costruita attorno al lemma *libertà personale*, nella sua dimensione concettuale piuttosto che relazionale) prendono in considerazione il diritto in questione nella sua dimensione

---

<sup>(70)</sup> Essa si connette, del resto, al tipico sistema di ricorso diretto disciplinato dall'art. 25 Cedu. Per una ricognizione sulla scelta della protezione diretta degli individui, contenuta nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per tutti E. AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, in *Riv. it.dir. proc. pen.*, 1967, 843 e ss..

autonoma prescindendo, per lo meno inizialmente, dalla sua immediata proiezione processuale <sup>(71)</sup>, come se si trattasse di un elemento *in rerum natura datur* <sup>(72)</sup>.

Vero è che, al di là del considerevole impatto delle due proclamazioni, la portata descrittiva e non definitoria delle stesse, se da una parte esprime, come detto, una precisa opzione politica – la valorizzazione in sé del principio attraverso l'utilizzo di una formula quasi sacramentale non contaminata dal riferimento a sue possibili eccezioni (se non nei passaggi successivi)- dall'altra non consente immediatamente di apprezzarne, se non in astratto, la dimensione.

In effetti, solo una compiuta analisi delle fattispecie limitative, che pure seguono, in entrambi i testi, le solenni affermazioni di apertura, nonché delle implicazioni processuali del principio, permette di individuare, con maggior precisione, portata e scopo della tutela della libertà personale, nella sua attitudine a porsi, come è stato efficacemente affermato, quale libertà fisica, garanzia contro l'arbitrio del potere punitivo, libertà dagli arresti, *writ of habeas corpus* <sup>(73)</sup>.

Non si vuol qui dire che il processo penale costituisca l'unico terreno sul quale è possibile scorgere la presenza di situazioni privative della libertà personale – si pensi alle misure di polizia, nonché alle ipotesi descritte alle *lett. b) d) e) ed f)* dell'art. 5 Cedu – ma che esso ancora rappresenta il principale contesto nel quale la libertà personale sembra subire le più drastiche forme di compressione <sup>(74)</sup>.

Esplorando i diversi stadi nei quali esso si snoda, ci si accorge che nelle tre occasioni nelle quali sono previste forme di privazione della libertà personale *stricto sensu* intesa (vale a dire l'arresto o il fermo, la emissione di una misura

---

<sup>(71)</sup> M.CHIAVARIO, *Libertà personale e processo*, in *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1964, 299.

<sup>(72)</sup> G. AMATO, *sub. art. 13 Cost.*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna, 1975, 6, secondo cui la definizione di libertà personale dipende proprio dall'esame dei conflitti in cui è coinvolta con particolare riguardo ai poteri di polizia preventiva.

<sup>(73)</sup> Si richiamano a tal proposito, per una disamina circa l'esatta individuazione e delimitazione del concetto di libertà personale gli importanti contributi di G. AMATO, *sub. art. 13*, cit., 4. G. VASSALLI, *Libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali – estratto dagli scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1956. Per una caratterizzazione del concetto di libertà personale la cui limitazione non si traduca solo in un *patis* conseguente ad un intervento *manu militari*, ma finanche in un *non facere*, purchè risulti la diretta e specifica funzionalizzazione alle esigenze del procedimento penale, cfr L. BRESCIANI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 446. Per quanto riguarda l'esatta delimitazione del concetto di *libertà personale* accolto dall'art. 5 della Convenzione europea, cfr Corte EDU, 25 giugno 1996, *Ammur c Francia*, § 42, in RIDU, 1996, 509, che identifica l'oggetto di tutela della citata disposizione nella libertà fisica e non nella libertà di movimento che, al contrario, trova disciplina nell'art. 2 Prot. IV, Cedu.

<sup>(74)</sup> V.GREVI, (voce) *La libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 316.

cautelare, la sentenza di condanna; la richiesta di estradizione o, oggi, il mandato di arresto europeo) si esprime più chiaramente che altrove la tensione tra le contrapposte esigenze del *punire* e del *garantire*.

Il punto di equilibrio è questione che riflette l'opzione ideologica di un ordinamento. Quello statale autoritario, per esempio, conosce una assoluta supremazia dell'organo inquirente, ne postula l'infalibilità, considera le garanzie difensive un ostacolo all'indirizzo repressivo assunto dal processo penale, il cui obiettivo deve tradursi non solo e non tanto nella sentenza di condanna ma nella esigenza ad una strumentalizzazione della limitazione della libertà personale, soprattutto di quella che si realizza pendente processo, con funzione repressiva. In tali contesti la regola è rappresentata dall'uso disinvolto dello strumento coercitivo con funzione eminentemente sostanziale e preventiva<sup>(75)</sup>, l'eccezione, dalla libertà personale «*lasciata di solito alla benignitas degli organi competenti a riconoscerla*»<sup>(76)</sup>.

Quello costituzionale in sinergia con quello convenzionale, al contrario, ribaltano la prospettiva rinnovando il rapporto tra le due esigenze in una accezione spiccatamente garantistica.

Ciò non significa che nel contesto dell'ordinamento giuridico italiano la redazione della Carta costituzionale da un lato, l'assunzione degli impegni internazionali con la ratifica e l'esecuzione della Convenzione, dall'altro, abbiano rappresentato una soluzione definitiva. Vedremo nel prosieguo come i principi affermati in entrambi i testi abbiano trovato percorsi di adattamento non sempre lineari nella disciplina ordinaria talvolta fin troppo impermeabile ad un pieno riconoscimento della loro applicazione immediata<sup>(77)</sup>.

È indubitabile che il vero banco di prova della tenuta dei principi costituzionali e convenzionali in materia di libertà personale sia per lo più

---

<sup>(75)</sup> V. GREVI, (voce) *La libertà personale dell'imputato*, cit., 322; E. MARZADURI, (voce) *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1994, 61.

<sup>(76)</sup> G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 369.

<sup>(77)</sup> Si pensi alle resistenze culturali che hanno decisamente rallentato l'innesto dei principi costituzionali e convenzionali nel tronco della disciplina del codice Rocco, la cui vigenza in regime "costituzionale" è durata addirittura quarant'anni. Istituti come il mandato di cattura obbligatorio o facoltativo, o come la liberazione provvisoria, pur se oggetto di ritocchi rapsodici e settoriali che ne limavano gli aspetti più marcatamente anticostituzionali, conservavano l'identità di un regime che aveva fatto della repressione attuata mediante gli strumenti pre processuali un'espressione della forza dello *Stato-Apparato* e risultavano difficilmente accettabili nell'ottica di assicurare la massima espansione alla tutela della libertà personale e alla presunzione di non colpevolezza. Sul punto, A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, 43.

rappresentato ancora oggi dalla disciplina della libertà personale *pendente iudicio* con funzione cautelare.

È in relazione ad essa, infatti, che negli anni hanno preso forma mutevoli aspetti problematici che riguardano non solo e non tanto l'individuazione della sua funzione precipua, ma anche, in conseguenza, di quella del processo e, più in generale, della pena <sup>(78)</sup>.

Se, infatti, con la redazione del codice del 1988 sembravano definitivamente cancellate le tracce di autoritarismo che ancora sopravvivevano in quello del 1930, pur dopo l'innesto della Costituzione, il morbo della lentezza del processo, non ancora curato, ha orientato il legislatore ordinario prima, la giurisprudenza poi, ad un uso della custodia cautelare che ancor oggi rischia di discostarsi vistosamente dai modelli, costituzionale e convenzionale di riferimento, determinando un assottigliamento del diaframma tra pena e cautela in spregio del principio, anch'esso protetto dalla Costituzione e dalla Convenzione europea, della *presunzione di innocenza*.

Ecco perché, senza volerci esimere in questa sede dal trattare tutti i profili inerenti la libertà personale nel processo penale, l'oggetto della presente indagine sarà destinato a ricoprire in massima parte l'approfondimento delle questioni problematiche che, anche alla luce degli orientamenti della Corte costituzionale e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, riguardano proprio la *detention on remand*. Come vedremo, questa, più di ogni altra occasione di limitazione della libertà personale, subisce gli effetti distorsivi della eccessiva durata dei processi e continua a costituire ancora oggi il primo livello di erosione delle garanzie costituzionali nel processo penale, spesso piegate di fronte ad esigenze che ad esso dovrebbero restare estranee e che, al contrario, periodicamente ricorrono come una ossessione: l'*emergenza* e la *sicurezza*.

Del resto, basta porre lo sguardo al fatto che l'Italia gode di un triste primato in Europa, quello della più alta popolazione carceraria in regime di

---

<sup>(78)</sup> Basti pensare che l'idea stessa di una carcerazione preventiva, al cospetto della proclamata inviolabilità della libertà personale, non possa che apparire come una stortura comprensibile solo se la si immagina come rimedio ineluttabile. Così M. CHIAVARIO, *Profili di disciplina della libertà personale nell'Italia degli anni settanta*, in A.A. V.v. a cura di L. ELIA, M. CHIAVARIO, Torino, 1997, 222-223 e M. FERRAIOLI, (voce) *Misure cautelari*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 3, secondo la quale «un codice attento ad adeguare le proprie regole al principio di civiltà giuridica consacrato nell'art. 27, comma 2, cost., [...] non dovrebbe dedicare spazio alcuno alla custodia cautelare».

custodia cautelare, per rendersi immediatamente conto della estrema delicatezza degli argomenti in gioco e del fatto che sulla disciplina della libertà personale *pending trial* si concentrano questioni dal sapore eminentemente politico, prima tra tutte quella che attiene alla verifica della capacità di uno Stato di saper essere contemporaneamente efficiente nel *punire* e nel *garantire* <sup>(79)</sup>. Ora, seppur vero che questo dato è destinato a prestarsi a molteplici letture <sup>(80)</sup>, esso, dall'altro, costituisce il sintomo preoccupante di una patologia endemica, la lunghezza dei processi, fronteggiata con il ricorso, troppo spesso disinvolto, all'antidoto dello strumento coercitivo cautelare in funzione spiccatamente preventiva. Ciò determina l'emersione di numerosi quesiti e di delicati problemi da anni posti all'ordine del giorno dei programmi di riforma del sistema giustizia ancora pendenti nel limbo di un esasperato agone politico.

Uno, tra tutti, la necessità di restituire dignità e piena attuazione al principio della presunzione di non colpevolezza anche e soprattutto attraverso il riconoscimento dell'importanza di mantenere ferma la distinzione tra detenuto condannato in via definitiva e detenuto in attesa di giudizio non solo, come ovvio, sul piano dei principi e della loro proiezione processuale, ma non ultimo su quello del "trattamento carcerario" <sup>(81)</sup>.

Negli anni, anche grazie al maturare di una sempre crescente sensibilità per la creazione di uno contesto giudiziario comune, sono state elaborate alcune

---

<sup>(79)</sup> Per una analitica disamina della situazione della custodia cautelare nello spazio giudiziario europeo si rinvia a A.M. VAN KALMTHOUT, M.M.KNAPEN, C. MORGESTEN, *Pre-trial detention in the European Union, an analysis of minimum standards in Pre-Trial detention and the grounds for Regular Review in the Member States of The EU*, WLP, 2009, in particolare Table 2 e fig. 2, 30 e 31.

<sup>(80)</sup> Una tra tutte il fatto che altri paesi europei non considerano come *pre trial prisoners* i destinatari di una sentenza di condanna pur pendente appello. Per un approfondimento della questione, *vd.* più diffusamente *infra*, cap.III.

<sup>(81)</sup> Il problema del sovraffollamento carcerario e la inadeguatezza degli istituti penitenziari hanno contribuito a rendere ancora più urgente una modifica strutturale con particolare attenzione alla necessità di distinguere tra detenuti condannati e detenuti in attesa di giudizio. Un importante monito agli Stati europei proviene dal Comitato dei Ministri con la Raccomandazione REC (2006)13 *on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse*, (adopted by the Committee of Ministers on 27 September 2006 at the 974<sup>th</sup> meeting of the Ministers' Deputies) nella quale si afferma chiaramente (art. 1, § 1.3) che «'Remand prisoners' are person who have been remanded in custody and who are not already serving a prison sentence or are detained under any other instruments». In questa direzione anche la precedente REC, 11 gennaio 2006, (2006) 2 del Comitato dei Ministri degli Stati membri sulle regole penitenziarie europee che all'art. 95 afferma che « il regime relativo ai detenuti imputati non può essere influenzato dalla possibilità che possano essere poi giudicati colpevoli di reato[ ...]» ed inoltre, al successivo art. 96 che «per quanto possibile gli imputati devono poter scegliere di disporre di una cella individuale» e, art. 97, che gli stessi « [...] devono poter indossare i propri indumenti personali [...]» ed il vestiario « [...] non deve essere come quello indossato dai detenuti definitivi».

significative linee programmatiche <sup>(82)</sup> che, unitamente agli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, hanno il pregio di favorire la tanto sperata armonizzazione in un settore, quello della *detention on remand*, dominato da una enorme varietà di soluzioni applicative, nonostante la condivisione di alcuni importanti principi fondamentali.

Senza poter affrontare una verifica di carattere comparato, il presente studio verterà sull'analisi della custodia cautelare con particolare riguardo alla situazione italiana in un confronto costante con gli *standards* europei come elaborati dai giudici di Strasburgo e dalle istituzioni comunitarie soprattutto allo scopo di verificare quanta strada ancora deve essere percorsa perché la custodia cautelare nel nostro paese risulti davvero impermeabile ad istanze extraprocessuali ed a tentazioni di utilizzo preventivo di manziniiana memoria <sup>(83)</sup>.

## 2. LA DISCIPLINA DELLA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE *PENDENTE IUDICIO*. I PRESUPPOSTI APPLICATIVI E LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA.

Tipico delle costituzioni moderne, a differenza dei *Bill of Rights* o delle Carte medioevali è il loro carattere sintetico <sup>(84)</sup>. Esse non si diffondono nella descrizione dettagliata del contenuto dei diritti, ma, piuttosto, nella caratterizzazione dei loro limiti.

La tutela della libertà personale, come anticipato in premessa, è affidata, nei testi in commento, a due solenni *incipit*. Nella Costituzione, il predicato verbale unisce il requisito della *inviolabilità* al suo soggetto, la libertà personale. La Convenzione al contrario usa un linguaggio diretto ad altri destinatari, a *tutte le persone*, immediatamente investite sia del diritto alla libertà personale, sia, operando una scelta estranea al nostro testo costituzionale, alla *sicurezza*, da

---

<sup>(82)</sup> Si fa riferimento alle citate Raccomandazioni del Comitato del Consiglio dei Ministri, ma anche al Libro Verde della Commissione europea sulla presunzione di innocenza, *The Commission Green Paper on the presumption of innocence [COM (2006) 174 final]*, in [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_criminal\\_matters/116032\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/116032_en.htm).

<sup>(83)</sup> Secondo V. MANZINI, in *Manuale di procedura penale italiana*, Utet, 1912, 53 e ss «l'esperienza storica collettiva non insegna che la massima parte degli imputati è innocente».

<sup>(84)</sup> «Le Carte medioevali le libertà le definivano in modo analitico e descrivevano perciò con precisione le cose che ciascuno era libero o non libero di fare: sposarsi, andare a cavallo, vendere le terre», ricorda G. AMATO, *sub. art. 13*, cit., 1.

intendersi come diritto ad essere protetti contro l'arbitrio del potere statale <sup>(85)</sup>. Dimensione, che, evidentemente, non è estranea neppure alla nostra Carta fondamentale.

La successiva elencazione dei casi nei quali ne è consentita la limitazione, lungi dallo sminuirne la portata, ne acclara, al contrario, il valore nella misura in cui predetermina condizioni piuttosto rigorose al cui rispetto è subordinata la legittimità della compressione.

I due testi affrontano il tema dei limiti in modo estremamente diverso. Molto dettagliato il catalogo offerto dalla Convenzione, esso enumera addirittura sei situazioni privative della libertà personale che giustificano il sacrificio individuale.

Di contro, l'art. 13 Cost. rinvia *ai casi e modi previsti dalla legge*, senza con ciò offrire alcuna preclusione contenutistica al legislatore, se non quella che si rinviene nel successivo imperativo della necessaria copertura giudiziaria delle occasioni di limitazione, anche di quelle di necessità e urgenza che legittimano interventi dell'autorità di pubblica sicurezza.

Nel riferirsi alle probabili occasioni di frizione con il principio in parola, che possono essere rinvenute in ogni forma di *detenzione, di ispezione e di perquisizione* si intuisce che l'area dell'art. 13 Cost. è destinata a ricomprendere una numerosa serie di istituti del processo penale che non ricadono esclusivamente nel circuito tematico della custodia cautelare. Anche se, con ogni probabilità, è a quest'ultima che il legislatore costituente ha guardato con somma attenzione nel dotare la libertà personale dell'imputato o dell'indagato, unitamente agli strumenti di cui all'art. 13 Cost., dell'ulteriore presidio costituito dal principio della *presunzione di non colpevolezza*, di cui all'art. 27, comma 2, Cost.

Si sarebbe, per la verità, tentati di dire che più che un impegno del legislatore costituente, il coordinamento tra i due articoli sia stato di riflesso valorizzato dagli interpreti, a fronte del disimpegno con il quale l'assemblea costituente si è sottratta dal compito di fornire una indicazione, già sul piano dell'articolato normativo, dei fini della custodia cautelare così alimentando il

---

<sup>(85)</sup> M.PISANI, *sub. art. 5 Cedu*, in A.A.V.V., a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 117.

fiorire di annose dispute culminate solo in seguito alla redazione dell'attuale codice di procedura penale <sup>(86)</sup>.

Con maggior precisione, l'art. 5 Cedu, individua tra i casi di limitazione della libertà personale, quello della *detention on remand* fornendone ampia definizione alla lett. c) del paragrafo 1. Nessuno può essere privato della libertà personale se non nei casi e modi previsti dalla legge quando «*the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so*».

Al di là della diversa terminologia utilizzata dai due testi fondamentali, è acquisizione consolidata, seppur relativamente recente, che il principio della presunzione di innocenza o di non colpevolezza debba essere interpretato, in entrambi i casi, come sostrato fondamentale della disciplina riguardante la limitazione della libertà personale *pending trial*, tratto indispensabile della sua caratterizzazione processuale oltre che principio fondamentale di civiltà e giustizia che orienta a privilegiare soluzioni normative dirette ad impedire indebite assimilazioni tra l'imputato e il colpevole mediante punizioni precedenti l'emissione di una sentenza di condanna definitiva.

Esso tuttavia, pur ricevendo ampio riconoscimento, sia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia da parte della Corte costituzionale, proprio sul terreno specifico della custodia cautelare ha conosciuto diverse modalità di declinazione che potranno essere apprezzate attraverso una disamina puntuale degli approdi giurisprudenziali dei due organi, avuto riguardo, soprattutto, alla distanza culturale che inevitabilmente connota il modello anglosassone <sup>(87)</sup> – che ha ispirato

---

<sup>(86)</sup> Sul problema del *vuoto dei fini* dell'art. 13 Cost, la cui definizione si deve a L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1964, 950 nell'ampia letteratura a riguardo, si rinvia al contributo di V. GREVI, *Libertà personale*, cit., 325 e ss, anche per una prospettiva di carattere storico nonché a M. CHIAVARIO, *La libertà personale nell'Italia degli anni settanta*, cit., 227-228. Per una recente analisi del problema e della caratterizzazione teleologica dell'art. 13 Cost., rappresentata dal principio della presunzione di non colpevolezza di cui al successivo art. 27, comma 2, Cost., si rinvia a P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 68 e ss.

<sup>(87)</sup> E' noto come nei sistemi giuridici di *common law* la garanzia in parola abbia trovato il suo precipuo terreno di elezione non già nella disciplina della limitazione della libertà personale *pending trial*, quanto nel diverso contesto delle regole probatorie dominate dal principio del «*burden of proof*» a carico del *prosecutor* e di quelle di giudizio ancorate al principio in base al quale «*innocent until proved guilty beyond any reasonable doubt*». Si leggano le pagine di E. AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato*, cit., 867-868, il quale afferma che per

esplicitamente i compilatori della Convenzione europea- e quello continentale – al quale appartiene il nostro ordinamento giuridico.

Ad essere coinvolti sono tre aspetti fondamentali: il primo riguarda la tenuta del principio sotto il profilo della verifica dei presupposti applicativi della custodia cautelare, con riferimento, contemporaneamente, al *fumus commissi delicti* e ai *pericula libertatis*; il secondo a questo intimamente connesso, inerisce al tema della durata della presunzione. Il terzo, infine, attiene alla verifica della sostenibilità di quelle soluzioni di contrasto al crimine organizzato che implicano, in nome dell'interesse pubblico in difesa del quale sono invocate, un arretramento sul piano delle garanzie individuali tra cui l'inversione dell'onere probatorio circa la sussistenza delle esigenze cautelari così come della presunzione di adeguatezza della misura custodiale.

### 3. *REASONABLE SUSPICION OF HAVING COMMITTED AN OFFENCE*. GRAVI INDIZI DI COLPEVOLEZZA. MODELLI DI TUTELA A CONFRONTO TRA VECCHIE E NUOVE ESIGENZE DI AFFERMAZIONE DELLA GARANZIA DELLA PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA.

*Sospetti ragionevoli di commissione di un reato* – si legge nella lett. c), §1, art. 5 Cedu- legittimano privazioni di libertà prima di una sentenza di condanna. Il tenore letterale della disposizione se accostato al requisito della gravità indiziaria imposto dal nostro art. 273 c.p.p. appare decisamente meno rassicurante. A far da *pendant* con l'apparente *deminutio* di tutela sul piano della verifica della sussistenza del *fumus commissi delicti* la dissociazione tra i due diversi livelli di accertamento ai quali il nostro codice di rito assegna, al contrario, contestuale rilevanza. L'indagine sui *pericula libertatis* per la Convenzione non deve necessariamente concorrere con quella relativa alla sussistenza dei «*reasonable suspicions*», considerati, al contrario, da soli sufficienti a fondare la legittimità di qualsivoglia misura limitativa della libertà personale.

---

evitare di avallare un'interpretazione insuperabilmente contraddittoria delle norme della Convenzione che da una parte consentirebbero la limitazione della libertà personale solo sulla base di un ragionevole sospetto quando dall'altra affermano la necessità di assicurare all'imputato lo strumento di garanzia della presunzione di innocenza contenuto nel successivo art. 6, § 2, Cedu, si deve necessariamente giungere alla conclusione che la presunzione di innocenza dettata dalla Convenzione non incide assolutamente sulla disciplina della libertà personale. Ciò non toglie che la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia nel tempo considerato la predetta garanzia anche alla stregua di regola di trattamento dell'imputato detenuto e dunque ne abbia valorizzato la funzione di limite esterno al potere coercitivo, *pendente iudicio*, dello Stato. Più diffusamente, *infra*.

I due sistemi giuridici, quello discendente dalla Convenzione e quello contenuto nel codice di rito del 1988, eredità delle annose elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali tese a innestare i principi della Costituzione nel nostro processo penale, appaiono, su questo piano ed una preliminare analisi testuale, irrimediabilmente contrapposti.

Nondimeno se, come autorevolmente sostenuto <sup>(88)</sup>, si ritiene che una disciplina delle misure cautelari personali centrata solo sulla rilevanza del semplice *fumus commissi delicti* finisca con il configurare delle sanzioni penali incidenti sulla libertà della persona giustificate da un giudizio provvisorio di colpevolezza, non consentendo di svolgere una distinzione funzionalmente orientata tra intervento restrittivo in corso di procedimento e all'esito del medesimo, dovremmo rassegnarci all'idea che il livello di garanzia preteso dalla Convenzione europea sia pressoché nullo se guardato al cospetto dei traguardi della nostra tradizione culturale approdati nella redazione del codice dell'era costituzionale. E dovremmo concludere per la piana applicazione della clausola di riserva di cui all'art. 53 Cedu.

In realtà alla luce dei risultati raggiunti dalla giurisprudenza di Strasburgo ed al significato che la stessa ha via via attribuito al termine «*reasonable suspicion*», nonché alla funzione che hanno finito per assumere i *pericula libertatis* nella economia della disciplina della *detention on remand* sembra potersi affermare che il livello di convincimento preteso da entrambi i sistemi per legittimare l'esercizio del potere cautelare non sia così vistosamente inconciliabile e non consenta di affermare che solo quello italiano risulti più rispettoso della regola della presunzione di non colpevolezza.

Quella idea della assoluta inconciliabilità tra la presunzione di innocenza dell'art. 6 § 2 Cedu ed un sistema, quello delineato dall'art. 5, §1, lett. c), che legittima privazioni di libertà sulla mera verifica di un sospetto che, seppur ragionevole, non sembra possedere i connotati di oggettività dell'indizio (quand'anche solo sufficiente), oggi trova più smentite che conferme.

Alla faticosa domanda – come si può considerare innocente l'imputato detenuto prima della sentenza definitiva di condanna se se ne ammette la privazione della libertà prima del giudizio- sono state fornite risposte che, seppur

---

<sup>(88)</sup> E. MARZADURI, (voce) *Misure cautelari personali*, cit., 70.

condotte su linee argomentative differenziate sul piano interno ed internazionale, oggi conducono a risultati tutto sommato sovrapponibili.

Il primo fondale da scandagliare riguarda proprio lo standard di accertamento del *fumus commissi delicti*. Occorre preliminarmente muovere dall'idea che la privazione della libertà personale con funzione cautelare, in tanto può dirsi legittima sotto il profilo del rispetto della presunzione di innocenza, se la qualità degli indizi raccolti dalla pubblica accusa sia tale da fondare un livello particolarmente affidabile della prognosi di condanna. Questo aspetto, oltre a trovare immediata rispondenza nel principio di proporzionalità, mira anche ad evitare che un indagato (o imputato) possa essere travolto dalla emissione di un'ordinanza custodiale sulla base di un accertamento ambiguo del suo coinvolgimento nella vicenda *sub judice*. In tale senso sarebbe davvero difficile non scorgere una tensione con il principio dell'art. 27, comma 2. Cost o del corrispondente art. 6§2 Cedu, se si consentisse di privare con eccessiva disinvoltura la libertà personale di chi, fino alla definizione conclusiva del suo giudizio, è e deve essere considerato non colpevole. D'altro canto questa prospettiva avrebbe il pregio di ridurre il numero, ancora troppo alto, di errori giudiziari e di impegnare gli organi della procedura ad un livello di responsabilità adeguato al tipo di sacrificio che si impone al soggetto non ancora giudicato e che non può trovare idonea soddisfazione attraverso l'esperimento dei pur indispensabili rimedi compensativi <sup>(89)</sup>.

Né varrebbe a minare la validità di un tale assunto l'esigenza di assicurare la terzietà del giudice evidentemente compromessa da ogni soggettiva convinzione di colpevolezza, laddove si ritenga che tale inestimabile principio possa trovare nella valorizzazione dell'istituto della incompatibilità e nel conseguente diniego di assegnare al giudice della cautela funzioni decisorie, una opportuna protezione.

Ebbene, l'attenzione degli organi della Convenzione al tema specifico dell'individuazione del significato da attribuire al requisito del *reasonable suspicion* nonché, in conseguenza, della esatta portata dei poteri spettanti alle autorità degli Stati aderenti nel procedere a siffatte forme di limitazione della libertà personale, risale alla decisione *Fox, Campbell and Hurlley c. UK*, del 1990

---

<sup>(89)</sup> Ritiene connesso al rispetto del principio della presunzione di non colpevolezza la scelta del legislatore dell'88 di sostituire l'aggettivo *sufficienti* del codice Rocco con il diverso *gravi* anche P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2007, 349.

(<sup>90</sup>). Le sentenze precedenti, infatti, mostrano una certa indifferenza della Corte per questo problema. Essa è parsa per lo più incline a mantenere un atteggiamento riluttante nel censurare la Parti contraenti se si considera la somma elasticità del modello interpretativo utilizzato. Era in altre parole sufficiente che le autorità statali, nel verificare la sussistenza di un sospetto ragionevole, non avessero operato in modo arbitrario (<sup>91</sup>).

Estremamente interessante la pronuncia del 1990 apre la strada al principio, non più smentito, secondo cui il sospetto di cui è gravato il soggetto ristretto in *itinere iudicii*, deve essere *reasonable* e non già *bona fide*. In altri termini, la Corti territoriali devono essere in grado di addurre «[...] *some facts or informations capable of satysfying the Court that the arrested person was reasonably suspected of having committed an offence*» (<sup>92</sup>). Pertanto, anche se indagini complesse connesse all'accertamento di reati particolarmente gravi, come quelli contestati ai ricorrenti (<sup>93</sup>), possono talvolta giustificare, stante la necessaria urgenza, decisioni rapide e non sempre adeguatamente motivate sulla sussistenza dei sospetti, tuttavia non è consentita una eccessiva dilatazione della nozione di ragionevolezza al punto da indebolire i diritti sanciti dalla Convenzione.

Non solo, stando alla lettera della disposizione, il quadro indiziario, pur non connotato, come pretende il nostro art. 273 c.p.p., dal requisito della *gravità* – intesa nella sua accezione di fondata attendibilità della prognosi di condanna- deve essere tuttavia tale da *convincere un osservatore esterno che la persona arrestata abbia effettivamente commesso il reato per il quale si procede* (<sup>94</sup>).

L'indagine della Corte si spinge fino alla verifica dei contenuti dell'accertamento probatorio. Per quanto riguarda il sistema italiano, in particolare, questa attenzione si è tradotta nello scrutinio del regime di utilizzazione delle dichiarazioni accusatorie provenienti dai pentiti di mafia.

---

(<sup>90</sup>) Corte EDU, Fox, Campbell and Hurlley c. United Kingdom, 30 agosto 1990, Serie A, 182, 1991.

(<sup>91</sup>) Cfr Corte EDU, Deutch v. Germany, 7033/75 decision of 12 oct 1977, unreported. Per una attenta disamina della questione si rinvia a S. TRECHSEL, *Human Rights in criminal proceedings*, Oxford, 2007, 424.

(<sup>92</sup>) Cfr Corte EDU, Fox, Campbell and Hurlley, cit., § 34.

(<sup>93</sup>) Fox, Campbell e Hurlley erano stati accusati di far parte dell'organizzazione terroristica denominata IRA. Essi presentarono il loro ricorso alla Corte contro la misura detentiva subita, lamentando la mancanza del presupposto del ragionevole sospetto e dei plausibili motivi.

(<sup>94</sup>) Principio che ormai è divenuto una costante. Da ultimo si legga Corte EDU, 13 novembre 2007, Cebotari c. Moldavia, § 48.

La questione, in verità, costituisce uno dei molteplici aspetti del più generale problema della verifica del contenuto dell'accertamento probatorio nella vicenda cautelare e della possibile estensione delle regole contenute nel libro III al giudizio cautelare.

Sgombrato definitivamente il campo da ogni equivoco circa il significato da attribuirsi alla espressione *indizi* contenuta nell'art. 273 c.p.p. - diverso da quello che assume nel contesto dell'art. 192, comma 2, c.p.p. che, come noto, attiene più propriamente alle cosiddette prove indirette o logiche e distinto, pertanto, dal riferimento ad ogni contenuto probatorio, sia esso indiretto o diretto, tale da far ritenere probabile la responsabilità di cui all'art. 273 c.p.p.<sup>(95)</sup> - , uno dei problemi che hanno animato vivaci discussioni ha riguardato per l'appunto la valutazione delle caratteristiche che deve assumere il quadro indiziario per essere giudicato *grave*. In altre parole, quali "prove" potranno giustificare l'esistenza del *fumus commissi delicti*?

A conferma del fatto che la gravità del quadro indiziario costituisce la cartina di tornasole della tenuta del principio della presunzione di non colpevolezza intesa come regola di trattamento, devono essere lette le riforme intervenute a partire dal 1995 che hanno segnato il traguardo, sul piano normativo, della necessità che il provvedimento applicativo della misura coercitiva sia strutturato con cadenze analoghe alla decisione finale.

In particolare, da una parte si è previsto che il giudice investito di una domanda cautelare custodiale sia onerato dall'obbligo di esporre nel provvedimento applicativo le concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze cautelari non potrebbero essere *aliunde* soddisfatte, dall'altra si è intervenuti con la l. n. 63 del 2001 sull'articolo 273 c.p.p. estendendo al giudizio cautelare alcune regole di valutazione probatoria contenute nel libro terzo (art. 273, comma 1-*bis*, c.p.p.)<sup>(96)</sup>.

---

<sup>(95)</sup> In tale senso, di recente, Cass. pen., Sez. Un., 30 maggio 2006, *Spennato*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 875, che afferma che il quadro della gravità indiziaria sotto il profilo dell'art. 273 c.p.p. ha, sotto il profilo gnoseologico, una propria autonomia, rappresentando null'altro che l'insieme degli elementi conoscitivi, sia di natura rappresentativa, sia logica, la cui valenza è strumentale alla decisione *de libertate*.

<sup>(96)</sup> Prima della riscrittura dell'art. 273, comma 1- *bis*, c.p.p. da parte della L. 63 del 2001, che oggi contiene il riferimento esplicito ad alcune delle regole contenute nel libro III del codice, la questione riguardante l'applicabilità alla materia cautelare dei criteri legali di valutazione della prova aveva incontrato resistenze autorevoli. Per tutte, Cass. pen., sez. un., 21 aprile 1995, *Costanino*, in *Cass. pen.*, 1995, 2837 con nota di S. BUZZELLI, *Chiamata in correità, gravi indizi di*

Per quanto necessariamente *allo stato degli atti* il procedimento incidentale non può essere condotto sulla base di una piattaforma indiziaria completamente impermeabile alle regole di esclusione e di valutazione della prova previste nel libro III, la cui diretta applicazione conferisce all'accertamento sul quadro indiziario quella affidabilità che è imposta proprio dal rispetto della regola della presunzione di non colpevolezza.

Si è perciò venuto a delineare un nuovo concetto di “*prova cautelare*” che il giudizio incidentale condivide con il dibattimento sia sul piano della valutazione sia su quello della esclusione restandogli estraneo unicamente il vaglio in contraddittorio.

La distinzione tra inutilizzabilità *fisiologica* e *patologica* – che ben fotografa le questioni messe in campo per la verifica della legittimità delle acquisizioni probatorie nel giudizio abbreviato <sup>(97)</sup> – acquista un significato fondamentale anche nel contesto cautelare. La libertà personale dell'indagato potrà pertanto venire legittimamente compressa con il ricorso alla misura cautelare qualora la prognosi di condanna sia fondata su un quadro indiziario che, pur suscettibile di uno sviluppo dibattimentale, non risulti affetto da vizi che ne inficiano, in quanto assunti *contra legem*, la validità. È il caso, tanto per fare alcuni esempi, delle sommarie informazioni rese alla polizia giudiziaria, al pubblico ministero, al difensore; delle dichiarazioni *de relato* se comunicata la fonte di

---

*colpevolezza ai fini delle misure cautelari nell'insegnamento delle Sezioni unite della Corte di cassazione*, ivi, 1995, 2843, che riteneva di riferire l'operatività di tali regole solo alla decisione finale. Con particolare riguardo alla chiamata in correità si riteneva che essa non dovesse essere corroborata se utilizzata ai fini dell'art. 273 e ss c.p.p.; in dottrina perplessità sono state espresse da V. BONINI, *Chiamata di correo, riscontri esterni e sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza*, ivi, 1996, 467 e ss.; D. NEGRI, *Corte costituzionale, chiamata di correo e riscontri nel procedimento incidentale de libertate*, in *Cass. pen.*, 1997, 1266 e ss a commento di Corte cost., ord. 25 luglio 1996, n. 314 che aveva dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 3, c.p.p. nella parte in cui non richiede – anche in base alla interpretazione dominante della giurisprudenza di legittimità – ai fini della utilizzabilità in sede cautelare, la necessità di alcun riscontro esterno individualizzato; A. BARBERA, *La valutazione probatoria della chiamata in correità in sede cautelare: variazioni giurisprudenziali sul tema del riscontro “individualizzante”*, in *Giur. it.*, 1999, 1503 la quale, nel tracciare un commento a Cass. pen., sez. I, 2 luglio 1997, *pm in c. Napoli*, ivi, 1053 e ss., sentenza strettamente aderente all'indirizzo giurisprudenziale fatto proprio dalle Sezioni unite del 1995, sottolineava che pur guardando il libro III con un occhio al dibattimento non può escludersi *tout court* una sua operatività anche alla dimensione propriamente cautelare.

Per una disamina successiva alla entrata in vigore della L. 63 del 2001, S. BUZZELLI, *Gravi indizi cautelari, chiamata in correità e riscontri individualizzanti dopo la L. 63 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2002, 3706; D. NEGRI, *Fumus commissi delicti, la prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, E. MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, in A.A. V.V. a cura di R.E. KOSTORIS, *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, 239 e ss.

<sup>(97)</sup> Sul punto ancora validi gli argomenti della sentenza a Sezioni Unite del 21 giugno 2000, *Tammaro*, in *Cass. pen.*, 2000, 3259.

riferimento; della captazione di conversazione mediante intercettazioni telefoniche o ambientali purché legittimamente acquisite; della chiamata di correo purché “corroborata”. Insomma la legalità della prova – ed anche la sua costituzionalità – costituisce un tema trasversale che si snoda in tutte le fasi dell’iter procedimentale, modulandosi, di volta in volta, in relazione alle specifiche caratteristiche dello stesso. Né varrebbe a limitare la portata di tale affermazione il mancato richiamo, nel comma 1- *bis* dell’art. 273 c.p.p. ad alcune delle regole del libro III, essendo ormai comunemente condiviso, salva qualche pervicace ostinazione giurisprudenziale <sup>(98)</sup>, che quella “svista” del legislatore, che pure non si fa apprezzare per coerenza, non impedisca una lettura sistematica diretta a valorizzare la *ratio legis* della riforma del giusto processo e a ritenere che la stessa abbia realizzato un trapianto integrale di quelle disposizioni in un giudizio che ha in comune con il dibattimento, seppur sotto diversi profili, il nodo centrale della *quaestio libertatis* <sup>(99)</sup>.

A tal riguardo il contenuto dell’accertamento probatorio del giudizio cautelare è stato oggetto di verifica e di censura da parte della Corte europea con la sentenza che ha deciso, con una condanna per l’Italia, il caso sottoposto dal ricorrente Làbita <sup>(100)</sup>.

Questa decisione si segnala non solo per gli argomenti con i quali è stato affrontato il tema specifico della verifica della consistenza e della affidabilità del contenuto probatorio del giudizio cautelare, ma anche per aver adottato un approccio completamente diverso da quello tenuto in passato a proposito dei delitti di criminalità organizzata <sup>(101)</sup> ed in particolare in relazione al fenomeno mafioso rispetto al quale l’Italia da sempre gode di una certa comprensione a Strasburgo.

Si pensi che di poco precedente al Caso Làbita si concluse in senso diametralmente opposto la vicenda di Bruno Contrada, l’*ex* dirigente del SISDE,

---

<sup>(98)</sup> Il riferimento è a Cass. sez. I, 12 febbraio 2003, *Rittizzano*, in *Cass. pen.*, 2003, 2592 secondo cui le misure cautelari personali ben possono essere fondate sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria in spregio al divieto di cui al comma 4 dell’art. 195 c.p.p., perché ad esse può essere attribuito il valore di indizi purché idonei a supportare un’alta probabilità di colpevolezza.

<sup>(99)</sup> P. TONINI, *Manuale di Procedura penale*, Milano, 2010, 408 secondo cui « *il richiamo espresso a tali norme, non deve essere letto come se implicasse a contrario l’inapplicabilità di tutte le altre disposizioni del libro terzo. Viceversa deve essere inteso come un giudizio ex lege di compatibilità e necessaria applicazione quanto meno delle norme appena richiamate*».

<sup>(100)</sup> La sentenza della Grande Camera della Corte europea del 6 aprile 2000 si trova pubblicata anche in *Corr. giur.*, 2000, 1435 e ss con nota di commento di A. BULTRINI e S. GRANATA, *ivi*, 1444 e ss.

<sup>(101)</sup> Per una disamina più approfondita del doppio binario per i delitti di criminalità organizzata, vd più diffusamente *infra*.

sotto inchiesta a Palermo perché accusato di concorso esterno in associazione mafiosa. Arrestato il 24 dicembre 1992 è rimasto in carcere fino al 31 luglio 1995. Le accuse a suo carico trovarono poi smentita in secondo grado, quando il 4 maggio 2001, la Corte di appello di Palermo pronunciò la sentenza di assoluzione, per essere poi definitivamente confermate in Cassazione il 10 maggio 2007. Il Contrada nel frattempo – prima ancora della definizione conclusiva del suo processo- aveva promosso ricorso alla Corte europea dei diritti dell’Uomo lamentando da un lato la non plausibilità dei motivi di sospetto e, dall’altro, l’eccessiva durata della sua detenzione *ante iudicium*. L’atteggiamento della Commissione prima <sup>(102)</sup>, della Corte poi <sup>(103)</sup> fu controllato da una estrema prudenza. Ad un sostanziale *self restraint*, infatti, corrisponde l’idea, estesa nelle motivazioni della Commissione, secondo cui la valutazione di attendibilità del pentito di mafia è questione che non può essere attratta nell’orbita del controllo effettuato dalla Corte europea, la quale pur rilevando la estrema delicatezza della questione – specie avuto riguardo al fatto che la attendibilità di quelle dichiarazioni può ben rivelarsi inquinata dallo scopo di ottenere benefici non solo carcerari o di puntare a vendette personali- rinvia sostanzialmente alle autorità italiane e dunque ai giudici della cautela il compito di apprezzare, di volta in volta, se quelle dichiarazioni siano tali da poter fondare il ragionevole sospetto di commissione del reato.

Diversa la prospettiva segnata nel caso Làbita. In questa sede la Corte, mostrando di aderire esplicitamente alle preoccupazioni espresse dalla Commissione nel caso Contrada, a proposito dell’utilizzo probatorio delle dichiarazioni dei pentiti di mafia <sup>(104)</sup>, conclude per l’accoglimento del ricorso.

Vi è da dire che le due questioni portate all’attenzione della Corte, seppur in molte parti coincidenti – si pensi, oltre alla identità di fattispecie criminosa contestata, al tempo di privazione della libertà personale (circa due anni e sette

---

<sup>(102)</sup> Causa Contrada c. /Italia, ric 27143/1995, Decisione Commissione del 14 gennaio 1997.

<sup>(103)</sup> Corte EDU, 24 agosto 1998, Contrada c. Italia, Reports 1998-V, 2166.

<sup>(104)</sup> Esemplare il passaggio argomentativo contenuto nel § 157 di cui si richiamano i tratti più salienti. Vi si afferma «La Corte è consapevole del fatto che la collaborazione dei «pentiti» rappresenta uno strumento molto importante nella lotta delle autorità italiane contro la mafia. L’utilizzo delle loro dichiarazioni pone tuttavia un certo numero di problemi delicati poiché, per loro natura, simili dichiarazioni possono essere il risultato di manipolazioni e perseguire unicamente lo scopo di ottenere i benefici che la legge italiana concede ai « collaboratori di giustizia» o ancora mirare a vendette personali».

mesi in entrambi i casi) – in realtà differivano proprio sul diverso livello di verifica e di valutazione probatoria delle dichiarazioni accusatorie dei pentiti che nel caso Contrada erano state integrate da dichiarazioni successive, nel caso Làbita rimanevano del tutto prive di qualsivoglia riscontro o conferma individualizzante. Ciò non smentisce il ruolo di autentica evoluzione rappresentato dalla sentenza successiva, anche se non sono mancate, in seguito, decisioni che ancora una volta esprimono un atteggiamento indulgente nei confronti dell'Italia <sup>(105)</sup>. I paragrafi 156-159 esprimono il maturare di una lenta e articolata riflessione degli organi europei non solo con riguardo al peso indiziario delle dichiarazioni accusatorie dei pentiti di mafia, ma più in generale sul ruolo svolto dalla Corte, non più prudente osservatrice della condotta processuale delle autorità nazionali, cui veniva sostanzialmente rimessa la responsabilità della verifica di attendibilità delle stesse, ma vero e proprio organo di controllo sul merito della compatibilità di quegli accertamenti con lo scopo della Convenzione. Tanto che la stessa non lesina indicazioni sul criterio da adottare nella valutazione probatoria <sup>(106)</sup> di questa specifica chiamata di correo, affermando che le dichiarazioni dei pentiti devono essere corroborate da risconti esterni individualizzanti perché possano sorreggere quanto meno il mantenimento dello *status custodiae* <sup>(107)</sup> e sostenere il giudizio sulla ragionevolezza del perdurare dello stato detentivo.

Confrontando il caso Làbita con la giurisprudenza della Corte di cassazione, in particolare con quella che, sciogliendo i nodi di un impegnativo contrasto, ha trovato adeguata sistemazione in una recente sentenza a Sezioni Unite <sup>(108)</sup>, si rinviene quella sostanziale differenza che, come vedremo in particolare trattando il tema della durata della *detention on remand*, costituisce il tratto qualificante dell'orientamento dei giudizi di Strasburgo. Ci si riferisce, in particolare, al diverso e via via sempre più intenso livello di rigore preteso nella verifica di fondatezza ed attendibilità del quadro indiziario a seconda che esso venga a sorreggere l'iniziale

---

<sup>(105)</sup> In questo senso anche la sentenza *Pantano c. Italia*, 6 novembre 2003, più diffusamente *infra*.

<sup>(106)</sup> Vi è da dire che questo atteggiamento non ha poi trovato una diffusa adesione se non nelle ipotesi in cui il tipo di apprezzamento del materiale probatorio, non necessariamente attinente alla vicenda cautelare, sia stato condotto in violazione dell'art. 3 Cedu. Cfr Corte EDU, 12 aprile 2007, *Hacı Özen c. Turchia*, e Corte EDU, 29 settembre 2006, *Göçmen c. Turchia*.

<sup>(107)</sup> La distinzione tra presupposti sufficienti alla emissione della custodia cautelare e presupposti necessari al mantenimento dello stato detentivo costituisce una costante, come vedremo successivamente, nella giurisprudenza della Corte.

<sup>(108)</sup> Cass. pen., Sez. Un., 30 maggio 2006, *Spennato*, cit.

decisione custodiale o intervenga, successivamente, a giustificare la ragionevolezza del perdurare dello stato detentivo. Ed infatti se inizialmente il provvedimento restrittivo potrà legittimamente fondarsi su un quadro indiziario ancora non ben definito e suscettibile di approfondimento <sup>(109)</sup> - seppur necessariamente riferito ad una fattispecie criminosa dotata di *specificità* e *concretezza* <sup>(110)</sup> - successivamente, man mano che la privazione della libertà perdura nel tempo deve potersi fondare su una valutazione più approfondita degli elementi che la giustificano, tale da consentire di ritenere che la stessa sia dotata di quella ragionevolezza indispensabile a distinguerla da una sentenza di condanna anticipata.

Ciò si riflette non solo, come detto, sulla esigenza di un riscontro ulteriore avente ad oggetto la verifica di un maggior livello di affidabilità dell'iniziale quadro indiziario, ma anche sull'accertamento della sussistenza di quei *pericula libertatis* che la Convenzione indica –ricorrendo alla disgiuntiva “or”- quali parametri alternativi, ma non necessariamente contemporanei, al *reasonable suspicion*.

---

<sup>(109)</sup> La Corte individua un vero e proprio *climax* di attendibilità del quadro indiziario. Se, infatti, al momento dell'apprensione del prevenuto, le autorità di polizia non devono essere in grado di raccogliere prove sufficienti per formulare accuse, essendo adeguato un sospetto su fatti oggettivi; se la decisione con la quale si è giustificato il mantenimento dello *status custodiae* potrà essere fondata su un quadro indiziario non ancora completo, purché plausibile, ed anche in difetto della contemporanea presenza di un *periculum libertatis*; la successiva verifica dovrà essere condotta sulla base di dati maggiormente qualificati nel segno della affidabilità circa la prognosi di futura condanna.

<sup>(110)</sup> Ad ulteriore riprova della distanza più apparente che reale del sistema normativo nazionale ed internazionale, che si pretenderebbe di far discendere dal confronto prettamente filologico tra *gravi indizi di colpevolezza* e *reasonable suspicion*, si consideri che l'opinione consolidata della Corte è da anni attestata sulla necessità che il tipo di *offesa* gravata da *ragionevoli sospetti* sia dotata dei requisiti della *specificità e della concretezza* ( cfr Corte EDU, , 6 novembre 1980, Guzzardi c. Italia, Serie A, n. 139, §102 e 22 febbraio 1989, Ciulla c. Italia, Serie A, n. 225, §40). A tale imperativo, cui fa eco nel nostro ordinamento anche la previsione dell'art. 292 lett. c) c.p.p. secondo cui il giudice, nel motivare l'ordinanza di emissione di una misura cautelare, è obbligato ad esporre «*le specifiche esigenze cautelari e gli indizi che in concreto giustificano la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato*», si lega l'opinione, spesse volte fatta propria dalla Corte, di un' ideale connessione tra privazione della libertà personale *pending trial* e sentenza di condanna. Ed infatti, solo un'ipotesi criminosa potenzialmente destinata a tradursi in una sentenza di condanna potrebbe giustificare il sacrificio della privazione della libertà personale di un soggetto che gode attualmente della franchigia della presunzione di innocenza. Del resto è la stessa Convenzione che testualmente sembra collegare la custodia cautelare agli esiti del processo, nella misura in cui strumentalizza tale modello di limitazione della libertà «*for the purpose of bringing him [l'indagato] before the competent legal authority*». In tali casi compito non semplice della Corte sarà quello di verificare se, in base al diritto interno, “l'offesa” oggetto di sospetto si identifichi con una fattispecie criminosa legalmente prevista.

4. *PERICULA LIBERTATIS*: PRESUPPOSTI APPLICATIVI DELLA MISURA CAUTELARE OVVERO “*CRITERIA OF REASONABLENESS*”.

Il riconoscimento, nel nostro panorama giuridico, del diritto di cittadinanza ai *pericula libertatis* in ambito cautelare è il frutto di stratificazioni profonde e di acquisizioni relativamente recenti consacrate in modo esplicito solo con il varo del codice di procedura del 1988. Discorso diverso invece dovrà farsi con riferimento al modello anglosassone che ha ispirato i compilatori della Convenzione.

In Italia, in particolare, fino al 1982 – quando venne emanata la legge istitutiva del Tribunale della libertà (L. n. 532/1982) – il codice del 1930 non menzionava in alcun modo le esigenze cautelari cui ancorare la legittimità dei provvedimenti restrittivi. Una lacuna che mal si sarebbe conciliata con il *dictat* dell’art. 13 Cost., che al legislatore impone la predeterminazione di casi e modi cui subordinare la legittimazione delle occasioni di privazione della libertà.

Alla babele degli orientamenti che da sempre ha invaso la teorica della coercizione cautelare ha fatto da contraltare un quadro politico dominato per anni non solo dall’avvento della dittatura e dal tumulto della guerra, ma, dopo l’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, da quello dell’emergenza terroristica. E, d’altro canto, il vuoto di fini lasciato dall’art. 13 Cost. aveva contribuito non poco ad alimentare i più disparati esperimenti interpretativi dal momento che, nel silenzio del codice Rocco, l’accertamento sulle esigenze cautelari costituiva facoltativo orpello di alcune, più sensibili, motivazioni giudiziali, assurgendo né più né meno che ad una linea di tendenza. Certo è che il criterio della *stretta necessità* <sup>(111)</sup> intuito dalla più sensibile dottrina liberale sarebbe stato destinato a non restare nel limbo in cui era stato relegato con l’avvento della legislazione fascista, ma a trovare una sponda, all’indomani dell’entrata in vigore della Carta fondamentale, nel principio della presunzione di non colpevolezza che, fu detto chiaramente dalla Corte costituzionale, avrebbe dovuto assumere il significato di un limite esterno al potere coercitivo dello Stato <sup>(112)</sup>, ponendo un freno alle

---

<sup>(111)</sup> Comparso per la prima volta con la L. 30 giugno 1876, n. 3183. Per una analisi del contesto storico che ha condotto fino alla elaborazione dei principi costituzionali, si rinvia a V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, cit., 315-424.

<sup>(112)</sup> Corte cost., sent. 23 aprile 1970, n. 64, in *Giur. cost.*, 1970, 663 e ss. con nota di M. CHIAVARIO, *La scarcerazione automatica tra la «scure» della Corte Costituzionale e la «restaurazione» legislativa*, ivi, 665 e ss., che dichiarando incostituzionale l’art. 253 c.p.p. del 1930 nella parte in cui non imponeva l’enunciazione dei motivi che giustificassero l’emissione del

tentazioni, ancora ricorrenti, di sovrapporre la dimensione cautelare a quella punitiva. La carcerazione preventiva, si legge nei passi decisivi della sentenza costituzionale del 1970, può essere disposta solo «*in vista di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo*». Come a dire che non sarebbe costituzionalmente tollerabile, perché lesiva della garanzia della presunzione di non colpevolezza, qualsiasi finalizzazione della custodia cautelare disposta per fronteggiare esigenze estranee al processo e di sapore preventivo e sostanziale.

Se questa pronuncia avesse trovato seguaci più obbedienti - come pure talvolta è parso se non altro nelle proclamazioni di principio di alcune decisioni seguenti, tuttavia, nella sostanza, dissonanti <sup>(113)</sup> - probabilmente le successive esperienze normative che hanno aperto la strada alla redazione del Codice Vassalli, avrebbero senz'altro avuto più pudore nel postulare soluzioni volte a costruire una disciplina della materia cautelare improntata anche alla verifica della sussistenza di un pericolo per la collettività e, forse, neppure la direttiva n. 59 della legge delega per il nuovo codice di procedura penale avrebbe imposto al legislatore di avallare identica prospettiva. È noto che a dominare la scena della disciplina cautelare siano spesso il pubblico interesse, la tutela della collettività, la sicurezza, l'emergenza e persino l'idea che sull'imputato venga spesso volte calata la maschera del capro espiatorio. Questo aspetto non è mai sfuggito né ai legislatori che si sono avvicinati nella disciplina delle misure cautelari né ai giudici della Corte costituzionale <sup>(114)</sup>. È del 1980 la sentenza che può a pieno titolo essere considerata antesignana della lett. c) dell'art. 274 c.p.p., la quale, superando il precedente di dieci anni prima, afferma che non vi sarebbe una sostanziale differenza tra le esigenze strettamente inerenti al processo ed altre che abbiano fondamento nei fatti per cui è processo purché dotate di rilevanza costituzionale. Di tal che anche

---

mandato di cattura obbligatorio, pur non censurando la legittimità dell'istituto, affermava il principio per cui la presunzione di non colpevolezza non è *tout court* incompatibile con meccanismi privativi della libertà personale *in itinere iudicii*, ma solo con quelle misure che dovessero assumere le sembianze di una anticipata sentenza di condanna. La carcerazione preventiva, infatti, può essere disposta solo «*in vista di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo*».

<sup>(113)</sup> G. ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in AA.VV. a cura di G. CONSO, *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale. I cinquant'anni della Corte costituzionale*, Napoli, 2007, 396. Ed infatti la sentenza della Corte cost., 6 luglio 1972, n. 124, pur richiamando il precedente del 1970, affermava che il senso della presunzione di non colpevolezza risiedeva nella principio secondo cui «*durante il processo non esiste un colpevole ma un imputato*».

<sup>(114)</sup> Cui non sono estranee affermazioni come quella esibita nella motivazione della sentenza 27 gennaio 1974, n. 17, in *Giur. Cost.*, 1974, 1212, secondo cui la custodia cautelare costituisce un «*rafforzato presidio di difesa sociale*».

l'esigenza di tutela della collettività dalla commissione di gravi reati, può giustificare la decisione di privare l'imputato della propria libertà personale *in itinere iudicii*, qualora, avuto riguardo alla personalità del medesimo, appaia fondato il pericolo che commetta reati con l'uso di armi o di altri mezzi di violenza contro le persone e che assumano una direzione lesiva verso le condizioni di base della sicurezza collettiva o dell'ordine democratico.

Il codice di procedura del 1988, uscito da un faticoso travaglio, ha attinto al bacino culturale della giurisprudenza costituzionale nel tradurre in disciplina normativa quel principio della *tridimensionalità funzionale* delle misure di coercizione personale che era stato accolto dal legislatore delegante nella direttiva n. 59, badando, per di più, ad irrobustire il laconico invito a predisporre misure *in tutela della collettività* con la previsione di un regime più articolato che di fatto si poneva in immediata contiguità con gli approdi della sentenza costituzionale del 1980 e che consentiva di superare il rischio di una possibile tensione con il principio di tassatività imposto dalla Costituzione.

Superati così gli interrogativi circa la compatibilità della *presunzione di innocenza* con un sistema di privazione della libertà *in itinere iudicii* senza dover più ricorrere alla distinzione, da taluno sostenuta, tra questa –considerata certamente incompatibile – e quella di *non colpevolezza* -che sarebbe stata accolta dal legislatore costituente proprio al fine di scongiurare il vizio di un'insuperabile antinomia-, i moderni scenari della dottrina e della giurisprudenza sembrano piuttosto incentrati sulla verifica della rispondenza di ognuna delle tre esigenze cautelari, nella loro concreta dimensione processuale, con il principio in questione.

E', questa, una prospettiva cui tende anche la Corte europea dei diritti dell'uomo incline a verificare che il sacrificio imposto al singolo in conseguenza del perdurare della detenzione *pending trial* sia compatibile con il suo *status* di presunto innocente. Ed infatti, nonostante il testo della Convenzione consenta di affermare che per legittimare forme di privazione della libertà personale *ante iudicium* sarebbe sufficiente la mera verifica della sussistenza del *fumus commissi delicti* e, solo in alternativa <sup>(115)</sup>, la concreta ricorrenza del pericolo «*to prevent him*

---

<sup>(115)</sup> «[...] *reasonable suspicion of having committed an offence and risk of flight are alternative (and not cumulative) justifying reasons for imposing a pre-trial detention*», così Corte EDU, Shannon c. Lituania, 24 novembre 2009, §49. Nel caso di specie la Corte concludeva per l'omessa violazione dell'art. 5, §1, lett. c) dal momento che sebbene il ricorrente avesse fornito prove sufficienti che non si sarebbe allontanato dal Paese, il mantenimento dello stato detentivo si

*committing an offence or fleeing after having done so*», la Corte, ormai con cadenza costante, afferma che il mero accertamento del livello di attendibilità del quadro indiziario in relazione alla commissione dell'offesa se può sorreggere l'emissione dell'iniziale ordinanza cautelare, non sarebbe più idoneo, nel progredire del procedimento, a fondare la decisione delle autorità nazionali di perseverare nel mantenimento della detenzione. Esse, infatti, dovranno mirare a verificare anche l'esistenza di «*specific indications of a genuine requirement of public interest which, notwithstanding the presumption of innocence, outweighs the rule of respect for individual liberty*»<sup>(116)</sup>.

Già da queste prime riflessioni appare evidente il fatto che il momento della verifica della sussistenza del *periculum libertatis* sia intimamente connesso al sindacato sulla ragionevolezza della durata dello stato detentivo, il cui perdurare potrebbe risultare non giustificato qualora non fossero rinvenute quelle esigenze cautelari che, non necessarie nell'iniziale decisione di privazione della libertà, divengono, al contrario, indispensabili presupposti della legittimità del suo mantenimento.

In presenza di un immutato quadro indiziario ed in assenza di ulteriori pericoli da fronteggiare nel caso concreto, non vi sarebbero alternative legittimamente praticabili, dopo un certo lasso di tempo, rispetto alla immediata liberazione del detenuto.

Una prospettiva, questa, completamente estranea alla disciplina del codice di rito italiano.

Del resto, basti considerare che l'ordinanza cautelare di un giudice italiano che tralasciasse la verifica della sussistenza, in concreto, del *periculum libertatis* sarebbe, stando alla disposizione dell'art. 292, lett. c), c.p.p., affetta dal vizio della nullità, per comprendere la distanza tra i due sistemi.

Il nostro legislatore ha infatti preteso di anticipare al momento genetico di privazione della libertà personale il presidio rafforzato della verifica duplice e contestuale del *fumus* e del *periculum* sul rilievo che solo il ricorrere delle esigenze cautelari potrebbe giustificare una limitazione della libertà personale che

---

giustificava, tuttavia, anche sulla base di meri sospetti di commissione del reato, irrobustiti, secondo la Corte, dalla sopravvenienza di nuove prove. Si tratta di una decisione poco convincente sotto il profilo della tensione con il principio della presunzione di innocenza.

<sup>(116)</sup> Tra le tante, Corte EDU, D.P. c. Polonia, 20 gennaio 2004, § 83 e ss.

altrimenti non conterrebbe alcun significativo *discrimen* con la sentenza di condanna.

Per quanto l'analisi del sistema delineato dalla Corte europea consenta, tutto sommato, di affermare che la *deminutio* di tutela corrispondente al momento iniziale di privazione della libertà personale sia compensato dai successivi obblighi di revisione della ragionevolezza della durata della detenzione, riesce difficile non pensare che, se anche un solo giorno di privazione di libertà costituisce di per sé sacrificio estremo, tale cioè da imporre agli organi nazionali la massima prudenza, il criterio del doppio accertamento preteso dal legislatore italiano sin dall'inizio della vicenda cautelare sia maggiormente rispondente allo standard di tutela più adeguato al tipo di diritto che viene ad essere compromesso.

Non va sottaciuto, tuttavia, che i principi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo vengono immaginati come operanti in un sistema processuale non inquinato, come il nostro, dalla macroscopica dilatazione dei tempi necessari per raggiungere il risultato conclusivo della sentenza definitiva. Ed allora, in un contesto nel quale l'imperativo della speditezza trova immediato riscontro sulla conduzione del processo di merito, quell'obbligo, preteso dalla Corte, di monitoraggio costante e ad intervalli regolari sulla legittimità della detenzione consente di recuperare, sul fronte del rispetto della presunzione di innocenza, un livello di tutela non poi così distante da quello che risulta garantito dalla contestuale e duplice verifica, sin dall'inizio della vicenda cautelare, della sussistenza di entrambi i presupposti applicativi, *fumus* e *periculum*.

Vero è che attestandosi lo scrutinio della Corte di Strasburgo anzitutto sulla conformità della detenzione al diritto interno, non sarebbe consentito ai nostri giudici adottare provvedimenti restrittivi della libertà personale che avessero unicamente ad oggetto la valutazione della sussistenza del *fumus commissi delicti*, dovendo necessariamente – a pena di nullità- motivare anche sulla esistenza delle esigenze cautelari che, in concreto, giustificano la misura disposta.

Ed è proprio sulla necessità di un *giudizio in concreto* che i due sistemi, quello nazionale e quello internazionale, tendono a convergere verso soluzioni in gran parte sovrapponibili.

La valutazione delle esigenze cautelari, che dalla Corte vengono spesso fatte coincidere con una variegata tipologia di situazioni non sempre immediatamente riconducibili ai tradizionali archetipi presenti anche nella nostra

disciplina codicistica (pericolo di fuga, di inquinamento probatorio e di commissione di ulteriori reati) <sup>(117)</sup>, deve essere condotta sempre avuto riguardo al concreto esprimersi della vicenda *sub judice*.

In particolare, si è affermato, utilizzando canoni valutativi che non sono estranei neppure alla nostra giurisprudenza di legittimità, che il pericolo di fuga assuma rilievo non in termini astratti – come accade nel caso in cui si pretenda di dedurre un rischio siffatto unicamente in base alla gravità delle accuse o alla severità della pena che potrebbe essere irrogata – ma concreti. Si deve aver riguardo, allora, alla personalità del soggetto così come alle specifiche modalità del fatto ovvero al contesto relazionale dell'indagato <sup>(118)</sup>.

A tal proposito la Corte ha affermato che l'allontanamento dell'indagato, pur se ingiustificato, dal luogo dell'udienza, senza che questa valutazione fosse accompagnata da indagini sulla storia dello stesso, non poteva costituire legittimo fondamento del rilevato pericolo di fuga tanto più se, come in quel caso, altre misure meno invasive avrebbero potuto comunque fronteggiare quel rischio <sup>(119)</sup>.

Con altrettanta rigore dovrà essere vagliato il pericolo di commissione di nuovi reati o di reiterazione di quello oggetto di accertamento, tanto più in ragione del fatto che una valutazione dotata di eccessiva genericità rischierebbe di alterare il già precario equilibrio tra esigenze di tutela della collettività, cui si ispira la previsione in parola, e il diritto alla presunzione di innocenza, minato alla radice da qualsiasi potenziale, aspecifico addebito di futura commissione del reato <sup>(120)</sup>.

Questa preoccupazione, invero, è ed è stata nel punto nevralgico della problematica cautelare, la percorre in modo trasversale.

---

<sup>(117)</sup> In molte pronunce si fa riferimento oltre al pericolo di fuga, a quello di inquinamento probatorio o al pericolo di commissione di un altro reato anche alla necessità di protezione dell'ordine pubblico o alla necessità di protezione del detenuto da se stesso in caso di tendenze suicide.

<sup>(118)</sup> Cfr Corte EDU, W. c. Svizzera, 26 gennaio 1993, Serie A, n. 254- A, §33 e Corte EDU, Barfuss c. Repubblica Ceca, 31 luglio 2000, (2002) 34 EHRR 37. In Italia, di recente, la Corte di legittimità, con la sentenza n. 19519 del 1 aprile 2010, in CED Cass. pen., 2010, ha affermato che « [...] *la sussistenza del pericolo di fuga non può essere ritenuta [...] per la sola gravità della pena inflitta con la sentenza, che è soltanto uno degli elementi sintomatici per la prognosi da formulare al riguardo, la quale va condotta non in astratto e quindi in relazione a parametri di carattere generale, bensì in concreto, e perciò con riferimento a elementi e circostanze attinenti al soggetto ed idonei a definire nel caso specifico, non la certezza, ma la probabilità che .lo stesso faccia perdere le sue tracce (personalità, frequentazioni, natura delle imputazioni, entità della pena presumibile o certamente inflitta) [...]».*

<sup>(119)</sup> Si legga la decisione sul caso Ambruszkiewicz c. Polonia, 4 maggio 2006, §30-33. In termini altrettanto rigorosi, Corte EDU, 22 agosto 2007, Kaszczyńiec c. Polonia, §54-55.

<sup>(120)</sup> Cfr Corte EDU, 28 ottobre 1998, Assenov c. Bulgaria, §156.

Già nel suo primo caso (<sup>121</sup>), la Corte europea osservava che la Convenzione non permette detenzioni finalizzate a prevenire che una persona possa commettere un reato. Ed anche quando si è pronunciata sulla compatibilità delle misure di sicurezza italiane con il sistema delineato dalla Carta di Strasburgo, rilevava che l'art. 5 Cedu «*is not adapted to a policy of general prevention directed against an individual or a category of individuals who, like mafiosi, present a danger on account of their propensity to crime; it does no more than afford the Contracting States a means of preventing a concrete and specific offence*» (<sup>122</sup>).

Una persona può essere detenuta in conformità con l' art. 5 ,§1, lett. c), solo nel contesto di un processo penale e allo scopo di essere tradotta innanzi ad una autorità competente sulla base del sospetto che abbia commesso un reato. Solo successivamente il rischio di reiterazione del crimine potrebbe legittimare il mantenimento dello stato detentivo purché se ne compia una disamina in concreto, pena, in caso contrario, una inconciliabile tensione con la presunzione di innocenza.

E del resto, la prognosi sui comportamenti futuri dell'imputato deve sempre potersi fondare su quel materiale particolarmente ricco ed affidabile che gli inquirenti sono in grado di raccogliere solo ad uno stadio ormai avanzato dell'indagine preliminare, onde evitare che il ragionamento, necessariamente presuntivo, sia insidiato dall'incertezza sulla sussistenza delle premesse (<sup>123</sup>).

Tuttavia, nonostante i pur apprezzabili sforzi di adeguare siffatta previsione agli obiettivi imposti dalla presunzione di innocenza, sullo sfondo resta, insoluta, una questione nodale: come può giustificarsi una disciplina cautelare che, ponendo al centro la prognosi della pericolosità dell'indagato o dell'imputato, di fatto assume quale presupposto logico che lo stesso abbia commesso il reato del quale viene accusato prima ancora che un processo abbia definitivamente accertato il suo coinvolgimento nei fatti oggetto d'imputazione? Per quanto si arrivi a sostenere che il giudizio prognostico sulla pericolosità del soggetto debba essere dissociato dalla verifica della sussistenza degli indizi raccolti nel corso dell'indagine e dunque che esso non debba essere dedotto in base alla gravità delle accuse, resta il fatto che, per garantire il principio sancito all'art. 27, comma 2, Cost nonché all'art. 6, § 2,

---

<sup>(121)</sup> Corte EDU, 7 aprile 1961, *Lawless c. Irlanda*, serie A, n. 2, § 14.

<sup>(122)</sup> Così Corte EDU, 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*, § 102.

<sup>(123)</sup> E. MARZADURI, (voce) *Misure cautelari personali*, cit., 72.

Cedu, un siffatto scrutinio dovrebbe seguire e mai precedere l'accertamento della colpevolezza. In tale senso, la moltiplicazione degli argini entro cui è stato contenuto il potere discrezionale del giudice ad opera della riforma del 1995 ha segnato, certamente, un traguardo importante quanto meno attraverso una articolazione più precisa dei parametri sui quali potrà legittimamente fondarsi il giudizio in questione, ma non è riuscito, tuttavia, a sgombrare definitivamente il campo dal sospetto della sua incostituzionalità.

Vero è infatti che il riferimento aspecifico, contenuto nel nuovo art. 274 lett c) del c.p.p. alla *gravità* dei delitti con l'uso di armi o di altri mezzi di violenza personale nonché l'accostamento, disomogeneo, a quelli diretti a sovvertire l'ordine costituzionale, hanno lasciato aperta una porta a quella discrezionalità che si pretendeva di contenere e che ha condotto verso operazioni ermeneutiche a dir poco audaci, inclini ad attribuire alla finalità specialpreventiva una atipica funzione di supplenza delle carenze di concretezza rinvenibili nel dettato della lett. a) dell'art. 274 c.p.p., finendo per ritenere pericoloso quell'indagato (imputato) che, sospettato di aver commesso reati connotati da un intenso livello di gravità, potrebbe essere tentato di turbare, inquinando le prove, il regolare svolgimento del processo senza poter, al contempo, godere della garanzia della limitazione temporale dello *status custodiae* prevista dall'art. 292, comma 2, lett. d) e art. 301 c.p.p. (<sup>124</sup>).

Ora, la circostanza, innegabile, che il tipo di pericolosità che si intende fronteggiare con il ricorso alla misura cautelare sia intimamente connessa al fenomeno criminoso oggetto di indagine, inevitabilmente conduce a considerare il processo penale – nel quale per l'appunto quei reati dovranno essere accertati – come la sede naturale nella quale rinvenire soluzioni idonee a proteggere, per il tramite della privazione della libertà personale, la collettività dal rischio di futura commissione di gravi reati. Perciò la contaminazione tra la finalità dell'accertamento – tipica del procedimento penale – e quella preventiva – solitamente appannaggio del sistema amministrativo- unitamente alla lentezza con cui, soprattutto in Italia, si giunge alla sentenza definitiva, hanno finito per addossare sullo strumento cautelare la funzione preventiva di esclusiva competenza del sistema sanzionatorio.

---

(<sup>124</sup>) Così, P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 139.

Allo stato sembra impossibile rincorrere l'utopia di un definitivo tramonto di questa impropria strumentalizzazione della misura cautelare per finalità extraprocessuali, neppure immaginando di valersi di strumenti alternativi di carattere amministrativo più consoni sul piano teorico ma, nei fatti, meno garantisti del processo penale (<sup>125</sup>).

Ecco perché, pur mantenendo ferma la consapevolezza che solo una celere definizione del processo potrebbe scongiurare il materializzarsi dei pericoli tipicamente riconducibili alle più gravi forme di criminalità, ci si accontenta di rilevare che l'uso di termini quali «*specifiche modalità e circostanze del fatto*», «[personalità dell'indagato o dell'imputato] *dedotta da comportamenti o da atti concreti*» nell'interdire ogni valutazione generica e nell'imporre al giudice l'obbligo di orientare la propria indagine solo su ciò che l'imputato *fa* e non su ciò che l'imputato *è*, così impedendogli di ricavare il giudizio di pericolosità da fattori di carattere ambientale (<sup>126</sup>) limita il rischio di una indebita sovrapposizione tra giudizio di pericolosità e indizi cautelari che costituisce, questa sì, una vera e propria breccia al presidio della presunzione di non colpevolezza.

Sul crinale della necessità di una verifica basata sui criteri di concretezza e specificità può essere analizzata l'ulteriore esigenza cautelare del pericolo di inquinamento probatorio.

Va ricordato, in premessa, che la Convenzione europea tace sulla possibilità di condizionare la limitazione della libertà personale per scopi cautelari allorché la stessa sia giustificata dal c.d. *risk of tampering with evidence and suborning witnesses* ovvero dal c.d. *risk of collusion*. Nondimeno la Corte considera legittime tutte quelle ordinanze cautelari basate sul pericolo di inquinamento probatorio allorché sia investita della verifica della legittimità della durata dello stato custodiale. Come accade per le altre esigenze cautelari, che pure ricevono un esplicito riconoscimento sul piano normativo, anche quella in esame assume, secondo l'interpretazione che ne dà la giurisprudenza di Strasburgo e nonostante il

---

(<sup>125</sup>) Suggerisce questa prospettiva P.P.PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 136.

(<sup>126</sup>) P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 136. In questi termini anche Cass. pen., sez. V, 3 febbraio 2010, n. 17696, in CED Cass. pen. 2010, secondo cui ai fini dell'applicazione della misura cautelare personale il giudizio sulla pericolosità dell'indagato non può essere svolto facendo riferimento agli schemi culturali dell'etnia di appartenenza dell'imputato. Diversamente, nel vigore della prima versione del codice di rito antecedente la riforma del 1995, Cass. pen., 4 marzo 1993, *Damiani*, in *Cass. pen.*, 1994, 2491 che al contrario assegnava al contesto ambientale la funzione di orientare il giudice nella valutazione della pericolosità del soggetto.

silenzio del legislatore internazionale, il ruolo non già di presupposto applicativo delle misure coercitive, ma di criterio di verifica della ragionevolezza della durata della *detention on remand*. A tal riguardo, «[the] *exert pressur on witnesses or tamper with evidence* » veniva giudicato dalla Corte motivo sufficiente per giustificare il mantenimento della custodia in carcere di Bruno Contrada <sup>(127)</sup>. O ancora, nel caso *IA c. Francia* <sup>(128)</sup>, la circostanza che il ricorrente avesse inscenato un furto in casa sua per depistare le indagini e così impedire che potesse essere a lui ricondotto l'omicidio della moglie, aveva per la Corte legittimamente fondato il timore delle autorità procedenti che l'indagato, se lasciato libero, avrebbe potuto alterare altre prove e così giustificato la decisione di privarlo della libertà. E tuttavia, si legge nelle battute finali della sentenza, seppur molte delle ragioni addotte dalle autorità procedenti per corroborare l'iniziale decisione di privazione della libertà, potevano ben essere ritenute sussistenti, tuttavia, non erano state in grado, affievolitesi col progredire del processo, di superare il c.d. *time test*. Con riguardo, in particolare, al rischio di inquinamento probatorio, una volta che il giudice aveva deciso di rimuovere i sigilli dall'appartamento di Mr *IA* non vi sarebbe stata più alcuna ragione di mantenerlo in carcere, atteso che tale decisione poteva essere stata assunta solo sul rilievo che il luogo del crimine, avendo già esaurito la sua funzione probatoria, ben poteva essere "contaminato", senza ripercussioni negative sul regolare svolgimento del processo.

Ebbene, dalla lettura di quest'ultima decisione, in particolare, emerge con chiarezza l'obiettivo della Corte di affidare solo a valutazioni condotte sulla base dell'analisi del concreto svolgersi dei fatti *sub judice* il compito di discernere se ci si trovi o meno al cospetto di una ragione sufficiente per mantenere in carcere il prevenuto <sup>(129)</sup>, rifuggendo da ogni automatismo di carattere presuntivo che si rinviene in tutte quelle decisioni nazionali tendenti a giustificare il mantenimento della custodia cautelare sulla scorta di un ragionamento che assume quale

---

<sup>(127)</sup> Cfr, Corte EDU, *Contrada c. Italia*, cit., § 61.

<sup>(128)</sup> Cfr Corte EDU, 23 settembre 1998, *IA c. Francia*, §110.

<sup>(129)</sup> È questo un principio che costituisce il tratto qualificante di molte pronunce della Corte in relazione al pericolo di inquinamento probatorio ( e non solo). In particolare si rinvia a Corte EDU, *Nikolova c. Bulgaria*, 30 settembre 2004, § 61 nella quale in particolare si afferma l'incompatibilità della Convenzione con automatismi presuntivi dedotti dalla serietà delle accuse a carico e Corte EDU, *Belkcev c. Bulgaria*, § 79.

presupposto della ricorrenza delle esigenze cautelari la astratta previsione di una condanna ad una sanzione elevata <sup>(130)</sup>.

Ed affiora altresì, seppur in modo non altrettanto esplicito, quale corollario della *concretezza*, l'idea, estranea al nostro sistema processuale, della naturale scadenza delle misure cautelari giustificate in relazione a pericoli di natura eminentemente probatoria al momento della conclusione delle indagini preliminari <sup>(131)</sup>.

Con altrettanta sensibilità il nostro legislatore obbliga il magistrato ad esibire nelle motivazioni delle ordinanze cautelari riferimenti concreti e specifici a supporto della sussistenza del pericolo di inquinamento probatorio. Si deve alla riforma del 1995 quello sforzo di «*specificazione e aggettivazione tipizzante*» <sup>(132)</sup> della lett. a) dell'art. 274 c.p.p., che esplicita l'obiettivo di coadiuvare il giudice nella valutazione e nella verifica del presupposto probatorio, fornendogli coordinate più dettagliate allo scopo di inibire, a pena di nullità della sua decisione (si legga la disposizione in parola in parallelo a quella, già citata, dell'art. 292, comma 2, lett. c) e d), c.p.p.), ogni tentazione di ancorare la propria motivazione sulla base di generiche, impalpabili ed incontrollabili motivazioni <sup>(133)</sup>. I tre corollari, sul piano della disciplina, della adesione al criterio di concretezza e

---

<sup>(130)</sup> Così anche Corte EDU, 3 aprile 2003, Klamecky c. Polonia (2), §122 -124, secondo cui la astratta previsione di una condanna a dieci anni di reclusione (massimo edittale) non poteva dirsi parametro soddisfacente sul quale fondare la sussistenza delle esigenze cautelari e, inoltre, il rifiuto del ricorrente di rivelare i nomi di alcuni clienti della sua compagnia non poteva dirsi argomento capace di dischiudere il pericolo di istigare i testimoni a rendere false dichiarazioni. Difettavano nel caso di specie «*any concrete circumstances capable of showing that the anticipate risk went beyond a merely theoretical possibility*». In tal senso anche Corte EDU, 28 gennaio 2003, Demirel c. Turchia, §57-63. Infine, Corte EDU, 13 dicembre 2005, Kozlowski c. Polonia, anche in *Cass. pen* 2006, 2302 (s.m.)

<sup>(131)</sup> Corte EDU, 9 novembre 1999, Debboud alias Hussein Ali c. Francia, § 44, laddove si afferma che una volta sentiti i testimoni non vi sarebbe stata più alcuna ragione di motivare il mantenimento dello stato detentivo quanto meno sulla base del *risk of tampering with the evidence*. Questo principio non trova adesione da parte della nostra giurisprudenza di legittimità incline a ritenere valide, al contrario, ordinanze cautelari fondate sul rischio di inquinamento anche delle prove da acquisire. Così recentemente anche Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 2010, n. 13896, in CED Cass. pen, 2010, secondo cui «*in tema di misure cautelari personali, la valutazione del pericolo di inquinamento probatorio va effettuata con riferimento sia alle prove da acquisire, sia alle fonti di prova già individuate, a nulla rilevando il fatto che le indagini siano in stato avanzato ovvero risultino già concluse, atteso che l'esigenza di salvaguardare la genuinità della prova non si esaurisce all'atto della chiusura delle indagini preliminari*».

<sup>(132)</sup> A. CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa* (l. 8 agosto 1995 n. 332), Torino 1995, 15.

<sup>(133)</sup> Il legislatore aveva di mira, infatti, il rinnovarsi di passate prassi distorsive, tendenti a presumere della mera pendenza delle investigazioni, l'esistenza del pericolo di cui alla lett. a) dell'art. 274 c.p.p.. Così E. AMODIO, *Nuove norme sulle misure cautelari e sul diritto di difesa*, Milano, 1996, 11.

specificità, sono rinvenibili: i) nella necessità di verificare l'esistenza di «*specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini*»; ii) in quella di delimitare lo spazio dello scrutinio del giudice «*ai fatti per i quali si procede*»; iii) alla esistenza della attualità e concretezza del pericolo «*per l'acquisizione e la genuinità della prova*». Tali parametri dovranno essere fondati «*su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile d'ufficio*».

Concretezza e specificità scandiscono la disciplina anche della esigenza cautelare di carattere processuale e costituiscono, tra l'altro, indispensabili condizioni per garantire il rispetto della presunzione di non colpevolezza<sup>(134)</sup>.

Ancora una volta ed anche con riguardo al pericolo di inquinamento probatorio la garanzia in parola costituisce il limite esterno oltre il quale qualsiasi disciplina cautelare diviene intollerabilmente incostituzionale.

E del resto non sono mancati sospetti: come ipotizzare che l'indagato (o imputato) intenda contaminare le prove se non immaginandolo già colpevole ancor prima che su di esse sia stato effettuato un accertamento in senso definitivamente favorevole o sfavorevole?<sup>(135)</sup>

Se questa domanda trova immediata risposta – anche l'innocente potrebbe essere tentato di mascherare prove per il timore di una condanna ingiusta<sup>(136)</sup> –, il vero banco di prova della tenuta della presunzione di innocenza ha riguardato, semmai, la vocazione della esigenza probatoria a fungere da giustificazione di misure privative della libertà mirate ad acquisire, mediante vere e proprie “estorsioni”, la confessione dell'imputato *in vinculis*. Per quanto apparisse ripudiata una simile prospettiva già nel dna del codice accusatorio, il legislatore del '95 ha dato veste di diritto positivo al divieto di dedurre l'emergenza del pericolo di inquinamento probatorio dal legittimo esercizio, da parte dell'indagato, del suo

---

<sup>(134)</sup> In modo lungimirante una decisione della Cassazione antecedente la riforma del 1995 affermava che «*in tema di esigenze per l'applicazione di misure cautelari personali, l'art. 274 comma 1 lett. a) c.p.p. condiziona le esigenze attinenti alle indagini alla accertata sussistenza di un pericolo concreto*»; il che postula il collegamento eziologico del pericolo suddetto con dati di fatto specifici, individualizzati e, necessariamente, muniti di base fattuale effettiva, dovendo il pericolo di inquinamento probatorio essere desunto non da mere ipotesi, bensì dalla realtà storica, ancorché elaborata con rigore logico, date le garanzie costituzionalmente apprestate a tutela del principio di libertà e della presunzione di non colpevolezza». Cfr Cass. pen., sez. VI, 28 settembre 1993, *Cividin*, in *Cass. pen.*, 1995, 2226.

<sup>(135)</sup> G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 337.

<sup>(136)</sup> P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 125.

diritto al silenzio (<sup>137</sup>). Erano quelli anni nei quali il processo accusatorio stentava a trovare sul piano applicativo adeguato riconoscimento. Le scosse telluriche tra il vecchio e il nuovo rito avevano il loro epicentro anche sul piano della disciplina cautelare (<sup>138</sup>).

Di qui la necessità di una previsione esplicita che ponesse al riparo da arbitrarie strumentalizzazioni della misura cautelare motivata da esigenze di probatorie. Del resto non si può non ritenere che proprio sulla inversione dell'onere probatorio circa la sussistenza della esigenza cautelare in questione che verrebbe a gravare sull'imputato "collaborazionista" possa rinvenirsi il tradimento della presunzione di innocenza (<sup>139</sup>).

E' sufficiente, per concludere, che l'esigenza probatoria in questione sia idonea, in base ad indici concreti dedotti puntualmente dai fatti oggetto di indagine ed esposti analiticamente nelle motivazioni giudiziali, a fronteggiare il rischio della pericolosità processuale dell'indagato per porsi al di fuori dall'area del rischio della sua incostituzionalità o di quella della violazione dell'art. 5 Cedu.

## 5. PROPORZIONALITÀ, ADEGUATEZZA E LE MODERNE SFIDE DELL'EMERGENZA. I RECENTI ASSALTI AL PRINCIPIO DELLA PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA.

---

(<sup>137</sup>) Non sono aliene, infatti, alla strumentalizzazione confessoria delle esigenze cautelari probatorie possibili tensioni con la presunzione di non colpevolezza, atteso il pregiudizio colpevolista di chi agisce col proposito di stimolare dichiarazioni auto indizianti. Ancora P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 126

(<sup>138</sup>) Ricordava A. CRISTIANI, *Misure cautelari*, cit., 20, «*le tristi cronache di questi tempi*» nelle quali «*[...] si è dovuta leggere l'autorevole affermazione di un magistrato del pubblico ministero, con la quale si contestava fermamente che i provvedimenti di custodia in carcere richiesti dal suo ufficio avessero lo scopo di ottenere confessioni, riconoscendosi, peraltro, che dopo l'ammissione degli addebiti da parte dell'indagato l'esigenza cautelare veniva automaticamente meno*».

(<sup>139</sup>) È questo un principio fatto proprio anche dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, la quale non ha mancato di affermare che la presunzione d'innocenza - sancita dallo stesso art. 6, al § 2, - comporta che debba esser l'accusa a provare la colpevolezza del prevenuto. Pertanto, se si costringesse quest'ultimo a deporre come teste sul fatto proprio, s'invertirebbe tale onere istruttorio. Infatti, ne deriverebbe l'imposizione al medesimo d'un obbligo di veridicità, coercibile, finalizzato a dimostrare la sua incolpevolezza. Cfr Corte EDU, 21 marzo 2001, *Mc Guinness c. Irlanda*, § 40. Per una attenta disamina agli sviluppi del principio del *nemo tenetur se detegere* in ambito nazionale ed europeo, si rinvia al contributo di P. MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2006, 611.

Quando la Commissione europea fu adita per decidere sul caso *Brogan* (<sup>140</sup>), l'Inghilterra era in stato d'assedio. Erano gli anni del terrorismo dell'IRA e del *The Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act del 1974*.

Quando la Corte europea si è pronunciata sul caso *Pantano c. Italia* (<sup>141</sup>) o prima ancora sul caso *Contrada c. Italia* (<sup>142</sup>), il fenomeno mafioso aveva da anni oltrepassato i confini siciliani ed era internazionalmente riconosciuto come un'organizzazione criminale di sodali uniti da un vincolo di giuramento, capace di rinnovarsi, sopravvivendo per oltre un secolo, e di perpetrare delitti di inusitata violenza.

Senza poter in questa sede dare conto dell'affascinante questione della difficile ricerca di un equilibrio tra istanze di potenziamento delle tecniche di repressione del crimine organizzato ed esigenze di tutela dei diritti umani, preme segnalare sin da subito che proprio sul tema della libertà personale ed in particolare quello della sua limitazione si sono registrati atteggiamenti di estrema prudenza degli organi europei, inclini a lasciare ampia libertà agli Stati nella individuazione e nella attuazione degli strumenti di contrasto, quasi come se certe forme di criminalità costituissero esclusivo appannaggio di una nazione, una sorta di idioma che la identifica e la caratterizza.

Nel caso *Brogan* la Commissione ritenne che l'esistenza di un pericolo per la società e per le istituzioni democratiche di un paese costituito dall'emergenza terroristica fossero di per sé motivi sufficienti per giustificare più intense forme di privazione della libertà personale e per consentire periodi più lunghi, nella specie, della *police custody*.

Con la decisione conclusiva dell'*affaire* Pantano, è stata ritenuta pienamente legittima la scelta del legislatore italiano di inasprimento del regime cautelare nei confronti dei soggetti indagati di appartenere ad associazioni di stampo mafioso. Ad essere oggetto di scrutinio, in questo caso, proprio la legittimità del meccanismo tracciato dall'art. 275 comma 3, c.p.p., nella versione risultante in seguito alla modifica della legge del 1995 (n. 353). Quello, cioè, della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare laddove le indagini

---

<sup>(140)</sup> Comm. EDU, 29 novembre 1988, *Brogan and others c. UK*, Serie A, n. 145-B.

<sup>(141)</sup> Corte EDU, 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*. Si veda la nota di commento di G. MANTOVANI, *Dalla Corte Europea una "legittimazione" alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia*, in *Leg. pen.*, 2004, 513 ss.

<sup>(142)</sup> Corte EDU, 24 agosto 1998, *Contrada c. Italia*, cit.

condotte nei confronti del soggetto ristretto in *vinculis* abbiano consentito di appurare l'esistenza di gravi indizi di colpevolezza in relazione a reati connessi, per l'appunto, alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

Ogni presunzione, specie se assoluta, che sottrae all'organo giudicante la verifica della adeguatezza della misura custodiale in relazione ad esigenze cautelari da fronteggiarsi in concreto e che considera *a priori* proporzionata la detenzione carceraria in relazione alla gravità dei reati contestati, è destinata, come vedremo oltre, ad entrare in rotta di collisione con il principio della presunzione di non colpevolezza, neutralizzando in un sol colpo gli effetti che il vaglio di concretezza e specificità producono in termini di necessaria differenziazione della pena e della cautela. Se la custodia cautelare è dalla legge considerata l'unica misura adeguata in presenza di un grave quadro indiziario circa la sussistenza di talune tipologie criminose e se la ricorrenza delle esigenze cautelari diviene oggetto di uno scrutinio al contrario – esse si valutano solo se il giudice è investito dal ricorrente dell'obbligo di accertarne l'assenza allorché quest'ultimo abbia allegato prove in tal senso - il confine tra il punire e il cautelare diviene, inevitabilmente, impercettibile.

Per quindici anni, in Italia, questa *eccezione* alla regola della necessità di una verifica in concreto, ritagliata per il singolo caso di specie, dei criteri di proporzione e adeguatezza delle misure cautelari, che ha superato persino la prova di resistenza del vaglio di legittimità costituzionale entrando a pieno titolo nell'alveo delle norme del *c.d. doppio binario* dei processi di mafia, era rimasta invariata.

Una nuova stagione dell'emergenza nel 2009 <sup>(143)</sup> ha firmato il varo di una ulteriore modifica legislativa del comma 3 dell'art.275 c.p.p. estendendo la presunzione legale di adeguatezza e proporzionalità della custodia cautelare ad altre tipologie delittuose, non caratterizzate, tuttavia, dalla quella capacità diffusiva e di penetrazione tipica delle forme di manifestazione del crimine organizzato perché per natura episodiche e riconducibili a vicende uniche, pur drammatiche, della vita di singoli soggetti.

---

<sup>(143)</sup> Che ha offerto l'occasione per l'entrata in vigore del recente pacchetto sicurezza. In particolare la modifica del comma 3 dell'art. 275 c.p.p. si deve al D.l. n. 11 del 2009, convertito con modificazioni nella L. n. 38 del 2009.

Essa tuttavia, contrariamente a quella del 1995, nasceva predestinata a condividere con molte modifiche del codice di rito degli ultimi anni il destino precario delle norme incostituzionali e ad essere pertanto travolta, dopo soli diciassette mesi di vita, dalla scure della Corte costituzionale perché palesemente contrastante, oltre che con gli art. 3 e 13 Cost, soprattutto con il principio della presunzione di non colpevolezza sancito al comma 2 dell'art. 27 Cost.

Del resto, proprio l'esigenza di assicurare una tutela incisiva al diritto alla libertà personale dell'indagato presunto innocente aveva reso ragione della scelta del legislatore del 1988 volta ad evitare - valorizzando al massimo grado i principi di *adeguatezza* e di *proporzionalità* e condizionando l'applicazione delle misure al positivo esito dell'indagine sulla esistenza di esigenze cautelari - che la custodia cautelare potesse dipendere unicamente dalla mera verifica della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza perché ciò avrebbe reso impossibile distinguere funzionalmente la restrizione della libertà personale in corso di procedimento da quella predisposta all'esito del medesimo. Ed infatti l'art. 275, comma 3, c.p.p. nella versione originaria, imponeva al giudice di accertare, ogni volta, la presenza di uno dei *pericula libertatis*. Era stata esclusa dal legislatore, infatti, non solo la possibilità di ricorrere ad automatismi presuntivi basati sul mero accertamento della sussistenza di un quadro indiziario grave, ma altresì la possibilità di ricorrere a regimi differenziati in ragione delle diverse tipologie di reato. Dunque, per qualsiasi ipotesi criminosa contestata, il giudice avrebbe necessariamente dovuto tenere conto della «*specificità idoneità di ciascuna (misura) in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto*» (art. 275, comma 1, c.p.p.), determinandosi a disporre la custodia cautelare solo ove «*ogni altra [...] risulti inadeguata*» e tenendo altresì conto della «*entità del fatto e della sanzione che sia stata o si ritiene che in concreto possa essere irrogata*» (art. 275, comma 2, c.p.p.).

I principi di *adeguatezza* e di *proporzionalità*, seppure per giurisprudenza consolidata non impongano al giudice di dare conto di una analitica dimostrazione delle ragioni che rendono inadeguata ogni altra misura <sup>(144)</sup>, svolgono, tuttavia, un ruolo di contenimento della discrezionalità prescrivendogli, in un contesto come il

---

<sup>(144)</sup> È considerata sufficiente, infatti, l'indicazione degli elementi specifici che, nella singola fattispecie fanno ritenere ragionevole predisporre la misura custodiale. Così anche Cass. pen., sez. III, 19 febbraio 1999, *p.m. in c. Atiogbe H.*, in CED Cass. pen., n. 213003.

nostro, caratterizzato da molteplici modelli di limitazione preventiva della libertà personale, di ricorrere al carcere quale *extrema ratio*. Un potere discrezionale tutto sommato esteso che, ancorché vincolato, consente al giudice non solo di individuare la risposta limitativa della libertà personale più adeguata a soddisfare le esigenze cautelari in concreto ipotizzate, ma anche quella che risulti più coerente con la condanna che si presume possa essere irrogata <sup>(145)</sup>.

Questo impianto di garanzie che allora doveva esser parso come avveniristico era destinato a non avere vita facile in un' Italia che ancora non aveva mostrato di accettare con disinvoltura i nuovi principi del processo accusatorio.

Ed infatti, immediatamente dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale il legislatore è intervenuto più volte sul testo del comma 3 dell'art. 275 c.p.p. introducendo deroghe alla disciplina appena enunciata in direzione opposta alla vocazione *pro libertate* che aveva caratterizzato l'impianto originario. Questa disposizione, infatti, più volte rimaneggiata, costituisce il risultato del tortuoso avvicinarsi di interventi novellistici di matrice culturale e politica diversa, ispirati a logiche emergenziali che, a seconda del momento storico, hanno suggerito operazioni di riedizione volte ad individuare il compromesso ritenuto nell'immediato maggiormente rispondente alle esigenze di tutela della collettività anche a costo di una riduzione, più o meno ampia, degli spazi assegnati originariamente alla protezione della libertà personale.

Con la l. 12 luglio 1991, n. 203 di conversione del d.l.13 maggio 1991, n. 152 recante «*provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*», si è introdotto un meccanismo di presunzione legale per talune fattispecie criminose dotate di un elevato tasso di pericolosità. Ed infatti, per una serie considerevole di delitti (quelli di cui agli artt. 285, 286, 416-*bis*, 422, 575, 628, comma 3, 629 comma 2 e 630 c.p.; quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore

---

<sup>(145)</sup> E. MARZADURI, (voce) *Misure cautelari personali*, cit., 7, secondo cui, «*ove fosse stata coltivata con la dovuta attenzione una prospettiva del genere, che pur postulando una differenziazione del regime provocato dalla diversità degli addebiti, non sembra andare incontro ad insuperabili censure di legittimità costituzionale, probabilmente sarebbe venuta meno larga parte delle preoccupazioni ingenerate dalla mancanza di un trattamento cautelare specificamente destinato agli imputati dei reati più gravi*»..

nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni ovvero delitti di cui agli articoli 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 80, comma 2, e 74 D.p.r. 309/90), doveva essere applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che fossero acquisiti elementi dai quali risultasse l'insussistenza delle esigenze cautelari o che le stesse potessero essere soddisfatte con altre misure. Un'area piuttosto ampia di reati, quindi, era sottratta alla valutazione discrezionale del giudice in ordine alla verifica preliminare non solo della ricorrenza dei *pericula libertatis* – ritenuti automaticamente sussistenti in presenza di un quadro indiziario grave relativo a talune fattispecie criminose per definizione particolarmente allarmanti – ma anche dell'attitudine di misure meno afflittive a fronteggiare tali esigenze cautelari presunte. E tuttavia, con ciò discostandosi dal sistema di presunzione *iuris et de iure* tipico della cattura obbligatoria, si consentiva al destinatario la possibilità di prospettare la sussistenza di elementi idonei a superare la prognosi legale di pericolosità attraverso la prova sia dell'inconsistenza delle esigenze cautelari sia dell'idoneità di altra misura a contrastare i rischi connessi al mantenimento di uno stato di libertà.

In linea con questa stagione di controriforma, l'art. 1 del D.l. 9 settembre 1991, n. 292, recante «*disposizioni in materia di custodia cautelare, di avocazione dei procedimenti penali per reati di criminalità organizzata e di trasferimenti di ufficio dei magistrati per la copertura di uffici giudiziari non richiesti*» convertito in L. 8 novembre 1991, n. 356, aveva previsto un ulteriore meccanismo di irrigidimento del congegno presuntivo attraverso la limitazione dei contenuti del già impegnativo onere probatorio del destinatario della misura: si consentiva in altre parole solo di provare l'insussistenza delle esigenze cautelari e non più l'adeguatezza di misure meno afflittive, che, di fatto, per quelle tipologie di reati non erano più ammesse<sup>(146)</sup>. Da qui l'idea che proprio l'estrema difficoltà di allegazione di elementi idonei a vincere la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari di fatto avesse determinato un sistema di obbligatorietà della custodia cautelare.

Superata l'emergenza dei primi anni '90, un nuovo intervento di riequilibrio complessivo del sistema avvenne con l'emanazione della L. 8 agosto 1995, n. 332 recante «*modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei*

---

<sup>(146)</sup> Per una disamina, D. SCHELLINO, *sub art. 275 c.p.p.*, in *Commentario Chiavario*, I Agg., Torino, 1993, 114 ss.

*procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa»* che comportò una significativa riduzione dell'area della presunzione e del correlativo rovesciamento dell'onere della prova, limitata solo ai delitti di associazione mafiosa o commessi con metodo o finalità mafiose. Come osservato dai primi commentatori della novella del 1995 <sup>(147)</sup>, pur se indubabilmente alla stessa fosse da riconoscersi il pregio di una drastica limitazione dell'operatività del meccanismo presuntivo attraverso l'eliminazione di molte fattispecie criminose comprese nel catalogo di quelle destinate al regime più rigoroso, la suddetta opzione normativa non aveva comunque abbandonato le resistenze concettuali e politiche d'ostacolo ad abrogazioni coraggiose. Tutt'altro. In linea con la logica del *doppio binario* che ha giustificato e continua a giustificare la differenziazione di diversi istituti del codice di rito mediante la previsione di appositi moduli derogatori alla disciplina comune (in ragione della consapevolezza che le norme ordinarie non sempre riescono a fornire risposte utili a contrastare il fenomeno dell'associazione di stampo mafioso <sup>(148)</sup>), anche la disposizione citata esprimeva la necessità di conservare un territorio sottratto alla discrezionalità valutativa dell'organo giudicante altrimenti esposto alle pressioni tipiche di certe forme organizzate di criminalità.

Un'assoluzione piena del legislatore dall'accusa di incostituzionalità denunciata dal Tribunale di Firenze <sup>(149)</sup> per violazione degli artt. 3, 13 comma 1 e 27 Cost. venne pronunciata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 450 del 1995 <sup>(150)</sup>, con la quale fu approvata la scelta legislativa di conservare, per i delitti di stampo mafioso, il regime differenziato sopra ricordato. Ritennero i giudici, infatti, che l'art 275, comma 3, c.p.p. non potesse essere considerato una scelta irrazionale e lesiva dei diritti di uguaglianza, di libertà e di presunzione di non colpevolezza, sul rilievo da un lato dell'esclusiva, insindacabile competenza del legislatore ad individuare il punto di equilibrio tra le diverse esigenze della salvaguardia degli interessi collettivi e della limitazione del sacrificio della libertà personale; dall'altro ritenendo che la *delimitazione* della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso rendesse manifesta la non

---

<sup>(147)</sup> A. CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, cit., 39. Vedi anche E. MARZADURI, *sub art. 275 c.p.p.*, in Commentario Chiavario, III Agg., Torino, 1998, 165 ss.

<sup>(148)</sup> V. GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in A.A. V.V. a cura di V. GREVI *Processo penale e criminalità organizzata*, Roma-Bari, 1993.

<sup>(149)</sup> Ordinanza n. 350 reg. ord., in GU n. 25, I serie speciale, 1995.

<sup>(150)</sup> Corte cost., ord 18-24 ottobre 1995, n. 450, in *Leg. pen.*, 1996, 252.

irragionevolezza della disciplina *de qua*, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato; infine ammettendo che il congegno presuntivo non potesse essere considerato irragionevole neppure sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost., non essendo soluzione obbligata costituzionalmente quella di affidare sempre e comunque al giudice la determinazione del temperamento degli interessi contrapposti.

Certo è che seppure circoscritto e limitato ad un settore, quello dei reati di criminalità mafiosa, notoriamente caratterizzato dal ricorrere di situazioni complesse sotto il profilo investigativo - attesa la straordinaria capacità di infiltrazione territoriale delle cellule criminali, spesso resa possibile da atteggiamenti di intimidazione idonei a creare forme di assoggettamento e di omertà difficilmente superabili con gli ordinari strumenti di intervento statale- la presunzione del comma 3, art. 275 c.p.p., assume, complice anche un rigoroso orientamento giurisprudenziale, le vesti di una vera e propria sentenza di condanna anticipata.

In siffatte ipotesi, infatti, allorché ricorrano gravi indizi di colpevolezza, deve essere applicata la misura della custodia in carcere senza la necessità di accertare le esigenze cautelari che sono sempre presunte per legge. Al giudice di merito non incombe, in tal senso, alcun onere di motivazione se non nei limiti di una constatazione dell'inesistenza di elementi idonei a vincere la presunzione di pericolosità. L'obbligo di motivazione diventa più oneroso infatti solo nel caso in cui l'indagato o la sua difesa abbiano evidenziato elementi in grado di dimostrare l'insussistenza delle esigenze cautelari <sup>(151)</sup>. E tali, per la giurisprudenza, sono: il

---

<sup>(151)</sup> Cass. pen., Sez. un., 28 dicembre 1994, *Demistry*, in *Cass. pen.*, 1995, 858. In linea con questo orientamento anche recentemente si è ribadito che la presunzione normativa dell'adeguatezza della misura della custodia cautelare in carcere nei casi in cui sussistano gravi indizi di colpevolezza per un delitto di criminalità mafiosa- superabile solo in forza di elementi concreti e specifici dai quali emerga l'insussistenza delle esigenze cautelari – esonera il giudice dal dovere di motivare il provvedimento genetico dell'applicazione della misura, a fronte della deduzione difensiva di elementi generici e privi di concretezza, così Cass. pen., sez. VI, 23 ottobre 2008, n. 39897, in CED Cass. pen., n. 241484. Oppure ancora si pensi al rigore espresso da Cass. pen., sez. VI, 6 marzo 2008, n. 10318, in CED Cass. pen., n. 239211 secondo cui in presenza di gravi indizi di colpevolezza per uno dei reati indicati dall'art. 275, comma 3, c.p.p., deve applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere senza la necessità che il giudice accerti la sussistenza delle esigenze cautelari, presunta per legge, incombendo sul medesimo solo l'obbligo di constatare l'inesistenza di elementi che *ictu oculi* lascino ritenere superata tale presunzione. Sull' imputato, infatti, incombe l'onere di fornire la prova della recisione di ogni suo legame con i contestati vincoli associativi.

definitivo allontanamento dell'indagato dall'organizzazione mafiosa <sup>(152)</sup>; lo stato di malattia ovvero l'accertata impossibilità, anche in ragione del ruolo svolto, di continuare a partecipare ad una organizzazione criminale <sup>(153)</sup>. Non anche, per esempio, l'avvenuta ammissione dell'indagato al programma di protezione per i collaboratori di giustizia <sup>(154)</sup>, o il trasferimento dello stesso a diverso ufficio pubblico <sup>(155)</sup>.

Non può certo disconoscersi il rilievo che, nella materia della carcerazione preventiva, assumono le esigenze poste a presidio della tutela della collettività idonee a giustificare, in casi eccezionali, il ricorso a misure di rigore incidenti sulla libertà della persona sottoposta all'accertamento penale. Vero è tuttavia, che la fondamentale regola contenuta nell'art. 27, comma 2, Cost., impone di distinguere la posizione dell'imputato da quella del colpevole: le attenzioni che l'ordinamento appresta alla persona accusata della commissione di un reato non possono in alcun modo essere assimilate a quelle che vanno riservate a chi, in base ad una decisione definitiva, viene considerato autore indiscusso dello stesso. Da ciò dovrebbero derivare declaratorie di incostituzionalità di tutte quelle disposizioni impositive di coazioni preventive in tutto e per tutto assimilabili a quelle di carattere sanzionatorio.

Sul punto in realtà la Corte costituzionale non ha mai contribuito alla definizione precisa dei confini del principio, limitandosi a suggerire al legislatore soluzioni che non contrastino apertamente con lo stesso. Non solo, occorre ricordare che i tentativi di adeguamento del codice Rocco ai valori ed ai precetti della Costituzione sono parsi decisamente timidi. Si è già fatto riferimento nei paragrafi precedenti al salvataggio della cattura obbligatoria ad opera della sentenza costituzionale n. 64 del 1970 con la quale si affermò che il sistema delineato dall'art. 253 c.p.p. 1930, che vincolava il giudice ad emettere un provvedimento di cattura obbligatoria solo sulla base della natura dell'imputazione a carico del soggetto, doveva essere ritenuto costituzionalmente legittimo,

---

<sup>(152)</sup> Cass. pen., sez. V, 16 dicembre 2004, n. 48430, in CED Cass. pen., n. 231281.

<sup>(153)</sup> Cass. pen., sez. VI, 17 giugno 1996, n. 1415, in CED Cass. pen., n. 205030.

<sup>(154)</sup> Tra le altre, Cass. pen., sez. I, 21 ottobre 1996, in CED Cass. pen., n. 206067.

<sup>(155)</sup> Cass. pen., sez. VI 10 luglio 2008 n. 28780, in CED Cass. pen., n. 240830 secondo cui non costituisce elemento tale da escludere la sussistenza delle esigenze cautelari in relazione al delitto di associazione di tipo mafioso, l'avvenuto trasferimento dell'indagato, pubblico dipendente, ad un ufficio diverso non più funzionale alla commissione di tale delitto, in quanto la prosecuzione del rapporto di pubblico impiego consente pur sempre al medesimo di avvalersi delle relazioni allacciate nel tempo all'interno della P.A. al fine di continuare a rendersi utile al sodalizio.

nonostante, per stessa ammissione della Corte, fosse preferibile un sistema che «*demandi sempre al giudice il potere di valutare di volta in volta se lasciare in libertà l'imputato determini un pericolo di entità tale da giustificare la cattura e la detenzione*». E tuttavia ritenendo che l'individuazione del punto di equilibrio tra esigenze di tutela della collettività e quelle connesse al pieno esplicarsi della libertà personale siano esclusivo appannaggio del legislatore, quella esperienza si è rivelata, nonostante le importanti affermazioni di principio ivi contenute, di fatto un'occasione mancata per imporre soluzioni più coraggiose nella direzione di un'affermazione di illegittimità costituzionale. Figli di un contesto politico tormentato dall'emergenza del terrorismo <sup>(156)</sup>, i principi affermati con la sentenza del 1970 oggi possono dirsi comunque definitivamente superati, avendo i giudici costituzionali affermato che l'*an* della cautela non possa per definizione prescindere da un accertamento della effettiva ricorrenza, di volta in volta, delle esigenze cautelari potendosi, semmai, consentire una predeterminazione in termini generali da parte del legislatore circa il *quomodo* della sua attuazione <sup>(157)</sup>.

In questa ottica, lungi dal considerare la disposizione dell'art. 27, comma 2, Cost., alla stregua di un mero proclama politico, la Carta costituzionale, invero, indica, all'interprete una strada ben precisa, consistente nell'individuare nell'art. 13 Cost. una disciplina strutturale che acquista una direzione finalistica proprio in relazione alla regola della presunzione di non colpevolezza. Ciò consente di attribuire al principio in parola validità non solo come regola di giudizio, ma anche come substrato su cui devono essere individuate le coordinate della disciplina della libertà personale, nella misura in cui se ne arriva a consentire la limitazione sulla scorta di legittime e riconosciute esigenze di tutela della collettività <sup>(158)</sup>. Pertanto, in linea con l'imperativo di evitare arbitrarie sovrapposizioni tra custodia cautelare e pena detentiva, anche al fine di non sabotarne la finalità rieducativa (notoriamente messa in crisi da applicazioni dirette a precorrere decisioni di condanna attraverso l'indebito superamento dell'accertamento processuale della colpevolezza) la anticipazione della restrizione della libertà a fasi che precedono il

---

<sup>(156)</sup> Si pensi alle soluzioni drastiche della l. 22 maggio 1975, n. 152 (Legge Reale) che reintrodusse il superato (dalla l. 15 dicembre 1972, n. 773, legge Valpreda) divieto di concessione della libertà provvisoria ai soggetti colpiti da un provvedimento di cattura obbligatoria.

<sup>(157)</sup> Corte cost. ord. 450/1995, cit.

<sup>(158)</sup> Per un approfondimento, A. DE CARO, (voce) *Libertà personale (profili costituzionali)*, in *Dig. disc. pen.*, 1994, 829-851.

definitivo accertamento giudiziale deve necessariamente essere ancorata ad un rigoroso accertamento del *periculum libertatis*.

Soluzioni come quella della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare intanto possono superare indenni il vaglio di legittimità costituzionale se trovano adeguata *ratio giustificativa* in *eccezionali* esigenze di tutela della collettività, connotate da un *quid pluris* corrispondente ad un rischio ulteriore rispetto a quello fisiologicamente insito nella valutazione di gravità di un reato.

In tal senso deve essere interpretata anche l'ordinanza costituzionale n. 450/1995.

Ebbene, leggendo gli atti preparatori si ha la sensazione che il legislatore del 2009 abbia ritenuto di agire in perfetta sintonia con i principi dettati in questa materia dalla Corte costituzionale nella citata decisione. Al contrario, in quella occasione, pur concludendo come visto con una declaratoria di manifesta infondatezza della questione, la Corte aveva tutto sommato promosso l'esperienza normativa del 1995 in considerazione dell'elevato e specifico coefficiente di pericolosità per la convivenza e la sicurezza collettiva in situazioni caratterizzate da una elevata pressione ambientale determinata dalla presenza sul territorio dell'associazione mafiosa, superando solo per tali delitti la censura di irragionevolezza denunciata dal Tribunale di Firenze, anche in considerazione della sostanziale omogeneità delle condotte criminose previste. Circostanza quest'ultima non più rintracciabile nell'attuale testo a seguito della citata estensione <sup>(159)</sup>.

Analoga legittimazione invero proviene anche dalla giurisprudenza europea. Occorre ricordare, in via preliminare, le indicazioni fornite a riguardo dal Comitato dei Ministri degli stati membri del Consiglio d'Europa <sup>(160)</sup>, che, sul tema della *pre trial detention*, aveva affermato che quest'ultima deve essere sempre considerata come una «*exceptional measure*» non potendo mai essere

---

<sup>(159)</sup> Critici i vertici della magistratura e dell'avvocatura unitaria. Con delibera del 2 aprile 2009, in [www.csm.it](http://www.csm.it), il C.S.M. ricordava, all'indomani dell'entrata in vigore, come la disposizione del comma 3 dell'art. 275 c.p.p. fosse pensata per sollevare il giudice dall'onere di motivare la scelta della misura carceraria in particolari situazioni di pressione ambientale determinate dalla presenza dell'associazione mafiosa. Nella stessa direzione la Giunta dell'UCPI, con un comunicato di osservazione sul D.d.l. 733 del 2008, pubblicato il 18 novembre 2008, in [www.unionecamerepenali.it](http://www.unionecamerepenali.it), criticava il disegno del Governo volto a innestare meccanismi di anticipazione della condanna irrogata senza processo. Si veda anche la parte motiva della citata ordinanza costituzionale (n. 450/1995): in modo esplicito la stessa stabilisce che «*la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso rende manifesta la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza*».

<sup>(160)</sup> Cfr Raccomandazione REC ((80) 11).

strumentalizzata «*for punitive reason*». Non solo, ma la custodia cautelare ben può trovare spazio nel panorama della legislazione processuale dei paesi degli stati membri, solo se emessa in presenza di un «*reasonable suspicion that the person concerned has committed the alleged offence*» e solo ove ricorrono in concreto i *pericula libertatis* determinati dal rischio di fuga, di ostruzione del corso della giustizia, di commissione di un grave reato. E tuttavia, al paragrafo 4 della citata raccomandazione, il Comitato dei Ministri sembra offrire un viatico per tutte quelle situazioni in cui la particolare gravità dei reati possa di fatto consentire l'adozione di misure di carcerazione preventiva anche quando non sia possibile accertare la sussistenza dei citati pericoli. Ciò sembra tutto sommato consentire, seppur in via eccezionale, meccanismi di presunzione come quello predisposto dal comma 3, art. 275, c.p.p.<sup>(161)</sup>.

E del resto, riportandosi fedelmente ai principi appena enunciati, anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo, nel già citato *affaire Pantano c. Italia*, ha promosso le scelte del legislatore italiano.

Adita con un ricorso diretto a censurare l'irragionevole durata della custodia cautelare applicata nel contesto di una vicenda giudiziaria italiana che vedeva coinvolto un connazionale accusato del delitto di cui all'art. 416-bis c.p., il quale si doleva innanzi all'organo di giustizia europea per aver trascorso un periodo di quasi tre anni di carcerazione preventiva prima della sentenza definitiva di condanna, la Corte, pur diffondendosi sulla questione relativa alla ragionevole durata della custodia - *petitum* devoluto dal ricorrente- focalizza l'attenzione anche sul tema della individuazione dei limiti entro cui possa ritenersi consentito un regime cautelare diverso e maggiormente rigoroso per gli indiziati di reati particolarmente gravi. Anche in tale occasione si è ribadito il principio, ormai *leit motiv* di molte decisioni, secondo cui la persistenza delle ragioni plausibili per sospettare che l'arrestato abbia commesso un reato costituisce legittimo motivo di apprensione del soggetto e di limitazione della sua libertà *pendente iudicio*, ma,

---

<sup>(161)</sup> In effetti, in presenza di situazioni di carattere eccezionale – quali emergenze terroristiche o legate al crimine di stampo mafioso – gli organi di Strasburgo lasciano agli Stati la libertà di avvalersi dell'art. 15 Cedu (che consente per l'appunto di sospendere l'operatività della tutela dei diritti dell'uomo) ovvero di interpretare in modo più libero le disposizioni della convenzione. Di solito viene preferita questa seconda strada. Nel caso *Brogan* citato in apertura, la Commissione, poi contraddetta dalla Corte, aveva patrocinato un'interpretazione estensiva dell'art. 5 Cedu – ritenendo legittima l'estensione del periodo di tempo trascorso dai ricorrenti in *police custody* superiore al limite di quattro giorni idealmente fissato come massimo.

dopo un certo lasso di tempo non può più ritenersi sufficiente, dovendo essere in concreto verificata la sussistenza delle ragioni che avevano condotto all'adozione delle misure, tanto più consistenti, quanto più a lungo si protrae la detenzione *in itinere iudicii*. Perciò la sussistenza di un meccanismo presuntivo potrebbe impedire al giudice il necessario adattamento alle esigenze del caso concreto apparendo una soluzione eccessivamente rigida. Tuttavia per i giudici europei la soluzione scelta dal legislatore italiano non appare eccentrica rispetto ai principi ricavabili dall'art. 5 Cedu, trovando giustificazione nella necessità di proteggere la sicurezza e l'ordine pubblico oltre che a prevenire la commissione di altri gravi reati. *In questo contesto* <sup>(162)</sup> può ritenersi giustificata una siffatta presunzione per di più tenendo conto del fatto che la stessa non è assoluta, essendo ammessa la prova contraria <sup>(163)</sup>. Sono proprio i tratti tipici dell'associazione di stampo mafioso, per la Corte, a giustificare un siffatto avanzamento delle ragioni dell'efficienza a scapito delle garanzie individuali della libertà personale soccombenti rispetto alla necessità di consentire la totale rescissione dei legami esistenti tra le persone coinvolte ed il nucleo criminale di origine anche al fine di una riduzione del rischio di commissione di altri gravi delitti e dell'esercizio di particolari pressioni ambientali che possano compromettere la delicata attività degli organi inquirenti e giudicanti <sup>(164)</sup>.

Ma oltre tale limite non sembrano consentiti ulteriori arretramenti di tutela, con la conseguenza che l'eventuale protrarsi della *pre trial detention* emessa unicamente sulla scorta di una presunzione, potrebbe effettivamente porsi fuori dagli schemi tracciati dalla Convenzione <sup>(165)</sup>.

Nella stessa direzione anche la recente pronuncia *Hilgartner c. Poland*, 3 marzo 2009 <sup>(166)</sup>, emessa a seguito di ricorso presentato da un cittadino polacco in relazione ad una vicenda giudiziaria di detenzione preventiva per delitti di criminalità organizzata. Ancora una volta si afferma che una misura custodiale ben può essere emessa, in casi di particolare gravità, anche solo in presenza del

---

<sup>(162)</sup> «*Dans ce contexte*» sono le parole della sentenza Pantano.

<sup>(163)</sup> Solo con riguardo alla insussistenza delle esigenze cautelari, essendo, l'adeguatezza della custodia cautelare presunta *iuris et de iure*.

<sup>(164)</sup> La criminalità mafiosa viene presentata come «[...] *une structure hiérarchique rigide et de règles très striées, d'un fort pouvoir d'intimidation fondé sur la règle du silence et la difficulté d'identifier ses adeptes*», cfr Corte EDU, *Contrada c. Italia*, cit., § 67.

<sup>(165)</sup> In questi termini, G. MANTOVANI, *Corte Europea dei diritti dell'uomo e criminalità organizzata: un delicato equilibrio tra garanzie ed efficienza*, in *Leg. Pen.*, 2008, 49 ss.

<sup>(166)</sup> Corte EDU, 31 marzo 2009, *Hilgartner c. Poland*.

ragionevole sospetto che il ricorrente abbia commesso i delitti per i quali è accusato. Quando si procede per reati particolarmente allarmanti come quelli di criminalità organizzata, infatti, il *periculum libertatis*, che si identifica con il rischio di esercitare pressioni su testimoni o coimputati, è considerato particolarmente elevato. In tale caso, tuttavia, le autorità polacche, nelle varie ordinanze di proroga della misura cautelare (non quindi in quella dispositiva) non avevano individuato e motivato circa la persistenza di quei rischi legittimanti l'iniziale privazione di libertà. Non solo, ma limitando la giustificazione della carcerazione preventiva alla sussistenza di una fondata prognosi circa la possibile emissione di una sentenza di condanna a pena elevata, i tribunali territoriali avevano con ciò giustificato il mantenimento della custodia unicamente sulla base della gravità delle accuse, inidonea, per la Corte, a legittimare lunghi periodi di detenzione. Questa recente pronuncia sembra tracciare in modo più netto di quanto aveva fatto la sentenza Pantano una vera e propria distinzione tra i presupposti in base ai quali si giustifica l'emissione di un provvedimento limitativo della libertà personale e quelli, successivi, di proroga e mantenimento della stessa: se la gravità delle accuse – di nuovo reati relativi alla criminalità organizzata- può consentire il ricorso a moduli presuntivi della pericolosità, ciò non è tuttavia sufficiente a giustificare il mantenimento dello stato detentivo, rispetto al quale si pretende una verifica puntuale ed effettiva della sussistenza di quei rischi sul cui accertamento, pur indulgendo il legislatore, non possono essere ammesse deroghe allorché il regime carcerario si protrae per tempi non sempre ragionevoli in attesa della sentenza definitiva.

Guardata attraverso la lente di ingrandimento della giurisprudenza costituzionale ed europea la scelta del legislatore del 2009 mostrava tali e tante crepe da non poter rinvenire un *commodus discessus* nel rispetto che tradizionalmente la Consulta riserva alla *discrezionalità* del legislatore.

Il 21 luglio 2010, con la sentenza n. 265 (<sup>167</sup>), il nuovo articolo 275, comma 3, c.p.p. viene dichiarato incostituzionale per violazione degli artt. 3, 13 e 27, comma 2, Cost, «*nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600 – bis, primo*

---

<sup>(167)</sup> Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 949 con nota di P. TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia in carcere*, ivi, 949 e ss.

*comma, 609 – bis e 609 – quater del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva altresì l’ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici in relazione al caso concreto dai quali risulti che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte da altre misure».*

Questa decisione probabilmente è destinata ad aprire la strada a nuove pronunce di incostituzionalità, dal momento che i principi in essa affermati sono applicabili anche agli altri delitti contemplati nel nuovo art. 275 comma 3 c.p.p. tuttavia non oggetto del *devolutum* su cui si è concentrato lo scrutinio della Corte. La attuale fisionomia dell’articolo colpito dalla censura risulta, per effetto di questa “incostituzionalità parziale”, ancor più irragionevole avuto riguardo alla disciplina ancora vigente per i delitti di omicidio e di prostituzione minorile che condividono con quelli di criminalità organizzata lo speciale regime cautelare non più operante, invece, per quelli di violenza sessuale. Ed infatti, se, come più volte affermato dalla stessa Corte costituzionale nel considerato in diritto della citata sentenza, la gravità delle accuse, da sola, non può consentire il ricorso ad automatismi presuntivi capaci di rovesciare il canone del “minor sacrificio necessario” nel suo contrario, non si intravedono allo stato ragioni capaci di proteggere, ancorché parzialmente, la scelta del legislatore del 2009.

Ad aver sollevato la questione di legittimità costituzionale sono stati i giudici di merito. In particolare il Gip presso il Tribunale di Belluno, quello presso il Tribunale di Venezia e il collegio della Sezione del Riesame del Tribunale di Torino. La Corte di Cassazione, al contrario, ha manifestato un atteggiamento di assoluta e pervicace chiusura non solo nel ribadire a gran voce la rigida applicabilità della regola del *tempus regit actum* <sup>(168)</sup> così consentendo la conversione della misura *mitior* ancora in corso alla data di entrata in vigore della nuova disciplina ( di solito arresti domiciliari) con la custodia in carcere, ma nel non dar corso alle numerosissime istanze di promozione del giudizio di

---

<sup>(168)</sup> In una delle molteplici decisioni che esprimono principi dello stesso tenore - la recente sentenza della Sezione III, 3 marzo 2010, n. 15378 in CED Cass. pen., 2010- la Corte in stretta aderenza ad un suo precedente ( sezione III, 29 settembre 2009, n. 41107) affermava che la questione della retroattività della legge processuale consentiva di giustificare tra l’altro la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale promossa dal difensore in quella sede ai sensi dell’art. 117 Cost., a proposito del lamentato contrasto con le norme della Convenzione europea e con i principi elaborati dalla Corte circa la irretroattività della norma di sfavore che sono, per la Corte di cassazione, unicamente quelle sostanziali relative alla pena e non quelle processuali relative alle misure cautelari.

costituzionalità tutte arenatesi dietro il *dictat* della manifesta infondatezza <sup>(169)</sup>. A far da scudo a queste ordinanze il precedente della Corte costituzionale del 1995 adattato, con eccessiva facilità, al diverso contesto dei reati del nuovo catalogo.

È proprio a questa strutturale differenza che si affidano gli argomenti della Corte costituzionale per dichiarare l'incostituzionalità della norma in questione.

Abbandonato sbrigativamente il campo dalla questione di legittimità costituzionale, ritenuta assorbita alle altre, che il Tribunale di Torino aveva sollevato in relazione all'art. 117 Cost per violazione dei principi espressi in materia dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, che pure avrebbe meritato un più accurato approfondimento, l'attenzione della Corte si concentra proprio sui restanti parametri degli artt. 3, 13 comma 1, e 27 comma 2, Cost.

Quella piena individualizzazione della coercizione cautelare che costituisce l'obiettivo dei principi di proporzione ed adeguatezza e che si realizza soltanto attraverso un regime del tutto impermeabile ad automatismi presuntivi, risulta *irragionevolmente* violata dalla nuova disciplina. La *ratio* che aveva giustificato il mantenimento in vita del regime cautelare speciale di natura eccezionale destinato agli indiziati di reati di criminalità organizzata può adattarsi unicamente a quei fenomeni criminosi le cui specificità in termini di capacità diffusiva e di alterazione dell'ordine democratico non sono parimenti rinvenibili in relazione a reati caratterizzati invece da forme episodiche, seppur gravi, di manifestazione che attingono alla vita dei singoli individui. Ogni eccezione deve vivere nella dimensione che la riguarda e non può assurgere a diventare regola mediante una disarmonica sovrapposizione di ipotesi accostate sulla base di un non ben definito concetto di *gravità* dei reati.

All'affermazione di questi principi, tuttavia, non segue la soluzione che ci si poteva attendere. Il regime prescelto dal legislatore viene travolto dalla declaratoria di incostituzionalità, senza che a ciò segua il ripristino della disciplina previgente. Al contrario, ad essere oggetto di censura non è infatti il meccanismo presuntivo *integraliter* ma solo la sua assolutezza. «*La previsione di una presunzione solo*

---

<sup>(169)</sup> Oltre alla citata sentenza del 3 marzo 2010, si rinvia a Cass. pen., sez. I, 18 dicembre 2009, n. 8084, in CED Cass. pen., 2009, che ritiene manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale in relazione al delitto di omicidio, atteso che anche il delitto di omicidio al pari di quelli di criminalità organizzata, ha riguardo ad un bene primario di valenza individuale e collettiva quale, nella specie, quello della vita umana; o ancora Cass. pen., sez. III, 1 dicembre 2009, n. 49609, in CED Cass. pen., 2009; Cass. pen. sez. I, 8 ottobre, 2009 n. 40945, in CED Cass. pen., 2009.

*relativa di adeguatezza di quest'ultima», si legge nelle ultime pagine della decisione, « - atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio suggerita da taluni aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi probatori di segno contrario - non eccede, per contro, i limiti di compatibilità con i parametri evocati, rimanendo per tale verso non censurabile l'apprezzamento legislativo in rapporto alle caratteristiche dei reati in questione della ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso. In tale modo si evita comunque l'irrazionale equiparazione dei procedimenti relativi a tali reati a quelli concernenti la criminalità di tipo mafioso e si lascia spazio alla differenziazione delle varie fattispecie concrete riconducibili ai paradigmi punitivi astratti».*

Sorprende che la Corte non abbia in alcun modo ritenuto di censurare l'inversione dell'onere probatorio in relazione alla sussistenza delle esigenze cautelari, che incombe – in negativo- sul detenuto, ma soltanto e nel modo che abbiamo appena descritto, la presunzione di adeguatezza.

Se si fosse distolto lo sguardo verso la giurisprudenza di Strasburgo valorizzando la prospettiva suggerita dal Tribunale di Torino ai sensi dell'art. 117 Cost, probabilmente non sarebbe sfuggita la radicale e pressoché costante presa di posizione della Corte europea volta a contrastare scelte normative che sottraggano agli organi inquirenti il compito di provare la sussistenza e del *reasonable suspicion of having committed an offence* e dei *pericula libertatis* <sup>(170)</sup>.

D'altra parte, se come affermato dalle sentenza del 1995 a poter essere oggetto di presunzione non può mai essere l'*an* della cautela, ma solo il *quomodo* in una situazione come quella descritta dall'attuale normativa in cui nessun fattore esterno – il contesto mafioso – poteva intervenire a giustificare un regime differenziato, una soluzione intermedia lascia inevitabilmente poco appagati.

---

<sup>(170)</sup> Per esempio Corte EDU, Nikolova c. Bulgaria, cit. § 61 si critica la legge bulgara che pone a carico del ricorrente l'onere di provare l'inesistenza dei *pericula libertatis*.

## CAPITOLO III

### LE GARANZIE DIFENSIVE NEL PROCEDIMENTO CAUTELARE

SOMMARIO: 1. I DIRITTI GARANTITI AD OGNI PERSONA PRIVATA DELLA LIBERTÀ PERSONALE: *THE RIGHTS TO BE INFORMED OF THE REASONS OF THE ARREST*- 2. IL DIRITTO AD ESSERE TRADOTTI NEL PIÙ BREVE TEMPO POSSIBILE INNANZI AD UN GIUDICE “*OR OTHER OFFICER AUTHORISED BY LAW TO EXERCISE JUDICIAL POWER*”. I DIRITTI DI DIFESA NELLA FASE DEL PRIMO CONTROLLO GIUDIZIALE- 2.1 LA GIURISDIZIONALITÀ DEL CONTROLLO: PARITÀ DELLE ARMI TRA ACCUSA E DIFESA INNANZI AD UN ORGANO INDIPENDENTE E IMPARZIALE - 3. THE RIGHT TO *HABEAS CORPUS PROCEEDINGS* - 3.1. THE COURT - 3.2. LE GARANZIE PROCEDURALI: VERSO UN *FAIR TRIAL* CAUTELARE – 4. LA RIPARAZIONE PER INGIUSTA DETENZIONE: SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE *DE IURE CONDENDO*.

1. I DIRITTI GARANTITI AD OGNI PERSONA PRIVATA DELLA LIBERTÀ PERSONALE: *THE RIGHT TO BE INFORMED OF THE REASONS OF THE ARREST*.

«Lei è in arresto. – Si direbbe proprio che sia così, - disse K., e chiese:- E perché, poi? – Non siamo autorizzati a dirglielo. Torni in camera sua e aspetti. Il procedimento è solo agli inizi lei saprà tutto a tempo debito»<sup>(171)</sup>.

A tempo debito, dunque, in un indefinito *dopo* che certo non coincide con il momento dell'arresto, come testualmente preteso dall'art. 9, §2, del Patto internazionale dei diritti civili e politici e che, d'altro canto, sembra persino lontano anche da quel requisito di *speditezza* che l'art. 5, §2, Cedu descrive con l'avverbio *promptly*.

Per Joseph K., si sa, il *tempo debito* non arriverà mai.

Eppure, in quella battuta, si nasconde, estrapolata dal contesto storico e letterario, una ideale corrispondenza con la concreta dinamica del fenomeno della privazione della libertà personale disciplinato, per quel che qui ci occupa, nel panorama normativo interno e convenzionale. Quello, cioè, di un progressivo

---

<sup>(171)</sup> F. KAFKA, *Il processo*, Torino, 1995, 5.

irrobustimento della garanzia alla previa informazione, allorché il momento dell'iniziale apprensione del soggetto, che pure non può avvenire in difetto di una pur minima garanzia di conoscenza, sia destinato a trasformarsi in detenzione cautelare.

Ed infatti, per quanto unanimemente si riconosca che il presupposto indispensabile per il pieno esplicarsi delle garanzie difensive nel procedimento cautelare sia la effettiva conoscenza delle ragioni che hanno indotto le autorità a procedere all'arresto <sup>(172)</sup>, il suo contenuto viene diversamente declinato a seconda del momento in cui si esprime la compressione della libertà personale.

L'informazione, all'atto dell'arresto, può non coincidere con una comunicazione dettagliata che dovrà, in ogni caso, essere resa puntualmente man mano che si prolunga il periodo detentivo e vengano via via a sovrapporsi diversi titoli di legittimazione dello *status custodiae et poenae* <sup>(173)</sup>. Essa comunque deve essere sufficiente a consentire alla persona fermata di comprenderne il motivo. Non varrebbe a legittimarne la deroga neppure la circostanza che il fermato possa o debba immaginare le ragioni del suo arresto.

Quello che la garanzia in questione mira a realizzare è, infatti, prima di tutto un obiettivo umanitario <sup>(174)</sup>: evitare lo smarrimento <sup>(175)</sup> che una improvvisa, intensa e per giunta immotivata limitazione di un diritto fondamentale potrebbe ingenerare qualora se ne disponesse con arbitrio e si privasse la persona ristretta di quel preliminare livello di tutela necessario, tra l'altro, a consentirle di attivare il successivo controllo giudiziale.

La Convenzione europea articola la garanzia in questione in due diversi contesti: un diritto alla informazione che riguarda ogni soggetto privato a vario titolo della libertà personale e disciplinato al § 2, art. 5, Cedu e un diritto alla informazione processuale, disciplinato al successivo art. 6, § 3, lett. a), Cedu.

---

<sup>(172)</sup> Qui inteso nella accezione di misura *precautelare* e nel significato, atecnico, del momento preliminare ad ogni forma limitativa della libertà personale, sia essa fondata sul titolo cautelare ovvero su quello definitivo.

<sup>(173)</sup> S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford, 2005, 460, ricorda che gli organi europei ritengono legittima anche una informazione insufficiente, purchè seguita da una integrazione al momento dell'interrogatorio della persona arrestata.

<sup>(174)</sup> Ancora, S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, cit., 456. Id., *Liberty and security of person*, in A.A. V.V., a cura di MACDONALD, MATSCHELL, PETZOLD, *The European system of Human rights*, Dordrecht, 1993, 315.

<sup>(175)</sup> «La cosa gli pareva assurda, quello che stava capitando poteva essere preso come uno scherzo». Ancora, F. KAFKA, *Il processo*, cit.

In particolare l'art. 5 Cedu descrive la garanzia su tre livelli: quello *cronologico* – l'informazione deve essere tempestiva (*promptly*) – quello *sostanziale* – l'informazione deve avere ad oggetto le ragioni dell'arresto ed ogni accusa elevata a carico dell'arrestato - quello *formale* – l'informazione deve essere resa in un linguaggio che il destinatario *comprende* <sup>(176)</sup>.

Non vi è dubbio che la comunicazione debba avvenire al momento dell'arresto <sup>(177)</sup> e non *a tempo debito*. Il termine inglese *promptly* utilizzato nel § 2 diverge, nel significato, da quello utilizzato nel successivo § 3. Ed infatti se, come visto, la giurisprudenza della Corte considera legittimo anche un ritardo di quattro giorni per essere condotti innanzi all'autorità giudiziaria deputata al controllo sulla legittimità della detenzione, il tempo dell'informazione è dominato da un ritmo decisamente più accelerato <sup>(178)</sup>. Del resto è inimmaginabile che le autorità che procedono all'arresto non conoscano il motivo che legittima il loro intervento: si tratti di arresto in flagranza di reato, ovvero della esecuzione di un'ordinanza cautelare così come di una sentenza di condanna. Eventuali ritardi potrebbero essere legittimamente giustificati solo laddove si renda necessario reperire un interprete o per qualsiasi altro motivo il soggetto non sia in grado di comprendere l'informazione ovvero in caso di fuga. Nel qual caso è sufficiente per la Corte che l'informazione sia resa al momento del primo contatto con l'autorità <sup>(179)</sup>.

Ciononostante, gli organi europei non hanno mai imposto limiti stringenti agli Stati aderenti ben tollerando ritardi anche di due giorni <sup>(180)</sup>.

Quanto al requisito *sostanziale*, la Convenzione impone un contenuto minimo indefettibile concernente « *the reasons [of the] arrest and of any charge against him* ».

Pur divergendo dal corrispondente impegno comunicativo imposto alle autorità in fase dibattimentale <sup>(181)</sup>, l'art. 5 §2 Cedu delinea, seppur in modo più

---

<sup>(176)</sup> E non *in un linguaggio comprensibile* quasi a voler porre l'accento sulla necessità che si accerti in concreto la effettiva e non potenziale conoscenza delle accuse.

<sup>(177)</sup> Anche se la Convenzione non si esprime in questi termini, a differenza del Patto internazionale per i diritti civili e politici che all'art. 9 § 2 richiede che l'informazione sia resa *at the time of the arrest*.

<sup>(178)</sup> Cfr Corte EDU, Grande Camera, 29 gennaio 2008, Saadi c. Regno Unito, § 81-85, che ha deciso per la violazione dell'art. 5, §2, Cedu in un caso in cui al ricorrente, medico iracheno e rifugiato politico era stato negato il diritto di conoscere i motivi del suo arresto (avvenuto ai sensi dell'art. 5 lett. f) se non dopo 76 ore.

<sup>(179)</sup> Corte EDU. 25 ottobre 1990, Keuss c. Paesi Bassi, § 22.

<sup>(180)</sup> Tra le prime applicazioni, cfr Corte EDU, Skoogström c. Svezia, Application 8582/79.

sfumato, i contorni di un obbligo la cui genericità trova ragione proprio nella destinazione *pre processuale* della garanzia, in considerazione, per l'appunto, della somma elasticità del quadro indiziario e, in conseguenza, dell'ipotesi d'accusa che da essa trae la propria giustificazione. Un'informazione dettagliata, sarebbe, in questa fase strutturalmente impossibile. Del resto, il materiale su cui si fonda l'accusa è, nelle battute iniziali dell'indagine, ancora magmatico. E tuttavia, ciò non toglie che il riferimento alla tipologia delle contestazioni a carico debba avvenire in modo rigoroso, non potendo, a tal riguardo, sopperire il generico riferimento agli articoli di legge che si assumono violati, inidonei ad assicurare la comprensione di quell'«*essential legal and factual grounds of his arrest*» funzionale a consentire all'interessato «*if he sees fit, to apply to a court to challenge its lawfulness in accordance with paragraph 4*»<sup>(182)</sup>.

In questa prospettiva svolgono senz'altro una funzione orientativa, non solo l'art. 13 Cost., tutto sommato muto in proposito, quanto piuttosto gli artt. 24 e 111 Cost.<sup>(183)</sup>. La immediata proiezione processuale di tali disposizioni si apprezza sia con riguardo al generale contenuto informativo di cui all'art. 369 c.p.p. – che impone, a garanzia dell'indagato nei cui confronti deve essere effettuato un accertamento tecnico irripetibile, una ispezione, un confronto, una perquisizione ovvero un sequestro, il riferimento specifico non solo alle norme di legge che si assumono violate, ma finanche alla data e al luogo del fatto – sia, per quel che qui ci occupa, a quello prescritto tanto nell'art. 386, comma 3, c.p.p. (relativo al

---

<sup>(181)</sup> L' art. 6,§3, Cedu, come noto impone alle autorità «*to inform every one charge with a criminal offence [...] in detail, of the nature and cause of the accusation against him*». Cfr. M. MACOVEI, *The right to liberty and security of person*, in [http://www.coe.int/TEhuman\\_rights/nrhb.pdf](http://www.coe.int/TEhuman_rights/nrhb.pdf), 47.

<sup>(182)</sup> Tra le tante, Corte EDU, 30 agosto 1990, Fox, Campbell and Hurlley c. Regno Unito, § 40.

<sup>(183)</sup> Non deve stupire, infatti, che anche sul tema del diritto alla previa informazione, che costituisce una specifica espressione del più generale diritto di difesa in ambito cautelare, si siano registrati analoghi atteggiamenti di ritrosia che i giudici della Consulta, per lungo tempo, hanno mostrato, complice proprio il silenzio serbato in proposito dall'art. 13 Cost., nel riconoscere un autonomo rilievo alle garanzie difensive in ambito cautelare. Tale chiusura era altresì dovuta alla tendenza alla conservazione di un impianto processuale impermeabile alla introduzione di spazi difensivi di un certo rilievo. E del resto, il dibattito dottrinale svoltosi intorno a tale disposizione, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, riguardava per lo più l'individuazione precipua delle finalità cautelari allo scopo di evadere, mediante interpretazioni costituzionalmente orientate, le aporie ancora dominanti nella disciplina positiva rinvenibile nel codice di matrice fascista. Ed infatti «*i rapporti tra gli artt. 13 e 24 Cost., quando non restavano del tutto in ombra erano guardati talora in un'ottica del tutto particolare, concernente la eventuale incidenza che il sacrificio della libertà personale poteva determinare in ordine all'esplicazione del diritto di difesa rispetto alla imputazione*». Così L. GIULIANI, *Misure restrittive della libertà personale e diritto di difesa dell'imputato*, in AA. VV., a cura di G. CONSO, *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 435. Sull'argomento, più diffusamente *infra*.

contenuto del verbale dell'arresto o del fermo, che deve contenere l'eventuale nomina del difensore di fiducia, l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo in cui l'arresto o il fermo è stato eseguito, nonché *l'enunciazione delle ragioni che lo hanno determinato*) tanto nell'art. 292 c.p.p. Quest'ultima disposizione impone, a pena di nullità dell'ordinanza cautelare, un contenuto ancor più articolato di quello rinvenibile in un verbale di arresto, comprendente, in particolare: *i)* la sommaria descrizione del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate; *ii)* l'esposizione delle esigenze cautelari che giustificano la misura disposta; *iii)* l'esposizione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa nonché, in caso di applicazione della misura custodiale in carcere, l'esposizione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. non possono essere soddisfatte con altre misure; *iv)* la fissazione della data di scadenza della misura disposta per esigenze investigative; *v)* la valutazione degli elementi a carico ed a favore dell'imputato (indagato) di cui agli artt. 358 c.p.p. e 327 *bis* c.p.p.

Questo progressivo articolarsi della garanzia informativa descrive i due poli, verso il basso e verso l'alto, di un *climax ascendente*: la provvisorietà delle conseguenze che discendono dall'arresto o dal fermo in termini di privazione della libertà personale sono alla base di una disciplina che privilegia adempimenti più rapidi e più snelli rispetto a quelli, decisamente più rigorosi, che connotano il contenuto dell'ordinanza cautelare, destinata a porsi quale presupposto di una privazione della libertà che, entro i limiti massimi, potrebbe rivelarsi anche molto lunga. Da ciò anche il diverso regime delle conseguenze sanzionatorie dell'inadempimento che viene addirittura tollerato dalla giurisprudenza allorquando si traduce in una omessa esplicitazione delle ragioni dell'arresto nel relativo verbale. Una siffatta lacuna, infatti, non sarebbe produttiva di alcuna nullità ai sensi dell'art. 178 c.p.p., ben potendo essere ammesso un rinvio ad un momento successivo alla redazione del verbale purché entro ventiquattro ore dall'arresto, con l'audizione dei verbalizzanti o con altri atti complementari al verbale di arresto che giustificano il provvedimento<sup>(184)</sup>.

---

<sup>(184)</sup> Cfr. Cass. pen., sez. V, 11 novembre 1993, *Behar Adbel*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 784. Di segno opposto, Cass. pen., sez. VI, 17 gennaio 1990, *Bertucci*, in *Cass. pen.*, 1991, 20, la quale mostrava un certo scetticismo circa l'idoneità di una trasmissione del verbale "per riassunto", attesa l'impossibilità, mediante siffatta scorciatoia, di verificare immediatamente la ritualità delle circostanze nelle quali la restrizione della libertà è stata attuata.

Vero è che pur non essendo gravati gli organi di p.g. che procedono all'arresto da un obbligo di esplicitazione puntuale delle ragioni dell'apprensione (<sup>185</sup>), tuttavia la loro ostensione in un verbale risulta indispensabile quanto meno al fine di consentire al giudice di disporre di elementi sufficienti per effettuare quel controllo sulla ragionevolezza della misura adottata che la legge gli impone (<sup>186</sup>).

Più complesse si presentano, per le immediate ricadute sulla disciplina positiva e sulla interpretazione giurisprudenziale dei principi elaborati dagli organi europei, le questioni che attengono alla *forma* della previa informazione.

Essa deve essere espressa, come detto, in un linguaggio che sia immediatamente comprensibile. Il che significa, in altri termini, predisporre un contenuto informativo non esclusivamente tecnico e, soprattutto, tradotto nella lingua dell'interessato laddove la stessa sia diversa da quella del Paese dove viene attuata la privazione della libertà personale.

Senza con ciò imporre una tutela generalizzata nei confronti di qualsivoglia minoranza linguistica, il sistema di garanzie delineato dalla Corte obbliga gli Stati ad uniformarsi ad uno *standard* minimo di adeguatezza.

In Italia, ancora oggi si nega il diritto alla traduzione del verbale di arresto. Secondo la giurisprudenza di legittimità (<sup>187</sup>), infatti, l'omessa traduzione non è produttiva di alcuna nullità atteso che per un verso l'arresto in flagranza non comporta l'immediata formulazione di una accusa, avendo luogo la medesima soltanto con l'interrogatorio in sede di convalida e, d'altra parte, il momento dell'apprensione del soggetto da parte degli organi di polizia giudiziaria non comporta la partecipazione dell'indagato che, al contrario, ne subisce gli effetti. Proprio la partecipazione del soggetto agli atti del procedimento costituisce, per la

---

(<sup>185</sup>) In dottrina distingue tra informazione sui motivi dell'arresto e informazione sull'accusa, G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea, le regole del giusto processo*, Milano, 2000, 84 il quale ritiene che nonostante in caso di emissione di ordinanza cautelare i due momenti possano coincidere, risultando quasi ridondante una doppia informazione, tuttavia considera ineliminabile il dovere di informazione sui motivi dell'arresto essendo funzionale non solo alla comprensione della regiudicanda ma anche a rendere effettiva la possibilità di discutere davanti al giudice questioni inerenti la legittimità dello stesso.

(<sup>186</sup>) In tal senso, Cass. pen., sez. III, 8 giugno 2007, *p.m. in c. Fall e altri*, in *Guida dir.*, 2007, 42, 93 e Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 2003, *Scarpelli*, in *Cass. pen.*, 2004, 3251.

(<sup>187</sup>) Cass. pen., sez. I, 22 settembre 2003, n. 38598, in *Dir. giust.*, 2003, 44, 15 con nota di E. ROSI, *Imputati stranieri: la traduzione del verbale non è sempre necessaria. Scusi, lei parla italiano? No. E io l'arresto lo stesso.*

Corte costituzionale (<sup>188</sup>), l'obiettivo della garanzia. Ciò comporta l'obbligo di assicurarne il rispetto ogni qual volta l'ordinamento consente una reazione alla formulazione dell'accusa esplicitabile nell'esercizio di tutte quelle facoltà che sostanziano il diritto di difesa. Nessun dubbio compare sul fatto che l'interrogatorio in sede di convalida costituisca il primo momento realmente partecipativo e che, proprio per tale ragione, l'indagato, tenuto inizialmente all'oscuro, perché incomprensibili, circa i motivi dell'arresto, non possa più attendere di essere edotto delle accuse formulate a suo carico essendogli indispensabile conoscere l'imputazione al fine di predisporre una strategia difensiva che gli consenta, preliminarmente, di apprezzare con la dovuta consapevolezza le conseguenze della scelta di avvalersi o meno del diritto al silenzio. Vero è che consentire forme di apprensione inconsapevoli, rinviando ad un momento successivo il pieno esplicarsi della garanzia, rende manifesta la distanza con quell'*obiettivo umanitario* al quale, si ritiene, il diritto alla previa informazione dovrebbe tendere. Esso, infatti, prima ancora di entrare a far parte del più complesso reticolo di facoltà che intervengono a sostenere il successivo scenario processuale – quale quello che si verifica allorché all'arresto segua, come vedremo, una vicenda cautelare – dovrebbe nell'immediato offrire la risposta a quell'istanza primordiale di chiarezza "*perché sono arrestato, dove mi portate, quali sono i miei diritti*" non obliterabile confidando nella correttezza di adempimenti successivi, specie ove ciò determini una indiscutibile disparità di trattamento tra l'indagato italoglotta – comunque edotto, nelle fasi iniziali dell'apprensione e di solito mediante consegna di copia del relativo verbale, dei motivi dell'arresto nonché del diritto alla nomina di un difensore - e quello alloglotta. Vi è da dire che, nonostante l'attenzione sempre crescente mostrata dagli organi europei a riguardo, si rinviene una certa tolleranza nei confronti di adempimenti tardivi, posticipati all'atto dell'interrogatorio, pur con l'avvertenza che oltre tale termine, comunque, non è consentito mantenere l'indagato nel limbo della disinformazione (<sup>189</sup>).

Diverso, come anticipato in premessa, il livello di attenzione riservato alle garanzie inerenti il procedimento cautelare.

---

<sup>188</sup> In quello che costituisce ancora oggi il *leading case* in materia, cfr. Corte cost., sent. 19 gennaio 1993, n. 10, in *Giur. cost.*, 1993, 52, con nota di E. LUPO, *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*, *ivi*, 66 e ss.

<sup>189</sup> Corte EDU, Fox Campbell e Hurlley, *cit.*, § 41.

La Corte europea ritiene per lo più che il diritto di cui al § 2, art. 5, Cedu assuma consistenza ove posto in relazione all'*habeas corpus proceeding* di cui al successivo § 4 <sup>(190)</sup>. Esso viene infatti considerato strumento imprescindibile per il corretto esercizio del diritto al controllo di legittimità della detenzione, svuotato laddove non fosse accessibile una adeguata conoscenza delle accuse a carico e dei motivi che giustificano lo stato detentivo. Questa destinazione processuale del diritto all'informazione ha indotto la Corte europea, nei suoi primi, superati arresti a ritenere addirittura assorbito l'esame della violazione del § 2, laddove fosse emerso il rispetto delle procedure di cui al successivo § 4 <sup>(191)</sup>.

Tale stretta interdipendenza non è smentita dalla necessità di assicurare un rilievo autonomo alla garanzia in parola. E tuttavia, di questo legame, si deve pur tener conto nell'analizzare le differenti sembianze che assume, all'interno della complessiva vicenda cautelare, il diritto alla informazione.

Del resto, il momento in cui il soggetto viene materialmente privato della libertà personale risulta spesso destinato a prolungarsi in forza di un sopravvenuto titolo di natura cautelare. In tali casi il diritto ad essere edotti delle accuse, oltre ad assumere un autonomo spessore, viene anche ad innervare il sistema di garanzie che ruotano intorno al successivo controllo giudiziale.

Il diritto alla esatta conoscenza delle imputazioni nonché della base probatoria che le fonda costituisce, infatti, una condizione indispensabile per il consapevole esercizio dei diritti connessi agli *habeas corpus proceedings* sia in funzione della promozione di una eventuale impugnativa sia, più in generale, della partecipazione effettiva e non virtuale dell'interessato nel procedimento cautelare che lo riguarda.

---

<sup>(190)</sup> *Contra*, S. TRECHSELL, *Human Rights cit*, 456, il quale pur non disconoscendo lo stretto legame tra diritto alla previa informazione ed *habeas corpus proceedings*, ne evidenzia, tuttavia, la portata autonoma.

<sup>(191)</sup> Corte EDU, 5 novembre 1981, X c. Regno Unito, § 66. Si rinvia alla *dissenting opinion* del giudice Evrigenis, che mostrava l'esistenza in seno alla Corte di un coro a più voci. «*To my great regret I have been unable to agree with the majority of the Chamber as regards point no. 3 of the operative provisions of the judgment. The right of an individual deprived of his liberty to be informed promptly, pursuant to paragraph 2 of Article 5 (art. 5-2), of the reasons for his being taken into custody constitutes a safeguard of personal liberty whose importance in any system which is democratic and founded on the rule of law cannot be underestimated. Quite apart from enabling the person detained to make proper preparations for bringing legal proceedings in accordance with paragraph 4 of Article 5 (art. 5-4), it is the embodiment of a kind of legitimate confidence in the relations between the individual and the public powers. In other words, what is guaranteed is a right that is autonomous and not auxiliary to the one provided for under paragraph 4 of Article 5 (5-4). The merits of the complaint under paragraph 2 of Article 5 (art. 5-2) should therefore be examined*».

Il riferimento a questi aspetti della garanzia alla previa informazione, come precipitato del più generale diritto di difesa e di parità delle armi nel procedimento cautelare assume, come già preannunciato, un significato particolare con riguardo alla posizione dell'imputato all'oglotta.

In questi termini il diritto alla comprensione di ogni questione inerente la vicenda cautelare si articola sul duplice livello della garanzia alla traduzione degli atti e alla nomina di un interprete, quali espressioni, contemporaneamente, di un diritto soggettivo perfetto, direttamente azionabile dall'interessato <sup>(192)</sup> e di un corrispondente obbligo ricadente direttamente sulle autorità procedenti. Ciò si apprezza in prima battuta sul piano della decorrenza dei termini per l'impugnazione dell'ordinanza cautelare che dovrà coincidere con il momento in cui l'imputato straniero abbia effettiva conoscenza della motivazione e del dispositivo del provvedimento.

Anche l'atteggiamento della giurisprudenza di legittimità conferma quanto detto a proposito del diverso livello di attenzione che coinvolge la citata garanzia allorché essa attenga al momento dell'iniziale restrizione del soggetto (il verbale di arresto può non essere tradotto) ovvero al successivo scenario cautelare. In questo settore, anche dopo la nota sentenza della Corte costituzionale del 1993, si sono registrati i più significativi contrasti interpretativi: se da un lato si è arrivati fino ad escludere che il diritto alla partecipazione consapevole del procedimento debba tradursi necessariamente nella conoscenza del contenuto dell'ordinanza cautelare che, è stato detto, non reca alcun dato informativo circa le modalità di svolgimento dei diritti conseguenti <sup>(193)</sup>, il diverso tenore di altre pronunce per lo più coeve che, al contrario, hanno ritenuto obbligata l'interpretazione contraria alla luce dei noti principi estesi nelle motivazioni della sentenza costituzionale del 1993 <sup>(194)</sup> ha reso indispensabile l'intervento delle Sezioni Unite <sup>(195)</sup>. Proprio il contenuto che

---

<sup>(192)</sup> Secondo quanto affermato in proposito da Corte cost., sent. 19 gennaio 1993, n. 10, cit.

<sup>(193)</sup> Così Cass. pen., sez. VI, 17 dicembre 2002, *Bohm*, in CED Cass. pen., n. 223847, che ha ritenuto che la tutela in questione sia adeguatamente assicurata dall'art. 94 disp. att. c.p.p. che impone al direttore del carcere la verifica circa la esatta comprensione da parte del soggetto ristretto *in vinculis* del contenuto del titolo limitativo

<sup>(194)</sup> Cass. pen., sez. V, 31 gennaio 2002, *Zubieta Bilbao*, in CED Cass. pen., n. 221608, che addirittura estendeva anche all'ordinanza del Tribunale del riesame confermativa della custodia cautelare la necessità di traduzione.

<sup>(195)</sup> Cass. pen., Sez. Un., 24 settembre 2004, in *Cass. pen.*, 2004, 1563 con nota di E. CALVANESE, *Ordinanza di custodia in carcere nei confronti dello straniero e diritto alla traduzione del provvedimento*.

contraddistingue il provvedimento cautelare – la contestazione di un reato, l’indicazione dei gravi indizi di colpevolezza, le esigenze cautelari- nonché le sue immediate ricadute sulla libertà personale, rendono, per la Corte, riunita nel suo più autorevole consesso, da un lato indifferibile, a prescindere dal contenuto, informativo o meno, del provvedimento, il momento in cui debba essere assicurato un adeguato livello di conoscenza dei diritti ad esso correlati nella prospettiva della successiva articolazione delle opportunità difensive, dall’altro inimmaginabile condizionarne l’operatività all’assolvimento di un onere dimostrativo a carico dell’imputato che è e deve restare appannaggio dell’autorità procedente, ove risulti dagli atti o *aliunde* la mancata conoscenza della lingua italiana da parte del destinatario della misura. Ovvio che, nel caso in cui lo stesso sia latitante e non sia in grado il giudice che procede di verificare in concreto il *deficit* di comprensione, tale momento dovrà improrogabilmente essere posticipato alla successiva fase dell’interrogatorio di garanzia eventualmente preceduto da quello del suo ingresso in carcere sulla base dell’obbligo imposto a carico del direttore ai sensi dell’art. 94 disp. att. c.p.p. Tale diritto, prosegue la Corte, non comporterebbe la necessità di una traduzione letterale resa superflua allorché al momento dell’interrogatorio reso ai sensi dell’art. 294 c.p.p. alla presenza del difensore, l’interprete fosse in grado di spiegare oralmente le ragioni poste a sostegno della decisione. Ora, in tali circostanze, pur non dando luogo a quella sanzione di nullità di ordine generale comunque connessa ai casi di totale omissione, il differire il momento della conoscenza alla sede dell’interrogatorio di garanzia, dovrebbe quanto meno non ostacolare l’imputato nel pieno godimento del termine per l’impugnativa, posticipando il *dies ad quem* al verificarsi della condizione di una effettiva comprensione del contenuto dell’atto (<sup>196</sup>). Si tratta di una soluzione che consente di raggiungere un compromesso tra le garanzie di difesa dell’imputato alloglotta e

---

(<sup>196</sup>) Si tratta di un principio seguito anche dalla giurisprudenza successiva. Si veda, oltre alla citata pronuncia a Sezioni Unite, anche Cass. pen., sez. III, 18 aprile 2007, n. 18413, in *Guida dir.*, 2007, 27, 80 che ha preso in esame l’omessa traduzione dell’ordinanza del Tribunale della libertà confermativa della ordinanza di “primo grado”. A tal proposito la Corte ha ritenuto la nullità della predetta ordinanza per violazione dei diritti di difesa rinviando al Tribunale del riesame per provvedere alla notifica dell’ordinanza tradotta, specificando, inoltre, che i termini per l’impugnazione sarebbero decorsi solo a seguito della notifica del provvedimento nella lingua nota all’indagato.

di efficienza del sistema, evitando il costo di adempimenti che potrebbero rivelarsi inutili <sup>(197)</sup>.

Altrettanta sensibilità dovrebbe invero riguardare anche la fase dell'udienza camerale innanzi agli organi del controllo. Proprio la necessità di evitare che l'imputato sia assimilato ad un inerte spettatore incapace di comprendere l'intero svolgimento della procedura *lato sensu* di riesame, si pone quale immediato presupposto della indispensabile traduzione dell'avviso di fissazione dell'udienza nonché della nomina di un interprete per parteciparvi consapevolmente.

Nonostante ciò, l'atteggiamento mostrato dalla giurisprudenza di legittimità, sembra dominato da resistenze ancora incomprensibili, se guardate attraverso la lente dei principi accolti nel '93 dalla giurisprudenza costituzionale, alla piena affermazione delle potenzialità espansive dell'art. 143 c.p.p. <sup>(198)</sup> la cui applicazione, sembra, per certi versi, nuovamente destinata a comprimersi in presenza di situazioni non giudicate sufficientemente a rischio. Ad essere sacrificati sono tanto il diritto alla traduzione dell'avviso dell'udienza camerale ai sensi dell'art. 309, comma 8, c.p.p., quanto, il diritto all'interprete nella predetta udienza.

Con riferimento alla prima questione, si ritiene per lo più che l'avviso di fissazione non debba essere tradotto nella lingua dell'imputato alloglotta non determinandosi in tal caso alcuna violazione dei diritti e della garanzie difensive alla comprensione dell'accusa. Ed infatti, da un lato tale atto non contiene l'enunciazione del fatto contestato e l'indicazione delle norme che si assumono violate, ma solo la data dell'udienza fissata per l'esame del gravame proposto dallo stesso imputato o dal suo difensore, dall'altro non impedisce all'interessato di partecipare agli atti della procedura – come pretende l'art. 143 c.p.p. - posto che, in ogni caso, nel corso dell'udienza è garantita al medesimo l'assistenza dell'interprete. Infine l'omessa traduzione non ostacolerebbe la facoltà di partecipare all'udienza e quella di rendere dichiarazioni al magistrato di sorveglianza, poiché le stesse derivano direttamente dal combinato disposto degli artt. 127 comma 3, c.p.p. e 309, comma 8, c.p.p. e, dunque, devono essere obbligatoriamente conosciute,

---

<sup>(197)</sup> In questi termini, P. SPAGNOLO, *Il Tribunale della libertà tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano, 2008, 76.

<sup>(198)</sup> Così D. CURTOTTI NAPPI, *La spinta garantista della Corte costituzionale verso la difesa dello straniero non abbiente*, in *Cass. pen.*, 2007, 4442 e ss a commento di Corte cost., sent.6 luglio 2007, n. 254, ivi, 4439, che aveva dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 102 d. P. R 30 maggio 2002, n. 115 nella parte in cui non concedeva a chi era ammesso al patrocinio a spese dello Stato di nominare un interprete di parte.

indipendentemente dall'inserimento del relativo avvertimento, peraltro non previsto da alcuna norma, nell'avviso di fissazione dell'udienza camerale (<sup>199</sup>).

Riesce, tuttavia, difficile immaginare che un avviso di fissazione di udienza non costituisca un momento determinante per le successive opportunità difensive e che non sia d'ostacolo, al loro pieno esplicarsi, l'omessa traduzione dello stesso, specie se da esso dipendano scadenze all'esercizio di determinati diritti che potrebbero compromettere, se non compresi, la partecipazione attiva e consapevole all'udienza in violazione del diritto di difesa ai sensi dell'art. 24 Cost. Ed infatti dalla Corte di Strasburgo provengono indicazioni di segno contrario. Pur riferita alla omessa traduzione dell'avviso di una udienza camerale nel procedimento di appello instaurato a seguito di rito abbreviato, la sentenza *Hermi c. Italia* (<sup>200</sup>), ha affermato che l'obbligo di traduzione degli atti del processo deve essere adempiuto ogniqualvolta agli stessi sia connesso l'esercizio di taluni diritti e garanzie difensive pur se non direttamente esplicitati nel corpo dell'atto da tradurre. Nel caso di specie, in particolare, l'imputato non aveva chiesto di essere tradotto in udienza, avendo ignorato il relativo diritto, e questa era stata celebrata in sua assenza (<sup>201</sup>).

Quanto alla nomina dell'interprete, pur se ammessa, essa viene in realtà condizionata alla richiesta dell'imputato di *essere ascoltato*. Non gode di altrettanta tutela l'altro polo della garanzia partecipativa, corrispondente al legittimo diritto dell'indagato/imputato di prendere parte consapevole all'udienza mediante l'*ascolto* (<sup>202</sup>). In tal modo i giudici di legittimità mostrano, con ciò, di aderire ad una interpretazione del diritto alla effettiva partecipazione limitato ad uno dei possibili aspetti che lo caratterizzano, quello dell'audizione dell'interessato, dimenticando che proprio tale decisione potrebbe invero dipendere anche dalle concrete modalità di svolgimento dell'udienza e, quindi, dalla reale consapevolezza delle attività che in essa vengono espletate.

---

(<sup>199</sup>) Così Cass. pen. sez. IV, 23 giugno 1999, *Leshay*, in CED Cass. pen., n. 215179; Id., sez. I, 22 giugno 1998, *Sadiku*, in CED Cass., n. 211300; Id., sez. III, 16 aprile 1997, *Pepa*, in CED Cass., n. 208281; Cass. pen., sez. III, 5 luglio 1994, *Molina*, in CED Cass., n.199636.

(<sup>200</sup>) Corte EDU, sez. IV, 28 giugno 2005, *Hermi c. Italia*, in *Dir. giust. on line*, 15 ottobre 2005.

(<sup>201</sup>) Nonostante la citata disposizione sia stata ribaltata successivamente dalla Grande Camera nella sua pronuncia del 18 ottobre 2006, unicamente perché la questione era stata ritenuta superata essendo emerso che in concreto il ricorrente conosceva la lingua italiana, il principio di diritto in essa affermato non ha trovato smentita.

(<sup>202</sup>) P. SPAGNOLO, *Il Tribunale della libertà*, cit., 237.

La chiusura della nostra giurisprudenza nei termini appena rilevati si pone in indubitabile distonia con i principi affermati, specie nel solco dell'art. 6 § 3, lett. a) ed e), Cedu, dagli organi europei.

Nel contesto del procedimento di riesame o di appello ad essere più opportunamente coinvolto, quale parametro di raffronto della compatibilità del sistema interno alla Convenzione, è non già l'art. 5, §2, Cedu quanto, piuttosto il successivo art. 6, §3, lett. a) atteso lo stretto collegamento che il diritto alla informazione ivi enunciato condivide con l'esigenza di apprestare, suo tramite, una consapevole partecipazione agli atti del processo anche nel contesto incidentale dei procedimenti di *habeas corpus*. Si potrebbe sostenere infatti che mentre il livello di conoscenza delle accuse preteso dall'art. 5, §2, Cedu sia coesistente alla successiva predisposizione del ricorso avverso il titolo detentivo cautelare, l'art. 6, § 3, Cedu, di contro, sviluppi una estensione applicativa capace di oltrepassare gli stretti confini del suo naturale contesto, il processo *adversary*, per porsi anche quale indispensabile metro di verifica della correttezza delle informazioni che devono raggiungere il destinatario della misura privativa cautelare nella fase procedimentale di controllo.

Del resto, proprio per il suo indefettibile carattere di giurisdizionalità e, non ultimo, per il contenuto dell'accertamento (*la quaestio libertatis*) che lo contraddistingue, *l'habeas corpus proceeding* non è impermeabile all'innesto di alcuni dei principi del *fair trial* che trovano, proprio nell'art. 6 Cedu, una consacrazione fondamentale<sup>(203)</sup>.

Ebbene proprio da tale disposizione si ricava la necessità di consentire all'imputato alloggiato di essere messo in condizione di conoscere il concreto svolgersi della dinamica procedimentale che lo riguarda, gli strumenti difensivi di cui può disporre, le conseguenze, favorevoli o sfavorevoli, astrattamente connesse all'esercizio di talune facoltà.

---

<sup>(203)</sup> Sulla ormai unanime estensione dei principi del *fair trial* anche alla fase *pre trial* ed in particolare agli *habeas corpus proceedings* di cui all'art. 5, §4, Cedu, cfr. Corte EDU, 31 gennaio 2002, Lanz c. Austria, §§ 40-42; Corte EDU, Grande Camera, 25 marzo 1999, Nikolova c. Bulgaria, § 58. Corte EDU, 24 ottobre 1979, Winterwerp c. Paesi Bassi, § 60 che hanno superato gli arresti precedenti che, al contrario, affermavano l'inesistibilità dei principi ispirati alla *fairness* processuale anche ai procedimenti di cui all'art. 5 §4, tra cui Corte EDU, 22 giugno 1968, Neumeister c. Austria, § 22 e ss. Per una disamina della questione si rinvia a S. TRECHSEL, *Human rights*, cit., 479 e P. SPAGNOLO, *Il Tribunale della libertà*, cit., 195 e ss. Vedi più diffusamente *infra*.

E' indubitabile, infatti, che la garanzia ivi prevista costituisca, come abbiamo visto anche per l'art. 5§2, Cedu, il perno sul quale ruota l'intero complesso delle garanzie del *fair trial*, risultando coesistente all'effettivo godimento delle stesse altrimenti spogliate di senso laddove non fosse consentito di «*conoscere - tramite quell'opera di mediazione comunicativa che l'interprete è chiamato ad esplicare - i più essenziali atti processuali, ed in particolare quelli che supportano l'accusa*»<sup>(204)</sup>. L'imputato che non conosca la lingua del processo non può infatti essere «*disadvantage if the indictment is not translate into a language wich he understands*», atteso che tale atto «*plays a crucial role in the criminal process*»<sup>(205)</sup>. Con specifico riguardo al par. 3, lett. e), che prevede l'assistenza dell'interprete, i giudici europei hanno più volte affermato che tale diritto riguarda non solo la comprensione delle attività propriamente orali, ma anche degli atti processuali scritti e finanche i «*documentary material and pre trial proceedings*»<sup>(206)</sup>, senza che ciò comporti una indiscriminata traduzione di tutto il materiale processuale, essendo sufficiente anche una assistenza linguistica orale purché ciò consenta all'imputato di conoscere quanto gli viene addebitato e di difendersi offrendo al Tribunale la propria versione dei fatti. Ed è in tale attività che si concretizza quell'obiettivo «*to take part in the hearing*», che non potrebbe considerarsi integralmente adempiuto laddove l'avviso dell'udienza camerale innanzi al Tribunale della libertà non fosse tradotto nella lingua dell'interessato, perché è indubbio che, seppur non facendo menzione un tale avviso dei motivi dell'accusa, ad esso è connesso l'esercizio di taluni indispensabili diritti difensivi da attuare proprio in vista dell'udienza. Si pensi alla dichiarazione di partecipazione che in forza della disposizione dell'art. 127 c.p.p., in *parte qua* richiamato dall'art. 309, comma 8 e 310 c.p.p., costituisce il presupposto per l'audizione del soggetto detenuto o internato da parte del Tribunale, se il *locus detentionis* appartiene alla stessa circoscrizione, ovvero da parte del magistrato di

---

<sup>(204)</sup> Così M. CHIAVARIO, *sub art. 6 Cedu*, in AA. VV., a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 242.

<sup>(205)</sup> Corte EDU, Grande Camera, 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*, § 68; Corte EDU, 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, § 79, che comunque esclude una violazione del diritto di difesa o dell'equità del processo qualora, in mancanza di una traduzione scritta, l'imputato abbia ricevuto, in una lingua conosciuta, spiegazioni verbali sufficienti sulla natura e sui motivi dell'accusa; Corte EDU, 17 febbraio 2004, *Tabai c. Francia*.

<sup>(206)</sup> In tal senso Corte EDU, 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*, cit. §69; Corte EDU, 14 gennaio 2003, *Lagerblom c. Svezia*, § 61; Corte EDU, 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, cit., §74; Corte EDU, 28 novembre 1978, *Luedicke, Belkacem e Koç c. Germania*, § 48.

sorveglianza, se il luogo è diverso. O ancora alla declaratoria di rinvio per legittimo impedimento dell'imputato o del condannato che, per l'appunto, abbia chiesto di essere sentito personalmente, pena la nullità ai sensi dell'art. 178 lett. b) e c). A prescindere dalla opportunità di mantenere un siffatto regime <sup>(207)</sup>, specie con riguardo alla incomprensibile irragionevolezza della differenziazione tra soggetti detenuti ed a piede libero da un lato, e detenuti *intra* o *extra* circondario dall'altro, un siffatto diritto di partecipazione che costituisce preludio dell'audizione in udienza, deve poter essere integralmente compreso dal destinatario dell'avviso. In questi termini ci pare che il rigore interpretativo della nostra giurisprudenza di legittimità risulti sproporzionato alla luce dei principi promananti, a riguardo, dagli organi europei <sup>(208)</sup>.

2. IL DIRITTO AD ESSERE TRADOTTI NEL PIÙ BREVE TEMPO POSSIBILE INNANZI AD UN GIUDICE “OR OTHER OFFICER AUTHORISED BY LAW TO EXERCISE JUDICIAL POWER”. I DIRITTI DI DIFESA NELLA FASE DEL PRIMO CONTROLLO GIUDIZIALE.

Il contatto con l'autorità giudiziaria costituisce una delle fondamentali garanzie della persona raggiunta da un provvedimento coercitivo di natura cautelare. Essa assumerebbe tuttavia le sembianze di un vuoto simulacro qualora non avvenisse «*aussitôt*», «*promptly*».

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo dedica l'intero § 3 dell'art. 5 alla disciplina di questo momento essenziale del procedimento cautelare.

Ed infatti, la correlazione tra diritto alla tempestiva presa di contatto con il magistrato e *detention on remand* è effettuata già a livello testuale: non ogni situazione analiticamente descritta nel corpo dell'art. 5 Cedu gode, infatti, di

---

<sup>(207)</sup> Peraltro tollerato persino dalla Corte costituzionale che con la sentenza 17 gennaio 1991, n. 45 in *Cass. pen.*, 1991, 417, ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 309, comma 8 e 127, comma 3, c.p.p. sollevata in riferimento all'art. 24 Cost., nella parte in cui non prevedono che l'imputato, se detenuto in luogo diverso da quello della circoscrizione del giudice del riesame deve essere sentito, qualora ne faccia richiesta, dal magistrato di sorveglianza del luogo anziché dal Tribunale del riesame. Non è infatti preclusa, per la Corte, dal tenore delle disposizioni sotto accusa una interpretazione costituzionalmente conforme che consenta in ogni caso di garantire al soggetto ristretto in altro circondario di chiedere l'audizione al suo giudice naturale, quello cioè chiamato al controllo del titolo cautelare anziché al magistrato di sorveglianza.

<sup>(208)</sup> Critica nei riguardi dell'impostazione della Corte di cassazione, P. SPAGNOLO, *Tribunale della libertà*, cit., 225 e ss.

siffatta copertura, ma solo e soltanto quella che si realizza in presenza di una detenzione giustificata a norma del § 1, lett.c), della citata disposizione.

Ponendo mente all'articolarsi della dinamica cautelare, si intuisce come la traduzione di fronte all'organo giudiziario esprima, contemporaneamente, i connotati di un diritto, quello del detenuto, da considerarsi addirittura indisponibile e, perciò, irrinunciabile, e di un corrispettivo obbligo per le autorità dello Stato procedente destinato ad articolarsi in una serie di adempimenti che contribuiscono ad innervare la garanzia in parola di un contenuto complesso ed indefettibile, rappresentato da: *i*) l'immediatezza della traduzione; *ii*) la giurisdizionalità della procedura; *iii*) la garanzia di essere giudicati in tempi ragionevoli ovvero di essere messi in libertà durante la stessa, anche dietro adeguata prestazione di una garanzia (c.d. *bail* dei sistemi anglosassoni).

Ciò significa, in altri termini, che il detenuto deve poter esplicitare le proprie ragioni innanzi ad un organo terzo rispetto a quello che ha esercitato l'azione cautelare e, *a fortiori*, a quello che l'ha eseguita. Non a caso uno degli obiettivi dei compilatori della Convenzione, pur nella consapevolezza delle differenziate molteplicità di traduzione delle procedure in parola nei singoli Stati, è stato proprio quella di evitare – imponendo un controllo repentino sulla legittimità della detenzione – l'eccessivo espandersi di poteri di polizia, specie avendo riguardo a quei paesi nei quali esiste il pericolo concreto di una eccessiva disinvoltura nel superamento dei limiti connessi al regolare esercizio dei poteri coercitivi<sup>(209)</sup>.

È in primo luogo alla prevenzione di ogni arbitrio da parte delle autorità<sup>(210)</sup> e, segnatamente, alla inibizione di trattamenti disumani e degradanti a carico del soggetto spogliato della libertà personale che si è guardato nel predisporre siffatta garanzia<sup>(211)</sup>, interpretata, non a caso, come una *deminutio* di efficacia del potere investigativo, negli argomenti difensivi di quegli Stati chiamati a rendere conto, innanzi agli organi di Strasburgo, della violazione dell'art. 5, §3, Cedu. Il

---

<sup>(209)</sup> Uno di essi è la Turchia, che tra l'altro ha subito numerosissime condanne per violazione dell'art. 5§3 Cedu, proprio a causa del mancato rispetto del diritto al tempestivo contatto con l'organo giudicante in funzione di primo controllo sulla legittimità della detenzione.

<sup>(210)</sup> In questi termini si esprime il costante orientamento degli organi di Strasburgo. Si legga, tra le molte decisioni in tal senso Corte EDU, 20 settembre 2002, Igdeli c. Turchia, § 27, secondo cui «[...] Article 5, in general, aims to protect the individual against arbitrary interference by the State with his right to liberty. Article 5§3 intends to avoid the arbitrariness and to secure the rule of law by requiring a judicial control of the interference by the executive».

<sup>(211)</sup> In dottrina, S. TRECHSELL, *Human rights*, cit., 505.

caso *Demir contro Turchia* <sup>(212)</sup> e, prima di esso, il caso *Brogan ed altri contro Regno Unito* <sup>(213)</sup>, sono paradigmatici della tensione tra rispetto della garanzia di contatto immediato con l'autorità giudiziaria - in funzione di controllo della legittimità e della opportunità del provvedimento restrittivo - e necessità di contrastare gravi reati, connessi, in entrambi i casi, a fenomeni di terrorismo, che richiederebbero, anche al costo di un indiscutibile sacrificio della garanzia in parola, un differimento di tale controllo al fine di consentire una conduzione efficace delle investigazioni. Se l'eccezionalità della situazione, ha ritenuto la Corte nella decisione conclusiva dell'*affaire Brogan*, consente uno slittamento del tempo dell'audizione giudiziale, che tuttavia non potrebbe superare i 4 giorni e 6 ore (come avvenuto per uno dei ricorrenti) <sup>(214)</sup>, di certo una detenzione di 23 giorni o di 16 giorni (come quelle lamentate dai ricorrenti nella vertenza proposta dai membri del Pkk nel caso *Demir*) costituisce una inaccettabile breccia nella garanzia predisposta dalla Convenzione rispetto alla quale non potrebbe fungere da contraltare neppure la necessità di fronteggiare situazioni di emergenza ricorrendo a metodi investigativi penetranti e, per un periodo di tempo giudicato dalla Corte eccessivo, persino incontrollati.

Come vedremo il requisito della *tempestività* irradia non solo quei passaggi della procedura cautelare che si snodano a partire dal momento della iniziale apprensione - che talvolta, ma non necessariamente, coincide con forme di *police custody* - fino al primo contatto con l'autorità giudiziaria, ma è tema ricorrente di tutte le vicende che assumono rilievo tanto nel procedimento incidentale *de libertate* complessivamente considerato - si pensi alla celerità del giudizio di *habeas corpus* - tanto nel procedimento di merito che, di quest'ultimo, costituisce indispensabile sfondo.

---

<sup>(212)</sup> Corte EDU, 10 luglio 2001, *Demir c. Turchia*.

<sup>(213)</sup> Corte EDU, 29 novembre 1988, *Brogan and others v. Uk*, § 61.

<sup>(214)</sup> La Corte in tale occasione aveva mostrato una certa elasticità nel riconoscere le difficoltà di talune situazioni riconducibili alla necessità di fronteggiare fenomeni criminosi estremamente complessi quali quelli che per l'appunto riguardano reati perpetrati all'interno di organizzazioni di stampo terroristico. Tuttavia se la eccezionalità giustifica una estensione dello *spatium temporis* non superiore a 4 giorni e 6 ore, di contro, situazioni non eccezionali non potrebbero godere di analogo trattamento. In altri termini, il riconoscimento di siffatte difficoltà « *not mean, however, that the authorities have carte blanche under article 5 to arrest suspected for questioning, free from effective control by domestic court and, ultimately, by the Convention supervisory institutions, whenever they choose to assert that terrorism is involved* ». Così, Corte EDU, *Igdeli c. Turchia*, cit., § 28.

Il tempo è, in ragione della importanza del diritto soggettivo che viene compresso, *leit motiv* dell'intera vicenda processuale che vede coinvolto il soggetto ristretto in *vinculis*. La ragionevolezza della sua durata, la cartina di tornasole del rispetto del principio della presunzione di innocenza nonché parametro rivelatore della effettività della tutela apprestata.

Si è già dato prova, analizzando i presupposti di applicazione delle misure cautelari, di come il giudizio di controllo sulla ragionevole durata della detenzione *ante iudicium* sia intimamente connesso alla necessità di un costante aggiornamento della situazione di fatto che giustifica la privazione della libertà e della indispensabile integrazione, nel progredire del processo, di ulteriori elementi che siano in grado di sorreggere detenzioni in *itinere iudicii* altrimenti sproporzionate, al cospetto della garanzia della presunzione di innocenza, se dipendenti da un susseguirsi di motivazioni di contenuto analogo e di rinvii *per relationem* al primo titolo custodiale.

Ebbene, la dimensione del tempo non è estranea neppure alla procedura che si svolge innanzi all'autorità giudiziaria in fase di primo controllo. Essa, in particolare, si esprime sia attraverso la tempestività della previa informazione circa le accuse a carico (di cui ci siamo occupati nel precedente paragrafo), sia attraverso la celerità della procedura. Non solo. Il secondo alinea del § 3, art. 5, Cedu, nel descrivere la necessaria proiezione processuale della garanzia, estende l'obiettivo della celerità anche al processo di merito che ospita l'incidente cautelare. Ed infatti, quello che per ogni imputato costituisce un diritto, l'esser giudicato in tempi ragionevoli, assume inoltre, per quello ristretto in *vinculis*, il sapore di un'esigenza insopprimibile. Egli infatti o viene giudicato in tempi ragionevoli o deve essere rimesso in libertà, magari dietro eventuale prestazione di cauzione. *Tertium non datur*. La necessaria, strutturale provvisorietà della detenzione *pending trial* può essere rispettata solo ove una decisione sul merito delle accuse giunga in tempi rapidi, pena, in caso contrario, il diffondersi di una anomala contaminazione di funzioni, cautelare e punitiva, che finiscono inevitabilmente per concentrarsi sul solo titolo provvisorio.

Sarà pertanto necessario volgere sempre uno sguardo, nel procedere all'analisi dei vari istituti della procedura cautelare (inerenti alla fase del primo controllo ma anche a quella successiva di *habeas corpus*), al requisito della ragionevole durata della detenzione *pendente iudicio*, come ad un marcatore

indispensabile di legittimità non solo di singole esperienze cautelari scrutinate dagli organi di Strasburgo, ma anche delle scelte, legislative e giurisprudenziali, adottate nell'ordinamento italiano.

Tuttavia, la tempestività nell'espletamento delle procedure di controllo, proprio in funzione della sua natura di diritto soggettivo – direttamente azionabile – della persona ristretta *in vinculis*, prima ancora che di interesse pubblico alla celere definizione della *quaestio libertatis* e del processo penale che parallelamente si celebra - non potrebbe scriminare indebiti alleggerimenti delle garanzie che devono presiedere l'intera vicenda cautelare. Se da un lato possono essere tollerate soluzioni distanti dagli approdi del *fair trial* (ci si riferisce in particolare alla rinuncia, in questa fase, alla garanzia del contraddittorio, quale metodo di acquisizione della prova), dall'altro risulterebbe evidentemente distonico con il sistema delineato dalla Carta internazionale un procedimento di verifica della legittimità della detenzione che non fosse dominato dal rispetto di talune indispensabili garanzie difensive, quali il diritto ad essere giudicati da un organo indipendente ed imparziale; il diritto alla assistenza di un legale; il diritto all'accesso al *case file* del *public prosecutor*; il diritto di contraddire i temi d'accusa in condizione di parità; il diritto ad una revisione costante della *quaestio libertatis*.

## 2.1. LA GIURISDIZIONALITA' DEL CONTROLLO: PARITÀ DELLE ARMI TRA ACCUSA E DIFESA INNANZI AD UN ORGANO INDIPENDENTE E IMPARZIALE

In primo luogo viene in evidenza la necessità che ad effettuare questo controllo non sia un organo qualsiasi, ma, al contrario, una istituzione dotata dei requisiti propri della giurisdizione, in particolare della imparzialità e della indipendenza. A tal proposito i compilatori della Convenzione nell'estendere la competenza a giudicare la legittimità della detenzione in fase di primo controllo non solo al giudice (*judge*) ma anche a «*other officer authorised by law to exercise judicial power*», se da un lato mostrarono di tenere in considerazione le differenti modalità di attuazione della procedura nei singoli Stati contraenti, senza aderire a soluzioni eccessivamente rigide, dall'altra parte hanno, forse inconsapevolmente,

dato la stura ad una babele di interpretazioni di non immediata soluzione <sup>(215)</sup>. Se oggi non vi sono più dubbi sulla incompatibilità dell'organo dell'accusa a poter effettuare il controllo sulla legittimità della detenzione <sup>(216)</sup>, in passato non sono mancate decisioni di segno contrario. Nel caso *Schiesser* <sup>(217)</sup> si discuteva della compatibilità ad effettuare il controllo sulla detenzione del "*Zurich Bezirksanwalt*", ovvero di un organo facente parte dell'ufficio del *public prosecutor*, deputato non solo a svolgere le indagini ma finanche, in taluni casi, a sostenere l'accusa in giudizio. La circostanza, nel caso di specie, che il pubblico investigatore non fosse stato investito anche della successiva fase del giudizio, aveva di fatto contribuito a giustificare la decisione finale di «*non violation of article 5*». Ora, pur prescindendo da una disamina letterale della disposizione diretta a valorizzare la diversa portata semantica dei due termini – *judge* e *other officer* – un dato sembra cogliersi dalla lettura delle sentenze successive al caso *Schiesser* che si pone in aperta controtendenza rispetto ad essa <sup>(218)</sup>. Quello per il quale, anche a voler aderire ad una interpretazione strettamente aderente alla *littera legis*, esplicitamente rivolta verso una differenziazione dei soggetti istituzionalmente deputati al controllo sulla legittimità della detenzione, non si può certo negare che ogni organo di fatto chiamato ad operare siffatto scrutinio debba possedere, al di là delle etichette, i tratti tipici della *giurisdizione*, vale a dire l'imparzialità e l'indipendenza. Da ciò la incompatibilità del pubblico ministero a svolgere una funzione di verifica sulla legittimità della detenzione <sup>(219)</sup>. L'essere, per legge, consacrato allo svolgimento del ruolo di accusatore, già rileva in astratto quale

---

<sup>(215)</sup> M. PISANI, *sub art. 5 Cedu*, in AA. VV., a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 134. Ricorda le difficoltà interpretative generate da questa disposizione anche S. TRESCHSEL, *Human rights*, cit., 507, soprattutto in considerazione della scelta dei compilatori di differenziare i due termini *judge* e *other officer authorised by law* che, per l'A., devono essere considerati come sovrapponibili. Sostiene in particolare che il motivo di tale differenziazione si deve, storicamente, alle pressioni della componente anglosassone della Commissione per la redazione della Convenzione che si doleva che il *magistrate* non fosse considerato alla stregua di un *judge*.

<sup>(216)</sup> M. MACOVEI, *The right to liberty*, cit., 60. In tal senso si esprimono anche altri atti internazionali: l'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo sancisce il diritto di ciascuno ad essere giudicato in una equa e pubblica udienza da un *independent and impartial Tribunal*. Così anche l'art. 14 del Patto internazionale dei diritti civili e politici, nonché l'art. 47 della Carta di Nizza.

<sup>(217)</sup> Corte EDU, 4 dicembre 1979, *Schiesser c. Svizzera*, § 25 e ss.

<sup>(218)</sup> Il primo *dietrofront* è rappresentato da Corte EDU, 23 ottobre 1990, *Huber c. Svizzera*, §§ 41-43.

<sup>(219)</sup> Mirabile la formula utilizzata da S. SATTA, *Il mistero del processo*, in *Il mistero del Processo*, Milano, 1994, 33 secondo cui «[...] parte è chi amministra l'azione».

condizione per ritenere inopportuno un suo coinvolgimento nella procedura tracciata dal §3, art. 5 a prescindere, quindi, dalla circostanza che, nella specifica situazione, abbia effettivamente o meno ricoperto quel ruolo<sup>(220)</sup>. Quel che si viene a tutelare è pertanto la imparzialità oggettiva che viene meno ogni qualvolta possano sorgere anche solo dubbi in astratto sulla possibilità della futura assunzione del ruolo di “controparte”<sup>(221)</sup>. Non solo, analoghi dubbi di compatibilità riguardano la figura del giudice istruttore, il c.d. *investigating judge*, che pur essendo considerato *giudice* secondo il diritto interno, svolge un ruolo centrale nella conduzione delle indagini e nella decisione circa la loro prosecuzione o meno. Circostanza, questa, che di fatto impedisce di considerarlo imparziale e per questo equidistante da ciascuna delle parti coinvolte<sup>(222)</sup> a nulla valendo riconoscerne funzioni di «*guardians of the public interest*» come talvolta sostenuto dagli Stati convenuti innanzi agli organi di Strasburgo, perché tale caratteristica è stata considerata insufficiente dalla Corte a conferire loro quello *status* di giurisdizionalità preteso dal §3<sup>(223)</sup>.

In tale prospettiva, l’aver concentrato per lo più<sup>(224)</sup> sul giudice per le indagini preliminari – la cui funzione imparziale è assicurata proprio dalla

---

<sup>(220)</sup> La formula usata dalla Corte oggi è « *before an “officer” can be said to exercise judicial power within the meaning of this provision, he or she must satisfy certain conditions providing a guarantee to person detained against any arbitrary or unjustified deprivation of liberty. Thus the officier” must be independent of the executive and the parties*». Tali affermazioni sono state ribadite di recente nella sentenza Corte EDU, 10 luglio 2008, Medvediev e altri c. Francia, §61, segnalando in particolare che il pubblico ministero francese non assicura il requisito di indipendenza dal potere esecutivo. Da ciò la Corte concludeva, si badi bene, non già per la violazione dell’art. 5§3 Cedu, quanto per la violazione del §1, non essendo a suo dire stato rispettato il principio della preminenza del diritto nonostante la normativa interna prevedesse il controllo del procuratore della repubblica. Il caso è molto interessante anche con riguardo alla eccessiva durata della detenzione prima del controllo giudiziale, trattandosi di situazione eccezionale – sequestro di un cargo, *Winner*, battente bandiera cambogiana – da parte delle autorità francesi. Sul punto si rinvia alla *dissenting opinion* dei giudici Berro-Lefèvre, Lorenzen, Lazarova e Trajkovska.

<sup>(221)</sup> Corte EDU, 26 novembre 1992, Brincat c. Italia § 20. La sentenza si era occupata della legittimità, nella prospettiva segnata dal § 3 art. 5 Cedu del sistema italiano come risultante dal codice Rocco che prevedeva la possibilità per il pubblico ministero di «*ordonner la detention*». Il fatto specifico che il pubblico ministero di Lagonegro che aveva ordinato la detenzione del Brincat, qualche giorno dopo si sarebbe dichiarato incompatibile inviando gli atti ai colleghi del distretto di Paola, è argomento insufficiente a ritenere rispettato il principio fatto proprio con le decisioni successive al caso *Schiesser* che, invano, il Governo italiano in quella sede aveva tentato di richiamare.

<sup>(222)</sup> Dubbi in proposito suscitano tanto il *juge d’instruction* francese, quanto il tedesco *Ermittlungsrichter*.

<sup>(223)</sup> Si leggano gli argomenti spesi dal governo e la soluzione offerta dalla Corte EDU, 4 luglio 2000, Niedbała c. Polonia, § 53.

<sup>(224)</sup> Un potere di verifica e di controllo sulla misura in fase di primo contatto con il soggetto ristretto in *vinculis* non appartiene unicamente al giudice per le indagini preliminari. Del resto è lo stesso art. 294 c.p.p. ad attribuirne la competenza al *giudice che ha disposto la misura*.

strutturale estraneità dello stesso alle operazioni di ricerca e di acquisizione del materiale istruttorio oltre che dalla indifferenza per l'andamento delle indagini - il ruolo di *garante* del controllo sulla cautela disposta, permette di allineare il nostro sistema, perlomeno da questo punto di vista, agli obiettivi imposti dalla Convenzione. Del resto l'abbandono della logica autoritaria che aveva contrassegnato il precedente rito ha trovato adeguata espressione anche nella destrutturazione dei ruoli un tempo assegnati, in ambito cautelare, al pubblico ministero, al pretore ed al giudice istruttore, cui si consentiva l'emissione di provvedimenti restrittivi – ordini o mandati – di arresto o di cattura provvisori in assenza di qualsivoglia potere interlocutorio della difesa e dell'indagato la cui partecipazione si limitava alla possibilità di richiedere la libertà provvisoria nei casi di “cattura facoltativa”(art. 277 c.p.p. abr) senza che tali istanze potessero essere promosse – ostandovi un'idea quasi sacrale del rispetto per il segreto istruttorio – *cognita causa* <sup>(225)</sup>. In una siffatta architettura istituzionale il contributo difensivo fu abbozzato solo in seguito all'entrata in vigore della L. 28 luglio 1984, n. 398 il cui art. 10 aveva introdotto a carico del giudice istruttore (o a carico del p.m. in caso di istruzione sommaria) l'incombente di procedere, in un arco di tempo piuttosto esteso (quindici giorni dalla emissione del provvedimento coercitivo), alla contestazione dell'addebito all'imputato nonché all'invito a discolarsi offrendo prove in proprio favore.

Solo con la direttiva n. 60 della legge delega per l'attuazione del nuovo codice di procedura penale, l'interrogatorio dell'imputato (indagato) *in vinculis* si è definitivamente spogliato della funzione investigativa per assumere i contorni di un vero e proprio diritto soggettivo <sup>(226)</sup>, cui è demandata la funzione di recuperare,

---

Vero è, tuttavia che, l'originaria formulazione della norma – prima cioè delle sentenze della Corte costituzionale, nn. 77 del 1997 e 32 del 1999 e della novella intervenuta con il D.l. 22 febbraio 1999, n. 29 conv in L. 21 aprile 1999, n. 109 – che ne circoscriveva l'ambito di applicabilità alle sole indagini preliminari, nonché la considerazione della fase delle indagini preliminari quale sede privilegiata, pur se non obbligata, per la emissione di misure cautelari, rendono per lo più preponderante la presenza del gip come organo cui è demandato il primo contatto con l'indagato ristretto *in vinculis*, la cui competenza funzionale cessa una volta che gli atti pervengono al giudice del dibattimento.

<sup>(225)</sup> Tra la copiosa letteratura inerente il tema, si segnala la recente analisi di A. DE CARO, *Libertà personale e sistema penale*, Napoli, 2000, 39-87.

<sup>(226)</sup> E' proprio il termine *diritto* che fa da *incipit* alla direttiva n. 60, «*diritto dell'imputato in stato di custodia cautelare ad essere interrogato nella fase delle indagini preliminari immediatamente e comunque non oltre cinque giorni dalla esecuzione del provvedimento privativo della libertà personale; liberazione dell'imputato che non sia stato interrogato entro detto termine, salvo che ciò sia dipeso da assoluto impedimento del quale il giudice dà atto con decreto; nuovo decorso del termine dalla data della notizia della cessazione dell'impedimento*».

nella rinnovata cornice del modello *adversarial*, la *deminutio* di contraddittorio che caratterizza, per evidenti ragioni, la fase iniziale del procedimento cautelare.

Vero è, tuttavia, che l'aver dotato un organo imparziale del compito di soppesare, immediatamente dopo l'emissione del provvedimento restrittivo (ovvero contestualmente, allorché la *quaestio libertatis* sia introdotta nell'ambito di una udienza di convalida dell'arresto), le ragioni addotte dalla difesa, ha costituito un traguardo importante nell'ottica del necessario e non più rinviabile adeguamento del nostro sistema agli *standards* internazionali <sup>(227)</sup>, ma esso non può dirsi da solo sufficiente a conferire allo scrutinio ivi previsto il carattere della *effettività* preteso dalla Corte europea.

In effetti, prima ancora che la L.397/2000 definisse i nuovi poteri investigativi del difensore cui veniva attribuita la possibilità di contribuire con indagini proprie alla formazione del convincimento giudiziale, il controllo dell'art. 294 c.p.p. non costituiva, in verità, una garanzia ancora appagante. Basta porre a raffronto gli strumenti un tempo a disposizione della difesa - rappresentati unicamente dalla forza persuasiva di pur lodevoli deduzioni argomentative tratte dall'unico dato difensivo a disposizione, l'interrogatorio del proprio assistito, nonché dalle scarse possibilità offerte dal laconico art. 38 disp. att c.p.p. <sup>(228)</sup> - con la portata "indiziante" del materiale raccolto unilateralmente dalla pubblica accusa, per apprezzare lo squilibrio di poteri delle parti al momento del primo controllo.

Del resto, l'impossibilità per il giudice di quella fase non già di disporre ulteriori indagini *ex officio* - circostanza non auspicabile, anche solo per il richiamo che essa evoca alle funzioni del giudice istruttore - ma quanto meno di esaudire richieste probatorie difensive lo rendeva, di fatto, un «*garante limitato*» <sup>(229)</sup> nonostante la previsione di un obbligo di ostensione a carico del pubblico ministero di tutti gli elementi a favore nonché delle eventuali memorie e deduzioni

---

<sup>(227)</sup> Ad essere coinvolto non è il solo art. 5 Cedu ma anche l'art. 9 del Patto internazionale per i diritti civili e politici.

<sup>(228)</sup> La cui modifica ad opera della L. 332/1995 veniva salutata con favore da coloro che auspicavano un superamento dell'idea «*tanto bizzarra quanto anacronistica*» di considerare il pubblico ministero quale "parte imparziale" preludio dell'altrettanto antistorica convinzione che la difesa debba essere esplicita solo nel dibattimento, lasciando libero campo al pubblico ministero non solo di orientare, come deve, le indagini, ma persino di porsi quale unico interlocutore del giudice in questa fase. Così, A. CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, cit., 109-110.

<sup>(229)</sup> L'espressione è di M. NOBILI, *Diritti difensivi, poteri del pubblico ministero durante la fase preliminare e legge 8 agosto 1995, n. 332*, relazione presentata con il titolo «*La difesa nel corso delle indagini preliminari: i rapporti con l'attività del pubblico ministero*» al XX Convegno nazionale di prevenzione e difesa sociale, Cagliari 29 settembre - 1 ottobre 1995, in *Cass. pen.*, 1996, 347 e ss.

difensive *medio tempore* pervenute a sua conoscenza ai sensi dell'art. 291 c.p.p. Tra l'altro il divieto per il difensore di fare copia degli atti depositati a norma dell'art. 293, comma 3, c.p.p., prima della auspicata declaratoria di illegittimità di tale disposizione, intervenuta con la sentenza costituzionale n. 192 del 1997<sup>(230)</sup>, e di poter esporre adeguatamente, mediante quella rigorosa confutazione degli stessi che solo uno studio capillare del fascicolo può consentire, argomenti di segno opposto a quelli esplicitati nell'ordinanza cautelare, rendeva ragione di un pressoché costante allineamento del giudice alle determinazioni del pubblico ministero. Seppur vero che la parità delle armi nel processo penale non si sostanzia in una identica sovrapposizione di poteri, ben potendo essere tollerate dal sistema distribuzioni asimmetriche, alla duplice condizione che «*trovino adeguata ratio giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero, ovvero in esigenze di funzionale e corretta esplicazione della giustizia penale, anche in vista del completo sviluppo di finalita` esse pure costituzionalmente rilevanti; e, per un altro verso risultino comunque contenute – anche in un'ottica di complessivo riequilibrio delle posizioni delle parti – entro i limiti della ragionevolezza*»<sup>(231)</sup>, la sproporzione delle posizioni dell'indagato-imputato e del pubblico ministero appariva inaccettabile avuto riguardo ad un contesto, quello dell'interrogatorio di garanzia, che la direttiva n. 60 della legge delega non aveva esitato a consegnare nelle mani del primo come un diritto indefettibile. Non si vuol qui ritenere che il momento dell'interrogatorio di garanzia, al cospetto di altri, forse più efficaci strumenti difensivi – quali la richiesta di revoca o di sostituzione delle misure ovvero di riesame delle stesse – costituisca, in sé, un momento di sicura efficacia determinante delle scelte del giudice, di fatto, ancora oggi, fortemente condizionate dagli esiti investigativi dell'organo pubblico nonostante i pur notevoli contributi cognitivi eventualmente offerti dal difensore che abbia svolto indagini e, prima ancora, dal suo assistito<sup>(232)</sup>, ma il suo ruolo nell'economia del procedimento

---

<sup>(230)</sup> Anche in *Cass. pen.*, 1998, 1015, con nota di A. GIARDA, *Un'altra tessera di garantismo per la libertà personale dell'imputato*. Cfr anche F.M. MOLINARI, *Sui rapporti tra deposito degli atti ex art. 293, comma 3, c.p.p. ed interrogatorio di garanzia ex art. 294 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1998, 3025 e ss.

<sup>(231)</sup> E' questo principio costante nella giurisprudenza di costituzionalità, da ultimo affermato anche da Corte cost., 20 luglio 2007, n. 320, in *Giur. cost.*, 2007, 3096, con nota di F. CAPRIOLI, *Limiti all'appello del pubblico ministero e parità delle parti nel giudizio abbreviato*, *ivi*, 3112.

<sup>(232)</sup> In tal senso, P. TONINI, *Manuale di Procedura penale*, Milano, 2007, 364-365, il quale rappresenta i noti *deficit* dell'udienza camerale fissata per l'interrogatorio nonché le difficoltà che in

cautelare, come ribadito dalla stessa Corte europea, è non solo quello di orientare il magistrato verso una riconsiderazione critica del materiale già analizzato, ma, prima ancora, quello di assicurare un controllo *against arbitrariness*, che può dirsi veramente effettivo solo laddove l'imparzialità dell'organo che lo attua non resti al livello di proclamazione ufficiale ma si traduca, mediante il pieno riconoscimento della parità delle armi, in una regola vera e propria.

Dunque l'obiettivo primario imposto dalla Corte europea, quello della imparzialità del «*judge or other officier*» previsto *ex art. 5, § 3, Cedu*, trova adeguata attuazione non solo mediante l'attribuzione di poteri di controllo ad un organo al quale sono state contemporaneamente sottratte capacità investigative, ma anche attraverso l'assegnazione all'indagato (imputato) di quei poteri che consentano, in condizioni di parità con l'accusa, di esibire argomenti di segno contrario, di formulare richieste, di pretendere la valutazione e la censura, con eventuali effetti caducatori sulla misura, di eventuali irregolarità procedurali *medio tempore* consumate, al fine di ottenere una revoca ovvero una sostituzione della cautela inizialmente disposta.

In altre parole, è consentendo al difensore un esercizio pieno delle proprie funzioni che può esplicitarsi il diritto dell'imputato a confrontarsi con l'accusatore, *di contraddirlo* assicurando al contempo all'organo di controllo una effettiva posizione di equidistanza<sup>(233)</sup>.

*Imparzialità* dell'organo giudicante e *contraddittorio* tra le parti, infatti, costituiscono due poli di una medesima asse portante destinata ad attraversare anche il procedimento cautelare. Si tratta di una questione ormai non più dubitabile, sebbene il suo significato non valga a consentire l'anticipazione del

---

essa incontrano tanto il giudice – che non conosce al pari del pubblico ministero gli atti contenuti nel fascicolo – tanto il pubblico ministero – che se decide di partecipare (la sua presenza è infatti rimessa all'esercizio di una sua facoltà) non potrebbe rivolgere direttamente domande all'indagato – ed infine al difensore (la cui presenza, al contrario è obbligatoria) il quale se propone richiesta di revoca o di sostituzione della misura, in assenza del pubblico ministero, deve attendere, ai sensi dell'art. 299, comma 3-*bis*, c.p.p., fino a due giorni per conoscere l'eventuale parere dell'organo dell'accusa: si verifica quella strana situazione per cui una parte regolarmente citata potrebbe impedire, con la propria assenza, una decisione del giudice su un diritto che la Costituzione qualifica come inviolabile.

<sup>(233)</sup> In questa prospettiva si considera il contraddittorio come valore centrale del processo e della giurisdizione oltre che diritto del singolo. Il legislatore costituente, con la riforma dell'art. 111 Cost., ha impresso al contraddittorio il marchio proprio di requisito indefettibile della giurisdizione. A tal proposito per una attenta disamina dei profili del contraddittorio cautelare si rinvia a A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, cit., 231-237; ID., voce *Libertà personale (profili costituzionali)*, *Dig. disc. pen.*, III Agg., I, Torino 2005, 843-846.

confronto con l'accusa, pena la vanificazione dell'effetto sorpresa tipicamente connesso alla restrizione *ante iudicatum* <sup>(234)</sup>. Solo in tal caso, infatti, anche la Corte costituzionale giustifica compressioni del contraddittorio e della partecipazione difensiva, ritenendola, al contrario, indispensabile in altri momenti cruciali dell'*iter cautelare*. Si pensi alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 301, comma 2, c.p.p. nella parte in cui non imponeva, nel caso di rinnovazione della misura cautelare disposta per esigenze di tutela della acquisizione e della genuinità della prova, che dovesse essere previamente sentito il difensore, non trovando scudo una siffatta esclusione, nella necessità di garantire analoghe esigenze di carattere investigativo tipicamente riconducibili alla prima emissione del provvedimento coercitivo <sup>(235)</sup>.

Nonostante l'art. 5, §3, Cedu non faccia menzione della presenza del difensore nella procedura di controllo innanzi all'autorità giudiziaria, ovvero, per come abbiamo detto, innanzi a quell'organo che sia dotato degli analoghi requisiti di imparzialità ed indipendenza, la giurisprudenza europea non ha più dubitato che il riconoscimento di siffatta garanzia trovi una indiscutibile protezione proprio nelle maglie della Carta internazionale ed in particolare in quelle disposizioni dedicate alla celebrazione del giusto processo, giudicate idonee a porsi quale parametro di riferimento.

Ed invero quella che appare all'odierno osservatore del processo penale come una acquisizione scontata, in realtà costituisce il frutto di un'evoluzione il cui lento cimentarsi ha lasciato segni tanto nel sistema convenzionale, tanto in quello italiano. Nel citato caso *Schiesser* <sup>(236)</sup> infatti la Corte, senza diffondersi in approfondite argomentazioni, riteneva non incompatibile l'assenza del difensore in questa fase, non prevedendo la norma siffatta garanzia. Un tale atteggiamento trovava eco anche altrove. Erano anni, quelli, in cui in Italia la presenza del difensore all'interrogatorio era assolutamente bandita. Il giudice istruttore godeva di un rapporto privilegiato con l'indagato, lo escuteva in piena libertà, senza la

---

<sup>(234)</sup> Anche A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV, a cura di G. DEAN, A. SCALFATI, G. GARUTI, L. FILIPPI, L. KALB, *Trattato di procedura penale*, Vol. II, Tomo II - Le misure cautelari -, Torino, 2008, 25 e ss. sottolinea il ruolo centrale del contraddittorio nella vicenda cautelare, essendo il procedimento incidentale una espressione della giurisdizione penale.

<sup>(235)</sup> Così, Corte cost., sent. 8 giugno 1994, n. 219, anche in *Giur. cost.*, con nota di A. GAITO, 'Proroga' e 'rinnovazione' delle misure cautelari: il problema dei modi e dei tempi del contraddittorio, *ivi*, 1994, 1825 e ss.

<sup>(236)</sup> § 36

“contaminante”<sup>(237)</sup> presenza del difensore. Neppure la stesura della Costituzione repubblicana era stata in grado, nell'immediatezza, di traghettare sul processo penale gli effetti del passaggio alla nuova stagione democratica. Sarebbero occorsi decenni perché la Corte costituzionale inaugurasse quella salutare inversione di rotta che costituì il preludio di importanti modifiche al codice Rocco<sup>(238)</sup> e che lo resero, a poco a poco, una congerie di sovrapposizioni normative – spesso occasionate proprio dalla sollecitazione dei giudici della Consulta - capaci di trasfigurarne l'originaria versione e di consegnarlo definitivamente alla diffusa insofferenza di quanti attesero il nuovo rito come una indispensabile e non più differibile catarsi dai mali del processo inquisitorio<sup>(239)</sup>. Ed è nel rinnovato posizionamento dei ruoli spettanti ai diversi soggetti processuali, in quella triangolazione equilatera dell'accusare, del difendere e del giudicare che si celebra l'essenza del processo accusatorio e si infrange il tabù dell'interrogatorio come

---

<sup>(237)</sup> Dalla relazione governativa alla riforma del codice di procedura penale del 1955 (A.C. 1121, 3 agosto 1954, poi tradotta in L.18 giugno 1955, n. 517) che aveva introdotto gli artt. 304 –bis e ss c.p.p. abr, e dunque aveva esteso la partecipazione del difensore ad alcuni atti investigativi quali gli esperimenti giudiziari, le perizie, le perquisizioni domiciliari, le ricognizioni, risulta che l'averne escluso la presenza all'interrogatorio si giustificava al fine di permettere all'imputato che si regolasse nel rispondere con la «maggiore franchezza possibile [...] al di fuori di ogni preoccupazione e suggestione derivanti dalla presenza di terzi».

<sup>(238)</sup> Si ricordi che Corte cost., sent. 26 giugno 1965, n. 52, dichiarò la illegittimità costituzionale dell'art. 392 c.p.p. abr., nella parte in cui estendendo alla istruzione sommaria le garanzie della istruzione formale, in quanto applicabili, autorizzava ad escludere, tuttavia, che ad essa dovessero trovare applicazione le disposizioni degli artt. 304 – bis, ter, quater che avevano esteso alla fase della istruzione formale le garanzie di partecipazione del difensore (eccezion fatta per l'interrogatorio per il quale ancora non era prevista la partecipazione del difensore). Solo con Corte cost., sent. 16 dicembre 1970, n. 190, si sancisce, *claris verbis*, che la partecipazione del difensore all'interrogatorio dell'indagato costituisce irrinunciabile espressione del diritto di difesa protetto dall'art. 24 Cost. Ed infatti prima di quella pronuncia, pur essendosi nel tempo avvicinate esperienze normative che avevano contribuito alla progressiva erosione dell'impostazione autoritaria del codice del 1930 ( si pensi alla L. 932 del 1969 che aveva riconosciuto il diritto al silenzio dell'imputato e che aveva imposto la declaratoria di inutilizzabilità delle dichiarazioni rese prima della nomina del difensore) tuttavia il momento dell'interrogatorio restava affidato alla gestione, indisturbata, del pubblico accusatore. Proprio per questa ragione, tali innovazioni legislative, a detta della Corte, risultavano insufficienti a consentire il dispiegarsi delle garanzie del contraddittorio. Valga la pena ricordare, infine, che la citata sentenza del 1970 trovò resistenze tali da imporre al legislatore di intervenire con il d.l. 23 gennaio 1971 n. 2 (convertito in L. 18 marzo 1971, n. 62) il quale, modificando il testo dell'art. 304 – bis c.p.p., ha compreso anche l'interrogatorio dell'imputato tra gli atti istruttori ai quali i difensori delle parti hanno diritto di assistere. Per una disamina, A. DE CARO. *Libertà personale e sistema processuale penale*, cit., 37 e ss.

<sup>(239)</sup> In verità, l'incontro tra costituzione e codice di rito, non fu dominato da una lenta, graduale evoluzione a senso unico verso il riconoscimento dei valori che nella Carta fondamentale avevano trovato un nuovo ufficiale riconoscimento. L'andamento legislativo è stato a ragione definito pendolare. Talvolta proprio la necessità di fronteggiare peculiari situazioni di emergenza aveva costituito la ragione di famigerati inasprimenti proprio sul piano della disciplina della libertà personale. Si pensi, a titolo di esempio, alla L. 152 del 1975 che aveva sancito il divieto di concessione della libertà provvisoria per i casi di cattura obbligatoria. Ancora, A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, cit. 37 e ss.

momento di investigazione solipsistica del giudice istruttore, accompagnato dalla direzione del pubblico ministero, per rimetterlo nelle mani dell'indagato *in vinculis* come un diritto indefettibile, la cui effettività si misura proprio in relazione alla capacità dello stesso di poter attingere alla insopprimibile mediazione della difesa.

*Filtrare* le istanze dell'assistito e valutare come e se porgerle al giudice del controllo è compito di estrema delicatezza che il difensore può auspicare di onorare unicamente conoscendo il contenuto del *case file* del pubblico ministero. A tal riguardo l'art. 293, comma 3, c.p.p. impone, a pena di nullità del successivo interrogatorio di garanzia, l'ostensione degli atti sulla base dei quali il pubblico ministero ha fondato la propria richiesta cautelare. Si tratta di un indispensabile presupposto affinché il contraddittorio, sia pure posticipato, possa essere realmente effettuato su basi che consentano l'espletamento di un controllo vero e proprio della legittimità del titolo cautelare. Diversa, secondo un indirizzo giurisprudenziale prevalente, oggi rovesciato da una recentissima sentenza delle Sezioni Unite, l'estensione dei poteri difensivi allorché la decisione sulla cautela intervenga successivamente all'interrogatorio dell'indagato, nel contesto della udienza di convalida dell'arresto.

La questione, per lo più, ha riguardato i casi in cui, successivamente all'arresto, il pubblico ministero faccia pervenire al giudice per le indagini preliminari richiesta scritta in ordine alla convalida del medesimo e alla emissione di una misura cautelare. Ebbene, se da parte di un indirizzo particolarmente rigoroso della giurisprudenza di legittimità si negava il diritto dell'indagato e del proprio difensore, non solo a prendere visione degli atti posti a sostegno delle richieste del pubblico ministero ma, finanche, del contenuto delle stesse, trattandosi di situazione in tutto e per tutto equiparabile a quella descritta dall'art. 291 c.p.p e dunque *inaudita altera parte* <sup>(240)</sup>, la linea interpretativa di gran lunga prevalente era nel senso di ammettere l'esistenza di un contraddittorio anticipato anche sull'istanza cautelare, non preceduto, tuttavia, dall'esame degli atti che, a giudizio del pubblico ministero, avrebbero giustificato l'accoglimento della proposta di cautela. Dunque, in quest'ultimo caso, era del tutto inibita, senza alcuna conseguenza sanzionatoria sugli atti conseguenti e, dunque, sull'interrogatorio dell'arrestato, la possibilità di accedere al fascicolo investigativo. Se ne traeva, in

---

<sup>(240)</sup> Tale indirizzo interpretativo è stato sostenuto, tra le altre, da Cass. pen., sez. VI, 21 ottobre 1991, *Cacciola*, in Cass. pen., 1993, 377.

particolare, conferma dal silenzio del legislatore che *ubi voluit, dixit* proprio nell'art. 293, comma 3, c.p.p.<sup>(241)</sup> e non anche, per l'appunto, nella corrispondente previsione dell'ordinanza disposta in sede di convalida dell'arresto.

Diversa sensibilità emergeva da isolate pronunce che interpretavano il diniego di accesso a quegli atti del fascicolo del pubblico ministero posti a fondamento dell'istanza cautelare come una vera e propria violazione del diritto di difesa capace di ripercuotersi negativamente sull'interrogatorio dell'indagato viziato, alla radice, da una nullità di ordine generale soggetta ai limiti di deducibilità dell'art. 182 c.p.p. Si osservava, in particolare, sulla base dell'ordinanza n. 421 del 2001 della Corte costituzionale - alla quale si deve, tra l'altro, il merito di aver valorizzato il concetto di "*contraddittorio cartolare*", in ipotesi di assenza del pubblico ministero all'udienza di convalida e di deposito, per iscritto, della richiesta cautelare - come la scelta di quest'ultimo di non comparire non potesse sortire l'irragionevole effetto di privare l'indagato del diritto di ottenere un contraddittorio in condizioni di parità così come garantito dalla norma<sup>(242)</sup>.

Tale passaggio argomentativo presupponeva, implicitamente, la possibilità di conoscenza degli atti da parte della difesa, difettando di senso, in caso contrario, lo stesso richiamo al riconoscimento di un diritto al contraddittorio sulla eventuale emissione della misura cautelare.

Di un siffatto ordine di principi è costituito il centro propulsivo del ragionamento fatto proprio dalla Corte di Cassazione in una recentissima pronuncia emessa nel suo più autorevole consesso il 30 settembre 2010<sup>(243)</sup>

Pur non potendo disconoscere le radicali differenze di regime che caratterizzano le due occasioni di audizione dell'indagato *in vinculis* - uno, quello disciplinato dall'art. 294 c.p.p., che ricade in un momento in cui la misura è già in esecuzione, l'altro, reso in sede di udienza di convalida dell'arresto o del fermo, ai

---

<sup>(241)</sup> Tra le numerose pronunce portabandiera di un tale indirizzo, cfr Cass. pen., sez. III, 7 aprile 2010, n. 16420/Z.; in CED Cass. pen., 2010; Cass. pen., sez. III, 9 luglio 2009 n. 34813, S.; in CED Cass. pen., 2010; Cass. pen. sez. VI, 11 ottobre 2007, *Guerieri*, n. 43614, in *Cass. pen.*, 2009, 231, con nota di E. APRILE, *Deposito o lettura della richiesta del p.m. e degli atti prima dell'udienza di convalida dell'arresto e validità dell'interrogatorio di garanzia*.

<sup>(242)</sup> Così, Cass. pen., sez. II, 23 febbraio 2006, n. 10492; Cass. pen., sez. IV, 14 giugno 2007, n. 42686; Cass. pen., sez. I, 1 aprile 2009, n. 19170. Per un approfondimento della questione, si rinvia a A. VITALE, *Udienza di convalida e diritto del difensore alla conoscenza degli atti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 627 e ss.

<sup>(243)</sup> Cass. pen., Sez. Unite, 30 settembre 2010, n. 36212 anche in *Dir. giust. on line*, 30 ottobre 2010.

sensi dell'art. 391 c.p.p., che al contrario si colloca in una fase antecedente l'emissione del provvedimento cautelare-, tuttavia da esse non può trarsi la legittimità di una differenziata graduazione di garanzie, attesa la sostanziale equipollenza dei due interrogatori. Ed infatti, l'omessa previsione, per l'udienza di convalida, della analoga disposizione che obbliga l'organo d'accusa all'ostensione degli atti di indagine selezionati per la richiesta della misura cautelare (art. 293, comma 3, c.p.p.) non può essere letta come assoluta preclusione alla conoscenza degli stessi allorché la richiesta di emissione del provvedimento cautelare venga ospitata nel contesto del procedimento di convalida dell'arresto o del fermo. Il silenzio del legislatore è infatti solo apparente. Una lettura sistematica e costituzionalmente orientata delle norme di riferimento costituisce il primo ostacolo a troppo facili automatismi interpretativi che, nonostante l'autorevole sostegno dell'indirizzo giurisprudenziale prevalente, si collocano al limite della compatibilità con l'art. 24 Cost. Il riferimento è proprio all'art. 294 c.p.p. il quale nel consentire al giudice di omettere l'adempimento dell'interrogatorio di garanzia, quando vi ha preceduto in sede di convalida dell'arresto, di fatto assume, quale presupposto implicito, la assoluta equivalenza dei due atti. Da ciò, sebbene non necessario un pedissequo allineamento delle discipline, deve tuttavia ritenersi indefettibile una identica estensione dei diritti difensivi, *«presupponendo i due interrogatori proprio perché chiamati a soddisfare la medesima funzione in sede cautelare – un identico diritto di difendersi ratione cognita»* <sup>(244)</sup> e costituendo, d'altra parte, l'immediata proiezione dell'art. 24 Cost. declinato, nel caso concreto, come potestà effettiva di assistenza tecnica e professionale, non altrimenti tutelata dall'attività di mediazione illustrativa condotta dal giudice, nello svolgimento di quelle fasi dell'*iter* procedurale dalle quali dipendono indubbie conseguenze sulla libertà personale dell'indagato. La censura degli atti si traduce, allora, nella nullità dell'interrogatorio con effetti caducatori sulla misura conseguentemente disposta, ai sensi dell'art. 302 c.p.p.

La sentenza da ultimo citata, in fondo, consente di allineare il nostro sistema normativo agli indirizzi interpretativi della giurisprudenza di Strasburgo, da anni ormai assestata su posizioni radicalmente distanti da quelle estese nell'*affaire Schiesser*. La Corte interpreta, oggi, il silenzio dell'art. 5,§3, Cedu non

---

<sup>(244)</sup> Cfr. § 4 del *considerato in diritto* di Cass. pen., Sez. un., cit.

già quale diniego della garanzia dell'assistenza difensiva in fase di controllo di legittimità del titolo cautelare, rinvenendo, nel successivo art. 6 §1 Cedu il grimaldello normativo indispensabile al pieno riconoscimento *of the right to be assisted by counsel*. Del resto, l'attitudine espansiva dei principi del *fair trial* alla fase cautelare è espressione del generale riconoscimento dell'applicabilità dell'art. 6 Cedu «*even at the stage of the preliminary investigation into an offence by the police*»<sup>(245)</sup>.

Ciò non deve al contempo dare l'illusione di una generalizzata censura nei confronti degli Stati contraenti che non abbiano assicurato, sin dall'inizio, la presenza del difensore agli interrogatori resi in fase di primo controllo. Nella sentenza *Imbrioscia c. Svizzera* <sup>(246)</sup>, per esempio, all'affermazione di principio secondo cui il diritto alla assistenza difensiva trova applicazione finanche *in the pre trial stage*, tuttavia non segue una declaratoria di condanna dello Stato, nonostante l'oggettiva carenza di assistenza di un difensore nelle fasi immediatamente successive all'arresto del ricorrente attesa la brevità del tempo in cui lo stesso era rimasto scoperto di adeguata assistenza difensiva <sup>(247)</sup>. Ciononostante, la tipica aderenza alla concretezza delle questioni dedotte nei ricorsi, nonché la capillare analisi delle normative degli Stati convenuti innanzi alla Corte, se da un lato può costituire la ragione di un non perfetto allineamento ai principi di ordine generale, non sempre applicabili *tout court* al singolo caso, dall'altro non pare certo idonea a smentire l'assunto di principio ormai costantemente ricorrente nelle pronunce della Corte, circa la necessità della presenza della difesa nelle fasi preliminari del processo <sup>(248)</sup>.

La capacità della difesa di poter esercitare un contributo significativo innanzi al giudice del primo controllo dipende, come detto, proprio dalla possibilità di analizzare, valutare, confutare le tesi accusatorie sia mediante l'accesso al *case file* sia attraverso la predisposizione di indagini proprie, capaci di suggerire opzioni ricostruttive parallele rispetto a quelle che trovano sistemazione negli argomenti esplicitati nella ordinanza cautelare.

---

<sup>(245)</sup> Corte EDU, 8 febbraio 1996, *Murray c. UK*, § 62.

<sup>(246)</sup> Corte EDU, sent. 24 novembre 1993, con particolare riferimento al §§ 36 e ss.

<sup>(247)</sup> Critico S. TRECHSEL, *Human rights*, cit., 515, il quale auspica un atteggiamento più deciso dei giudici di Strasburgo.

<sup>(248)</sup> Maggiore sensibilità si rinviene con riferimento alla garanzia dell'assistenza difensiva nei c.d. *habeas corpus proceedings*. V. più diffusamente *infra*.

Presupposto ed oggetto dello scrutinio è, infatti, la motivazione del provvedimento restrittivo che accoglie la estrinsecazione del convincimento del giudice, abbia o meno dato integrale o parziale seguito alle richieste del pubblico ministero. Prima ancora del contatto con il proprio assistito al quale l'art. 104 c.p.p. dedica una protezione rafforzata, è la lettura della motivazione ed il suo confronto con gli atti che permette alla difesa di comprendere la consistenza degli elementi indiziari e la correttezza della lettura giudiziale. Una valutazione, quella contenuta nella ordinanza cautelare, che dovendo seguire pedissequamente il percorso tracciato dall'art. 292 c.p.p., è sottratta, a garanzia di una maggiore forza penetrante dell'esercizio del diritto di controllo, a quei residui di libertà che ancora oggi campeggiano sotto la copertura di locuzioni generiche, plasmabili nei significati più vari <sup>(249)</sup>.

E'pur vero che nella fase del primo controllo, successiva alla emissione di una ordinanza cautelare emessa *inaudita altera parte*, si verifica una coincidenza, per certi versi necessaria, tra l'estensore della motivazione e l'autore dello scrutinio, che se da una parte lascia affiorare più di un dubbio sulla effettività di quell'esame e sulla capacità del giudice di svincolarsi dalla propria originaria ricostruzione delle *quaestiones facti et iuris*, dall'altra consente di risaltare il contributo difensivo dell'interrogatorio di garanzia, che potrebbe rivelarsi a tal punto efficace da consentire una revisione critica delle ragioni che in prima battuta hanno convinto lo stesso organo giudicante della bontà delle tesi accusatorie – sia sul piano della sussistenza dei gravi indizi che su quello della verifica delle esigenze cautelari-, ancorché nei tempi stretti in cui tale garanzia è destinata ad operare.

Ed infatti, il termine assegnato dal legislatore per l'espletamento del contraddittorio postergato è segnato dalle rapidissime cadenze della clessidra dell'art. 294 c.p.p. che, se guardate unicamente sotto il profilo dell'organizzazione di una strategia difensiva, potrebbero non essere appaganti, specie laddove il materiale raccolto dal pubblico ministero risulti estremamente copioso e costituisca frutto di una indagine complessa. Non potrebbe, tuttavia, essere immaginabile una

---

<sup>(249)</sup> M. NOBILI, *Storie di una illustre formula: il libero convincimento negli ultimi trent'anni*, appunti per una relazione svolta al convegno – in memoria di Antonino Galati – dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale, su «*Il libero convincimento del giudice penale: vecchie e nuove esperienze*», Siracusa, 6-8 dicembre 2002 anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 71 e ss.

diversa estensione delle scadenze procedurali. I cinque giorni successivi alla cautela e le complessive novantasei ore richieste per la convalida dell'arresto non sono, per evidenti ragioni di garanzia, dilazionabili.

Nel richiedere che il controllo sulla *pre trial detention* avvenga in un tempo non superiore a quattro giorni, salvi i casi straordinari che potrebbero legittimare dilazioni non più ampie di ulteriori sei ore, la Corte europea privilegia una prospettiva che intravede nell'intervento dell'organo giudiziario, un primo, indifferibile ed imprescindibile momento di tutela volto a contenere quelle tentazioni investigative spregiudicatamente indirizzate verso soluzioni confessorie che potrebbero annidarsi in alcune modalità di intervento restrittivo attuate come *police custody*.

Di contro, la diversa, spesso più complessa procedura che precede la emissione di una ordinanza di custodia cautelare nonché la sua immediata caratterizzazione giudiziale, assicura e giustifica la legittimità della previsione, pur breve ma leggermente più ampia, di cinque giorni per la effettuazione del primo contatto, con funzione difensiva, innanzi all'organo garante, purché ciò sia consentito in ogni momento della procedura.

A tal riguardo, infatti, prima ancora della congruità del termine di cinque giorni, a costituire imprescindibile presupposto della garanzia è che essa sia assicurata *per tutto l'arco della procedura* e non, come previsto nella originaria stesura del codice di procedura penale, unicamente entro i confini delle indagini preliminari. Ad estendere il diritto all'interrogatorio di garanzia alle fasi successive alle indagini preliminari furono dapprima la Corte costituzionale in due occasioni quasi coeve (una risalente al 1997 <sup>(250)</sup>, la seconda al 1999<sup>(251)</sup>) e, successivamente, il legislatore ( con la l. 21 aprile 1999, n. 109). Inizialmente il termine finale venne identificato con quello della trasmissione degli atti al giudice per il dibattimento,

---

<sup>(250)</sup> Cfr. Cort. cost., 24 marzo-3 aprile 1997, n. 77, anche in *Guida dir.*, 1997, 59, con nota di G. FRIGO, *La Corte costituzionale estende le garanzie alla fase degli atti preliminari al dibattimento*. In argomento anche V. BONINI, *La Corte costituzionale e la centralità dell'interrogatorio di garanzia nella disciplina delle misure cautelari personali*, in *Leg. pen.*, 1997, 863.

<sup>(251)</sup> Cfr. Corte cost., 10 – 17 febbraio, 1999, n. 32, anche in *Guida dir.*, 1999, 23 e ss con nota di R. BRICCHETTI, *Così il legislatore colma i vuoti normativi e l'interprete si ritrova con più certezze*. Per una attenta disamina delle due decisioni della Corte costituzionale si rinvia a F. NUZZO, *L'estensione dell'interrogatorio di garanzia per l'imputato in vinculis*, in *Cass. pen.*, 1999, 1728 e ss. Una lettura sistematica delle varie tipologie di interrogatorio dell'imputato ristretto, cfr G. VARRASO, *Interrogatorio in vinculis dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1387.

per poi essere, in via definitiva, fatto coincidere con quello dell'apertura del dibattimento. L'essenzialità dell'intervento di un organo *super partes* all'interno del procedimento applicativo della misura cautelare riguarda, infatti, non solo il momento delle indagini preliminari, ma anche quello successivo. Ad imporlo è proprio la stessa natura provvisoria del provvedimento coercitivo destinato ad essere immediatamente sottoposto a controllo, a prescindere dal momento in cui è emesso. Del resto, se l'oggetto della vicenda cautelare solo in parte può dirsi coincidente con quello del procedimento principale, restando preclusa, in questo contesto, ogni valutazione inerente la sussistenza e la permanenza del *periculum libertatis*, e se le modalità del suo accertamento attengono ad una verifica *allo stato degli atti* non assorbita neppure dalla emissione del decreto che dispone il giudizio <sup>(252)</sup>, il divieto imposto ad una riconsiderazione dei presupposti che giustificano la permanenza dello *status custodiae* precedente l'emissione della sentenza definitiva, non sembra trarre dal sistema alcuna giustificazione. A dire il vero né la Corte costituzionale ( e con essa il legislatore del '99) né la Corte europea giungono sino all'accoglimento di una tale conclusione. Nel fissare lo sbarramento dell'interrogatorio di garanzia alle soglie dell'apertura del dibattimento si è infatti fatta strada l'idea che la fase del giudizio, per i suoi caratteri essenziali di pienezza del contraddittorio e per l'imminente presenza dell'imputato, assorba in sé la stessa funzione dell'interrogatorio di garanzia, godendo il giudice del dibattimento della possibilità di verificare in ogni momento sia la legittimità dello *status custodiae*, sia la permanenza delle condizioni che determinano l'adozione della misura, senza che una tale verifica sia affidata ai tempi incerti e spesso lunghi delle fasi precedenti. Se la prassi giudiziaria non avesse reso evanescente la previsione della celebrazione del dibattimento in unica udienza impedendo di fatto un controllo senza ritardi nella fase dibattimentale, la soluzione suggerita al legislatore dalla Consulta non avrebbe assunto il sapore del compromesso. A far da sfondo l'idea che il progredire del giudizio consenta e giustifichi interferenze e contaminazioni tra incidente cautelare e *meritum causae* e legittimi finanche l'assimilazione tra interrogatorio di garanzia ( che è e dovrebbe restare limitato alla verifica dei presupposti della misura privativa) ed esame dell'imputato (tipico mezzo di prova)

---

<sup>(252)</sup> In tale senso si espresse Corte cost., sent.15 marzo 1996, n. 71, in *Arch. pen.*, 1996, 126. In dottrina, A. BASSI, *Sulla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza dopo il decreto che dispone il giudizio*, in *Cass. pen.*, 2002, 3725.

(<sup>253</sup>). Laddove, al contrario, una pedissequa attuazione dell'art. 27, comma 2, Cost., impedirebbe di dare spazio a sovrapposizioni tra procedimenti che possano tradursi in un'osmosi di obiettivi, vale a dire l'accertamento della *cautela* e della *colpevolezza*.

Se dalla Corte europea proviene, come detto, l'imperativo di un controllo *super partes* in tempi rapidi (<sup>254</sup>), il suo adempimento risulta messo in crisi non già dalla previsione del termine di cinque giorni (seppure più ampio dei quattro giorni e sei ore fissati dalla Corte per le ipotesi di *police custody*) quanto piuttosto dalla portata limitata dell'estensione fino alle soglie del dibattimento. Vero è tuttavia che, essendo sedimentata in seno alla giurisprudenza europea l'idea che il termine della *detention on remand* si identifichi con quello della sentenza di primo grado e non con quello della sentenza definitiva, il diritto fatto proprio dall'art. 5, §3, Cedu, finisce con il trovare attuazione solo in prime cure, essendo qualificata, la detenzione dell'imputato nelle more dell'appello alla stregua di *detention after conviction* ai sensi dell'art. 5, §1, lett. a) sottratta, come ricordato in premessa, dal perimetro d'azione della norma in commento.

### 3. THE RIGHT TO *HABEAS CORPUS PROCEEDING*.

«*Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful*», recita l'art. 5, § 4, Cedu.

*Avere il corpo, ad subjiciendum iudicium*, equivale a misurare, sulla pelle del detenuto, la regolarità dello stato detentivo subito. Significa riconoscere ad ogni persona ristretta in base a qualsivoglia titolo privativo (sia esso arresto, ordinanza custodiale, sentenza di condanna) il diritto a ricorrere ad una Corte che abbia il

---

(<sup>253</sup>) Oltre ad una diversità contenutistica l'interrogatorio *ex art. 421 c.p.p.* nonché l'esame dell'imputato ai sensi dell'art. 503 c.p.p. differiscono da quello disciplinato dall'art. 294 c.p.p. non solo sul piano contenutistico ma anche in ordine alla mancanza di obbligatorietà della loro attuazione. In argomento, D. BARBIERI, (voce) *Interrogatorio nel processo penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1992, 225. Sulla connotazione in chiave probatoria dell'interrogatorio *ex art. 421 c.p.p.* anche O. MAZZA, *Interrogatorio ed esame dell'imputato: identità di natura giuridica e di efficacia probatoria*, in *Riv. it., dir. proc.*, 1994, 849.

(<sup>254</sup>) Si pensi alla censura mossa nella risalente decisione di Corte EDU, 22maggio 1984 *De Jong, Van der Brink c. Paesi Bassi*, nella quale lo Stato ricorrente veniva condannato per aver consentito l'audizione degli interessati solamente nel corso dell'udienza decisoria e non immediatamente dopo l'emissione della misura.

potere di verificare la legalità della detenzione e di ordinare il rilascio immediato laddove essa sia risultata *unlawful* <sup>(255)</sup>.

È l'importanza della posta in gioco, la tutela della libertà personale, a far da sfondo alla duplice esigenza che da un lato sia assicurato il diritto al ricorso ad un tribunale, ma che, dall'altro, l'intera procedura sia dominata da un ritmo accelerato, *speedily*.

Il tempo, ancora una volta, costituisce una costante imprescindibile della tutela del diritto alla libertà personale nelle sfumature più varie che esso è destinato ad assumere: quello della detenzione cautelare, provvisorio, limitato; quello delle garanzie, immediato; quello del controllo, senza ritardo.

Quanto alla procedura di *habeas corpus*, la speditezza costituisce immediata proiezione della necessità, più volte ribadita dalla Corte europea, di assicurare un rimedio effettivo contro l'illegalità della detenzione: avrebbe poco senso lasciare nell'oblio delle cancellerie dei Tribunali per tempi indefiniti la domanda di revisione di un titolo detentivo che si assume illegittimo non solo perché ciò varrebbe di per sé a svuotare l'importanza del diritto al ricorso, ma soprattutto perché, l'esecuzione *medio tempore* di un provvedimento tanto invasivo finisce con il divenire illegittima, a prescindere dalla correttezza originaria dei presupposti giustificativi, per il sol fatto che non sia, in tempi ragionevoli, sottoposta a revisione critica.

A questa logica si ispira anche il regime del riesame dell'ordinanza cautelare nel nostro ordinamento. Torneremo oltre sulla questione relativa al *tempo* della cautela e della procedura di controllo. Valga intanto premettere che il peculiare effetto caducatorio della misura collegato alla inosservanza del doppio termine – cinque giorni per la trasmissione degli atti da parte della cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato al Tribunale della libertà; dieci giorni, che decorrono dall'invio degli atti, per la emissione della decisione – permettono di allineare, quanto meno sotto il profilo della speditezza, il riesame al §4 dell'art. 5 Cedu. Diverso il panorama degli altri rimedi, la richiesta di revoca ovvero di sostituzione, l'appello contro l'ordinanza di diniego, il ricorso per

---

<sup>(255)</sup> Le origini del diritto sono piuttosto risalenti. Ritiene che esso derivi da un istituto sviluppatosi in epoca medioevale ed annotato nel *Registrum brevium seu originalium quam judicialium*, mediante il quale dietro richiesta dell'interessato il sovrano disponeva che il prigioniero fosse condotto alla sua Cort (The King's Bench) per esservi giudicato, R.GAMBINI MUSSO, (voce) *Habeas corpus*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 1992, 59.

cassazione (anche *per saltum*) che, non condividendo con il riesame la tutela rinforzata dell'effetto caducatorio della misura, connesso all'inadempimento di termini perentori, rischiano, complice una prassi largamente lassista, di soverchiare l'imperativo della celerità, tradendone, alla radice, l'obiettivo della effettività che ad esso risulta intimamente connesso.

L'aver impresso al diritto ad un ricorso innanzi ad un Tribunale, affinché verifichi la legittimità dello stato detentivo, l'ulteriore connotato della *speditezza* esprime l'idea, fatta propria dalla Convenzione, che tale garanzia, costituendo il centro nevralgico della tutela della libertà personale, debba essere *effettiva* e, quindi, assicurata «*con un certo grado di certezza*» <sup>(256)</sup>.

Alla giurisprudenza degli organi di Strasburgo si deve, a tal proposito, il merito di aver progressivamente irrobustito i principi convenzionali mediante l'individuazione di specifici corollari destinati, per l'appunto, a tradurre in termini concreti l'obiettivo della effettività del rimedio: ci si riferisce, in particolare, alla necessità che il controllo sia effettuato da un Tribunale avente le caratteristiche di indipendenza ed imparzialità; al requisito della accessibilità del ricorso; alla predisposizione di un catalogo di garanzie difensive destinate a presidiare l'intera procedura di verifica della legittimità dello stato detentivo; all'ampiezza dello scrutinio; al rilievo autonomo della garanzia.

A quest'ultimo riguardo, infatti, il giudice di Strasburgo costantemente afferma che il diritto al ricorso ad un Tribunale per verificare la legittimità della procedura di controllo debba godere di autonoma protezione, a prescindere, pertanto, dalla illegittimità o meno dello stato detentivo. Non solo i casi di asserita violazione dell'art. 5, §1, Cedu giustificano, pertanto, il diritto al ricorso, ma esso trova immediata attuazione anche in ipotesi di detenzione conforme al diritto interno ed ai principi della Cedu. Ciò significa che il diritto ad adire un Tribunale debba essere assicurato comunque, pena il rischio per lo Stato contraente di incorrere nella violazione del §4 dell'art. 5 Cedu inevitabile persino mediante allegazione di indizi a conferma della legittimità del provvedimento privativo originario.

Al cospetto di una tale estensione del *right to take proceedings* e del pressoché costante impegno giurisprudenziale diretto a rinforzarne il carattere di

---

<sup>(256)</sup> Tra le tante, Corte EDU, 24 giugno 1982, Van Droogenbroeck c. Belgio, § 54.

effettività, la puntuale selezione, ad opera della stessa Corte, dei casi nonché dei soggetti legittimati a promuovere il ricorso - volta a sottrarre dall'area della garanzia procedurale in parola numerose situazioni pur letteralmente ricomprese nell'art. 5 Cedu o dallo stesso non esplicitamente escluse - assume il significato di una pressoché parziale abdicazione al proclamato ruolo di centralità del diritto al controllo innanzi al Tribunale nel panorama degli strumenti di tutela della libertà personale. Questa operazione di contenimento è espressa dalla adesione alla nota teoria di matrice anglosassone del c.d. *controllo incorporato*, secondo cui, allorché la detenzione sia stata ordinata da un giudice non sarebbe più necessario attribuire alla persona raggiunta da tale provvedimento restrittivo la garanzia del ricorso ad un Tribunale di seconda istanza competente a scrutinare la legittimità del titolo privativo, essendo, siffatta verifica, per l'appunto *assorbita* dal primo accertamento giudiziale. Sarebbero così esclusi dal diritto all'*habeas corpus proceedings* i soggetti raggiunti da una sentenza di condanna (*a discretionary life sentence*)<sup>(257)</sup> allo stesso modo dei destinatari di un provvedimento emesso in seguito alla procedura garantita dal § 3, art. 5 Cedu allorché il titolo detentivo, pur provvisorio, sia stato pronunciato da un *judge or other officer authorised by law to exercise judicial power*. In tali situazioni, proprio la garanzia della giurisdizionalità della procedura destinata a culminare con l'adozione di un provvedimento, anch'esso, gioco forza, giurisdizionale, finisce col neutralizzare la necessità del ricorso indirizzato *to the Court* rendendo *redundant*<sup>(258)</sup> la garanzia in questione.

In linea generale il criterio della incorporazione, pur contribuendo a negare l'esistenza di un diritto al doppio grado di giurisdizione<sup>(259)</sup>, per quel che qui ci

---

<sup>(257)</sup> Sono quelle pronunce tipiche del sistema anglosassone che stabiliscono una *tariff* minima e che sono suscettibili di modifica con il passare del tempo qualora il soggetto non appaia pericoloso oppure quelle che sono emesse in seguito alla commissione di un nuovo reato da parte del soggetto liberato ed emesse in esecuzione al precedente titolo. Sul tema, Cfr P. SPAGNOLO, *Il Tribunale della libertà*, cit., 50 e ss.

<sup>(258)</sup> Cfr D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Londra, 1998, 151. Esprime legittime perplessità S. TRECHSELL, *Human rights*, cit., 469, secondo il quale mentre appare corretta l'affermazione secondo cui il procedimento di *habeas corpus* non debba determinare una vera e propria sostituzione tra procedimenti, proprio la possibilità che in seguito al primo provvedimento restrittivo possano tutto sommato sorgere numerose questioni degne di essere rivalutate, renderebbe ragione di assicurare anche ai succitati casi, la garanzia di un nuovo controllo. Non solo, criticando l'A. i principi fatti propri dalla Corte nei casi Drozd and Janousek e Iribarne Perez c. Spagna e Francia, ritiene incomprensibile la conclusione estesa in quelle decisioni secondo cui il controllo sulla legittimità di una sentenza di condanna a 12 anni di reclusione (Iribarne Perez) possa essere incorporato in un provvedimento conclusivo di un procedimento che, in tal caso, risultava « *hardly conforming to the standards required by Article 6 of the Convention* ».

<sup>(259)</sup> M. PISANI, *sub art. 5 Cedu*, cit, 142.

occupa, in ambito cautelare, non impedisce la possibilità di un nuovo controllo tendente ad una valutazione *ex novo* di circostanze sopravvenute. Tale esigenza si è fatta pressante soprattutto nei casi di *detention of unsoundness of mind* <sup>(260)</sup> ovvero in quelle di c.d. *detention for non payment of a fine* vale a dire di quelle situazioni caratterizzate dalla strutturale provvisorietà della decisione essendo la stessa sorretta da valutazioni destinate a trovare successiva smentita nella naturale evoluzione delle patologie mentali o della capacità economica del soggetto <sup>(261)</sup>.

A tali categorie si potrebbe allora accostare anche quella della *detention on remand* per natura fondata su una valutazione della *quaestio libertatis rebus sic stantibus*. In tal senso, infatti, pur non implicando l'art. 5 § 4 Cedu un ulteriore controllo secondo lo schema delle impugnazioni cautelari familiari al giurista italiano, esso comunque consente all'interessato, trascorso un certo lasso di tempo, di investire un'autorità giudiziaria della verifica della legittimità dello stato detentivo, sempre che la misura sia stata disposta, *ab origine*, nel rispetto delle garanzie del processo equo.

In questa prospettiva potrebbe porsi in linea con la Convenzione anche un ordinamento che non preveda al suo interno la predisposizione di uno specifico rimedio innanzi ad un collegio giudicante di seconda istanza, purché sia comunque assicurato il diritto di ricorrere, trascorso un certo lasso di tempo, ad un giudice allo scopo di stimolare una revisione o una sostituzione, non appena sia riscontrabile una modifica del quadro cautelare, che aveva *ab origine* giustificato l'emissione della misura. L'oggetto dello scrutinio si identifica con l'accertamento del

---

<sup>(260)</sup> A tal riguardo si rinvia alla lettura della decisione conclusiva dell'*affaire Winterwerp*. Cfr Corte EDU, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, 24 ottobre 1979, § 55.

<sup>(261)</sup> Sono da ricordare le sentenze Corte EDU, 15 novembre 1996, *Silva Rocha c. Portogallo*, e Corte EDU, 24 agosto 1988, *Soumare c. Francia*. Nel primo caso, il ricorrente era stato accusato di aver commesso un omicidio. In conseguenza della non imputabilità del medesimo e del contemporaneo accertamento della pericolosità sociale era stato ordinato il suo internamento per la durata minima di tre anni. Ebbene, in tal caso la Corte ha ritenuto che il diritto al controllo doveva ritenersi incorporato in tale decisione per lo meno per la durata di tre anni, fatta salva ogni successiva rivalutazione. Evidente il rischio di reclusioni fondate su presupposti capziosamente ritenuti non aggiornabili, laddove nel frattempo le condizioni che giustificavano il provvedimento iniziale dovessero essere ritenute invalide in presenza di un generale mutamento del quadro clinico del soggetto interessato. Alla stessa stregua il secondo dei casi citati. Il sig. *Soumare* era stato condannato in Francia per traffico di droga a dieci anni di pena detentiva nonché al pagamento di una ammenda doganale accompagnata dall'arresto per garantire il pagamento. La Corte ha ritenuto applicabile la teoria del controllo incorporato al primo periodo di detenzione. L'arresto susseguente al mancato pagamento dell'ammenda doveva ritenersi, al contrario, oggetto di uno scrutinio successivo circa i requisiti della legittimità essendo fondato su presupposti che al momento della prima pronuncia erano stati esplicitati alla stregua di un'ipotesi astratta essendo il requisito della solvibilità del ricorrente suscettibile di modificarsi nel corso del tempo e pertanto meritevole di una valutazione più prossima.

perdurare delle condizioni legittimanti lo *status custodiæ* nel solco di una verifica che attenga alla legittimità <sup>(262)</sup> *lato sensu* del provvedimento coercitivo e nel contesto di una procedura che assicuri il rispetto delle garanzie di contraddittorio e parità delle armi, di indipendenza ed imparzialità dell'organo giudicante, secondo il modello segnato dall'art. 6 Cedu.

L'elasticità di tale impostazione riflette, del resto, il variegato panorama di soluzioni presenti negli ordinamenti degli Stati membri. Alla tipologia del ricorso attivabile dall'interessato sul quale si modella il meccanismo delle impugnazioni cautelari italiane, fanno da contraltare le ipotesi delle revisioni *ex officio* da parte dell'*investigating judge* ovvero attivabili da parte del *public prosecutor at short intervals* <sup>(263)</sup>.

Non può tacersi come, tuttavia, da più parti a livello europeo si ponga l'accento sulla necessità di non sovrapporre i due stadi della revisione cautelare. La predisposizione di un *periodic review* condotto *ex officio* o su impulso del *public prosecutor* non dovrebbe essere confuso con il diritto, indipendente, di ogni persona privata della libertà personale di adire un'autorità giudiziaria per contestare la legittimità del provvedimento attraverso un controllo idoneo a passare in rassegna ogni aspetto della vicenda cautelare, senza che, rispetto ad esso, possano dirsi assorbenti, diverse modalità di verifica. Del resto, ad un *right to appeal* fa esplicito riferimento l'art. 18 della Recommendation Rec (2006) 13 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'uso della custodia cautelare <sup>(264)</sup>.

Ritenere, tuttavia, non indefettibile il sistema di controllo tarato sul modello delle impugnazioni cautelari come previsto dal nostro ordinamento, proprio sulla scorta di un pedissequo allineamento alla teoria del controllo incorporato, lasciando al detenuto l'unica strada dell'istanza di revisione ad intervalli regolari del titolo detentivo, non consentirebbe di approdare a soluzioni tranquillanti, atteso il noto *deficit* di contraddittorio che caratterizza il momento genetico della misura cautelare nel nostro paese. Se l'obiettivo del giudice di Strasburgo è per l'appunto quello di accreditare presso ogni Stato una vera e propria giurisdizionalizzazione

---

<sup>(262)</sup> Secondo il modello anglosassone, *legittimità* è intesa nella duplice accezione di controllo di merito e di regolarità formale.

<sup>(263)</sup> Per una panoramica di carattere comparato sulle varie tipologie di revisione del titolo cautelare si rinvia a A.M. VAN KALMTHOUT, M.M. KNAPEN, C. MORGENSTEN, *Pre – trial detention in the European Union*, WLP, 2009, 74-80.

<sup>(264)</sup> In tale direzione si è espresso proprio il Comitato dei Ministri nell'*Explanatory Memorandum to Recommendation*, Rec (2006) 13.

dell'intera procedura cautelare, la teoria del controllo incorporato potrebbe rendere *redundant* l'apparato delle impugnazioni cautelari soltanto ove fosse, in alternativa, consentito non solo il diritto di essere arrestati o detenuti per ordine di un giudice, «*ma di veder verificata e scrutinata la propria restrizione ante iudicium attraverso un "giusto" procedimento*» <sup>(265)</sup>.

Ed un tale obiettivo non potrebbe dirsi soddisfatto da un sistema di revisioni tarato sullo schema della nostra istanza di revoca prevista ai sensi dell'art. 299 c.p.p. .E ciò non solo perché essa, pur non comportando la implicita accettazione della legittimità del provvedimento custodiale, potendo verificarsi contemporaneamente la mancanza originaria delle condizioni di applicabilità ed il sopraggiungere di un *novum* che ne legittima la proposizione <sup>(266)</sup>, di fatto si basa sulla sopravvenuta carenza dei presupposti della misura e delle esigenze cautelari <sup>(267)</sup> , contrariamente al riesame, istituzionalmente fondato proprio sulla mancanza originaria di tali condizioni <sup>(268)</sup>. Ma anche perché la stessa non risulta presidiata neppure dalla garanzia della celerità, non essendo imposto al magistrato investito della questione il rispetto di alcun termine perentorio per addivenire alla decisione richiesta. D'altro canto, come già visto, il nostro sistema non assegna al decorso del tempo alcun autonomo ruolo nella indagine sul perdurare della legittimità e della ragionevolezza del mantenimento dello stato detentivo. In tal senso, dunque, l'istanza di revoca, che più di ogni altra risulta capace di consentire una rivalutazione aggiornata dello *status custodiae*, anche in ragione della possibilità di adire il giudice senza l'obbligo di rispettare i limiti di tempo notoriamente

---

<sup>(265)</sup> P. SPAGNOLO, *Il Tribunale della libertà*, cit., 55.

<sup>(266)</sup> Così Cass. pen., sez. VI, 22 luglio 1994, *De Freitas Nielsen*, in CED Cass., n. 199411; nonché Cass. pen., sez. VI, 27 maggio 1995, *Nunzio*, in CED Cass., n. 201892; Cass. pen., sez. VI, 22 agosto 1994, *Mazzeo*, in CED Cass., n. 199044.

<sup>(267)</sup> Così Cass. pen., sez. VI, 8 maggio 1998, *Russo*, CED Cass., n. 210493; e Cass. pen., sez. I, 7 ottobre 1997, *Priebke*, in CED Cass., n. 208513 in cui si precisa che la valutazione del giudice deve estendersi anche alla verifica della sussistenza di eventuali cause di estinzione del reato o della pena; Trib. Reggio Calabria, 13 marzo.2007, in *Merito*, 2007, 7-8, 72.

<sup>(268)</sup> Annoso il disagio specialmente della giurisprudenza nel circoscrivere la *ratio essendi* della richiesta di revoca alla disamina dei soli fatti sopravvenuti. Per una sistemazione dei rapporti tra istanza di revoca e riesame cfr Cass. pen., Sez. un., 8 luglio 1994, *Buffa*, in Mass. Pen. cass.1994, 149 ed in *Cass. pen.*, 1994, 2928, con nota di D. POTETTI, *Riesame appello e revoca in tema di misure cautelari: una convivenza difficile* e G. SPANGHER, *Le sezioni unite sui rapporti tra riesame e richiesta di revoca*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 69. Oggi sembra potersi affermare che il riesame è destinato ad un controllo di tipo statico sul momento genetico dell'intervento cautelare, alla luce sia dei fatti coevi sia del *novum* esposto ai sensi dell'art. 309, comma 9 c.p.p. La revoca è strumento di verifica dinamica della vita della fattispecie cautelare e mira a verificare che la restrizione continui ad essere giustificata nel perdurare del procedimento. Per una attenta disamina della questione G. PIERRO, *Il giudicato cautelare*, Torino, 2000.

assegnati al ricorrente che decida di promuovere istanza di riesame ovvero di appello, sconta gli effetti di un'impostazione, per lo più giurisprudenziale, molto prudente nel riconoscere al decorso del tempo autonoma efficacia attenuante o neutralizzante delle esigenze che *ab origine* avevano giustificato l'emissione della misura, come, al contrario, si apprende dall'esame delle decisioni degli organi di Strasburgo <sup>(269)</sup>.

Per quanto non possa tacersi il fatto che neppure la nostra Carta costituzionale assegni ai rimedi del riesame o dell'appello quella copertura di cui gode il ricorso in cassazione, l'unico al quale l'art.111 Cost. riconosce dignità di diritto indefettibile <sup>(270)</sup>, vero è che, ancora una volta, ritenere che l'adesione alla teoria dell'assorbimento possa implicare la rinuncia *tout court* ai citati mezzi di impugnazione senza conseguenze di rilievo sugli equilibri complessivi del sistema oltre che, prima ancora, sul corretto adempimento degli obblighi provenienti da Strasburgo, esprimerebbe adesione ad una troppo ingenua e superficiale sovrapposizione tra sistemi – quello delineato dalla Cedu e quello fatto proprio dal nostro ordinamento - che, al contrario, non possono essere misurati attraverso il ricorso ad identici metri di comparazione. Ecco perché si ritiene che su un sistema calibrato unicamente sul ricorso in cassazione, magari accompagnato da sporadiche occasioni di revisione della legittimità dello stato detentivo mediante la predisposizione di istanze di revoca o sostituzione, non possa che calare la scure del giudizio di inidoneità, non essendo in grado di assicurare, *rebus sic stantibus*, l'adempimento di quegli imperativi che provengono dalle sentenze della Corte.

Diversamente, *de iure condendo*, potrebbe anche ipotizzarsi, previa fissazione di termini perentori con effetto caducatorio sulla misura in caso di inadempimento, una maggiore estensione dei poteri di scrutinio del giudice investito di una istanza di revoca, con un approfondimento delle occasioni di confronto e di contraddittorio tra le parti che trovi sbocco in una motivazione articolata (sul modello di quella prevista dall'art. 292 c.p.p. e non sul diverso

---

<sup>(269)</sup> A mero titolo esemplificativo e tra le tante pronunce in tal senso si veda Cass. pen., sez. III, 19 giugno 2003, *p.m. in c. Cesaro*, in CED Cass., n. 225594, secondo cui «*non è sufficiente l'indicazione del mero decorso del tempo senza che siano specificati gli ulteriori elementi in virtù dei quali l'originaria misura cautelare deve essere sostituita con altra meno grave ma idonea ad impedire la reiterazione dei reati*».

<sup>(270)</sup> A tal riguardo, la stessa Commissione europea non aveva mancato di affermare, in un'occasione, che il meccanismo della ricorribilità per cassazione previsto dall'ordinamento italiano sarebbe stato sufficiente a soddisfare il principio fissato dall'art. 5§4 Cedu. Cfr Comm. EU, 19 marzo 1981, *Bonazzi c. Italia*.

prototipo motivazionale offerto dal laconico art. 125, comma 3, c.p.p.), il cui controllo, complice la revisione della lett. e) dell'art. 606 c.p.p. <sup>(271)</sup>, estendendosi già oggi persino alla valutazione degli atti processuali, potrebbe avvicinarsi in linea tendenziale, al tipo di scrutinio preteso dal giudice di Strasburgo .

Vero è che anche sviluppando al massimo le potenzialità di tali istituti, non sarebbe eliminabile la perdita di talune garanzie quali quella della collegialità <sup>(272)</sup>, con la conseguenza di un inevitabile arretramento sulla strada dell'attuazione delle garanzie dei diritti umani nel procedimento cautelare.

Resta da dire che nell'attuale configurazione del sistema italiano, gli *standards* pretesi da Strasburgo possono dirsi rispettati solo nell'armonica sinergia tra i diversi rimedi proposti al punto che l'eliminazione anche di un solo tassello dell'ingranaggio complessivo provocherebbe disfunzioni prevedibilmente censurabili proprio dalla stessa Corte europea che promuove la teoria dell'incorporazione.

Basti, in fondo, riflettere sul fatto che il ricorso per cassazione non solo non sarebbe in grado di assicurare il rispetto del criterio della celerità; ma neppure potrebbe consentire, nonostante le citate aperture conseguenti alla novella del 2006, di realizzare uno scrutinio di portata analoga a quello postulato dalla Carta internazionale il cui contenuto, come vedremo, risulta estremamente più ampio di quello sintetizzato dal riferimento alla violazione di legge che tradizionalmente costituisce l'area del nostro sindacato di legittimità <sup>(273)</sup>.

Ciò detto e preso atto che l'innesto della teoria dell'assorbimento in un sistema come il nostro rischierebbe di provocare il rigetto di altri ed indefettibili principi della procedura cautelare il cui rispetto è preteso proprio dalla Corte

---

<sup>(271)</sup> La cui estensione al procedimento cautelare è confermata anche da Cass. pen., sez. V, 15 marzo 2006, *Casula*, in *Guida dir.* 2006, 30, 92.

<sup>(272)</sup> Deve tuttavia rilevarsi come anche sulla garanzia della collegialità la Corte europea non imponga alcun impegno agli Stati aderenti, ben potendo essere legittimo l'esercizio di poteri giurisdizionali tanto da parte del giudice singolo, tanto da parte del giudice in composizione collegiale, purché siano rispettati gli *standards* della indipendenza e della imparzialità. Vero è tuttavia che laddove siano previste forme più avanzate di garanzia – e quella della collegialità parrebbe persino imposta dall'art. 106 Cost (così E. MARZADURI, *Premessa al commento articolo per articolo del d. lgs 19 febbraio 1998, n. 51*, in *Leg. pen.*, 1998, 371) - è sempre fatta salva l'applicazione della clausola di salvaguardia di cui all'art. 53 Cedu. Rilievi critici sulla perdita della collegialità con riferimento all'ampliamento della competenza del giudice singolo ad opera della L. 479 del 1999, cfr. P. TONINI, *Manuale di Procedura penale*, Milano, 2007, 63.

<sup>(273)</sup> In tal senso M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, 1984, 360.

europea <sup>(274)</sup>, non resta allora, dichiarata l'indefettibilità del secondo grado di giudizio cautelare, che procedere all'analisi della normativa contenuta negli artt. 309 – 311 c.p.p. onde verificarne la rispondenza alle garanzie minime previste dalla Carta internazionale in termini di giurisdizionalità della procedura e, dunque, di diritto all'imparzialità dell'organo giudicante, all'accessibilità del rimedio, al contraddittorio ed all'oralità dell'udienza, alla parità delle armi anche nella prospettiva del diritto all'accesso al *case file*, all'assistenza del legale, alla speditezza della procedura oltre che ad una diversa configurazione della regola di giudizio necessariamente ispirata al parametro della *praesumptio pro libertate*.

Una volta che un ordinamento sceglie di dotarsi di un sistema articolato su due gradi di giurisdizione, deve, per la Corte, in ogni caso assicurare il rispetto di tali principi <sup>(275)</sup>.

### 3.1. THE COURT

Necessariamente preliminare rispetto alla disamina degli ulteriori aspetti coinvolgenti la procedura di controllo del titolo cautelare è quello inerente l'individuazione dell'organo giudiziario adito al fine di verificare la legittimità del titolo detentivo. A tal riguardo, come anticipato, la Corte europea, come spesso accade proprio in ragione della molteplice varietà di soluzioni adottate dagli Stati aderenti, non impone loro l'obbligo di attenersi a regole stringenti, purché, e su questo lo scrutinio di Strasburgo risulta estremamente rigoroso, l'organo dotato del potere di controllo posseda i requisiti della giurisdizione e sia pertanto

---

<sup>(274)</sup> Ricorda M.CHIAVARIO, *Il nuovo 'riesame': quale dosaggio di garanzie?*, in *Leg. Pen.*, 1983, 563, che nonostante i sostenitori della L. 12 agosto 1982, n. 532, istitutiva del Tribunale della libertà, avessero posto l'accento sulla necessità di allineare il nostro paese ai precetti dell'art. 5,§4, Cedu, un'analisi non superficiale degli orientamenti della Corte e della Commissione imponevano, in verità, quanto meno di confrontarsi con la teoria dell'assorbimento che di fatto impediva di ritenere automaticamente discendente dalla disposizione internazionale la necessità di predisporre il controllo di merito. Per quanto tuttavia l'A. non ritenga che vi sia una 'formale' incompatibilità tra lo *standard* minimo preteso dall'art. 5§4 Cedu ed un sistema di controllo basato unicamente sul ricorso in cassazione, «[...] è altrettanto vero che clausole del genere inducono a domandarsi se non ci si abbia da sforzare per creare le condizioni di una loro attuazione più piena, rispetto a quella strettamente indispensabile perché non si debba ravvisare un'incompatibilità vera e propria».

<sup>(275)</sup> Tra le molte pronunce a riguardo si veda Corte EDU, 12 dicembre 1991, Toth c. Austria, secondo la quale l'art. 5§4 non obbliga gli Stati contraenti a dotarsi di un doppio grado di giurisdizione di merito per l'esame delle istanze di remissione in libertà. Vero è, tuttavia, che una volta accolto un tale sistema, devono essere comunque accordate, in linea di principio, analoghe garanzie in primo ed in secondo grado.

*indipendente, imparziale* <sup>(276)</sup>, *abbia il potere di rilascio in caso di accertata illegittimità della detenzione, conduca un accertamento esteso anche al merito del provvedimento impugnato e della procedura che lo ha preceduto.*

Si tratta di un aspetto che si colloca all'apice del più ampio requisito di giurisdizionalità che connota l'intero svolgersi della procedura di controllo fino a ricomprensivi, quali ulteriori segni tipici, anche i diritti e le garanzie difensive che al suo interno devono necessariamente essere assicurati.

Per quanto la Corte non appaia in alcun modo preoccuparsi dell'appartenenza del c.d. *Tribunal* all'ordine giudiziario in senso stretto, di certo esclude che il *public prosecutor* possa essere investito del potere di verificare la legittimità dello stato detentivo <sup>(277)</sup>, stante la strutturale *parzialità* della sua posizione processuale. Ad analoga chiusura la Corte non perviene con riguardo al *President of the District Court* <sup>(278)</sup>, ritenendo adeguato persino il controllo esercitato da un organo monocratico, a condizione che siano assicurate e rispettate le procedure di carattere giudiziario. E tuttavia, specie con riguardo alla *detention on remand* difficilmente può apparire davvero rispettoso dell'imperativo del rispetto delle garanzie connesse alla giurisdizionalizzazione della procedura, affidare compiti di controllo al c.d. *investigating judge* come riconosciuto invece nel caso *Bezicheri c. Italia*, nel contesto del precedente assetto procedurale. Sfuma dietro l'interesse alla positiva conclusione delle indagini che tanto avvicina il

---

<sup>(276)</sup> Su tali aspetti si concentra da tempo l'impegno della Corte Europea. In Corte EDU, 8 luglio 2004, *Ilascu e altro c. Moldavia e Russia*, la Corte precisa che il termine Tribunale (o Corte) utilizzato in alcuni articoli della Convenzione, segnatamente nell'art. 5 ma anche nell'art. 6, rinvia anzitutto ad un organo costituito per legge, che soddisfa talune condizioni di indipendenza, di imparzialità, durata del mandato dei suoi membri e garanzie di una procedura giudiziaria. Più di recente, Corte EDU, 22 maggio 2007, *Bülbul c. Turchia*, ha ritenuto non solo che la questione della imparzialità e della indipendenza non sia limitata solo al perimetro dell'art. 6 Cedu, ma proprio per la delicatezza della materia, la libertà personale, tali principi devono trovare adeguato riconoscimento anche in relazione all'ipotesi descritta dall'art. 5, §4, Cedu. Di tal che, come aveva fatto in una precedente occasione, inerente però l'art. 6, nel caso di specie, interviene a censurare la condotta della Turchia ritenendo non imparziale il c.d. *Ankara State Security Court*, investito dell'appello del ricorrente avverso la decisione custodiale, composto da tre membri di cui un *military judge*. Proprio tale circostanza per la Corte non assicura che la decisione sulla *pre trial detention* sia affidata ad un organo che assicuri la necessaria distanza dall'esecutivo. E del resto, il termine "*Court*" dell'art. 5 §4 Cedu, deve essere inteso «*as a body which enjoys the same qualities of independence and impartiality as are requisite of the "Tribunal" mentioned in article 6*», cfr §§20-28.

<sup>(277)</sup> Così, tra le molte, anche Corte EDU, 5 dicembre 2002, *Dalkılıç c. Turchia*; Id., 22 ottobre 2002, *Murat Satik and others c. Turchia*.

<sup>(278)</sup> In *Wassink c. Paesi Bassi* §30, *Keus c. Paesi Bassi* §28, *Van Droogenbroek c. Belgio*, §54.

giudice istruttore al pubblico ministero, proprio il requisito della necessaria imparzialità<sup>(279)</sup>.

Un'importante inversione di rotta si è avuta nel 2001 con il caso *H.B. c. Svizzera* (280). Uno dei temi devoluti riguardava per l'appunto la verifica della legittimità della procedura cantonale con riferimento al ruolo del c.d. *investigating judge* nell'orbita della procedura di controllo della *detention on remand*. Non deve stupire, per inciso, il fatto che il tema proposto alla Corte sia stato presentato nei termini della violazione dell'art. 5,§3 e non già dell'art. 5,§4, Cedu, valendo, come abbiamo precisato, la teoria del controllo incorporato. Ciò significa che, nella materia specifica della *pretrial detention*, le decisioni inerenti il tema specifico della verifica di compatibilità, con il sistema tracciato dalla Convenzione, dei requisiti posseduti dalle autorità incaricate del controllo, di solito hanno come punto di riferimento *the judge or other officer authorised by law to exercise judicial power* e non *the Court*. Sotto questo profilo non si registrano ad ogni modo differenze sostanziali, dovendo tanto il *judge* di cui al § 3, tanto la *Court* di cui al §4, possedere i tratti tipici, come visto anche nei precedenti paragrafi, della giurisdizione. Ciò premesso, nel 2001, la Corte comincia ad interrogarsi sull'opportunità che un giudice «*when closing the preliminary investigations, prepares a final order containing a summary description of the facts, the legal description of the offence and the applicable criminal provisions [...]*» sia in grado di mantenere la distanza adeguata al preteso livello di imparzialità, specie se responsabile dell'emanazione di un ordine di cattura al suo interno contenente, in assenza di un formale capo di imputazione elevato da un *public prosecutor*, la formulazione in fatto ed in diritto di un'ipotesi di accusa. Pertanto, seguendo il classico approccio di fedeltà al caso concreto, la Corte non arriva a sancire in modo *tranchant* l'incompatibilità in via astratta del c.d. *investigating judge* con i principi in materia fatti propri dalla Convenzione, piuttosto rileva, nel caso sottoposto che «*when the investigating judge decided on the applicant's arrest and detention, it appeared that, had his case been referred to trial before the District Court, the investigating judge ordering his detention on remand would have been "entitled to*

---

(279) In termini critici S. TRECHSEL, *Human rights*, cit., 480, il quale sottolinea come proprio il c.d. *investigating judge* conservi un inevitabile interesse a mantenere in custodia il detenuto per scongiurare il rischio che si dia alla fuga o che possa inquinare il materiale probatorio dallo stesso raccolto.

(280) Corte EDU, 5 aprile 2001, HB c. Svizzera.

*intervene in the subsequent criminal proceedings as a representative of the prosecuting authority” (see the Huber judgment cited above, p. 18, § 43) <sup>(281)</sup>».*

Tale aspetto per la Corte è sufficiente a determinare una violazione dell’art. 5,§3, Cedu, a prescindere dal fatto che quel *judge* abbia o meno avuto un ruolo nel successivo svolgersi del processo o vi sia la prova della sua indipendenza dall’ufficio della Procura. Il *deficit* di imparzialità viene misurato in termini concreti, in relazione al diretto coinvolgimento nelle indagini, ed in termini astratti, con riguardo al suo potenziale coinvolgimento negli stadi successivi della procedura.

Quanto al diverso profilo della indipendenza dal potere esecutivo, la Corte ha precisato, in particolare, l’inidoneità del ministro della giustizia ad essere considerato alla stregua di una *Court* nel senso fatto proprio dall’art. 5,§4, Cedu <sup>(282)</sup>.

Uno degli aspetti sui quali si concentra l’impegno argomentativo di molte decisioni riguarda, in particolare, il potere di rilascio che l’organo dello scrutinio deve necessariamente possedere. Del resto, è proprio l’oggetto della verifica, *la quaestio libertatis*, ad imporre che, nel caso di accertata illegittimità e del titolo detentivo, e della procedura seguita, sia emessa una decisione di immediata liberazione dell’indagato, altrimenti detenuto *sine ratione*. Un organo dotato di poteri unicamente consultivi, infatti, non potrebbe garantire l’obiettivo proposto.

In una prospettiva di carattere comparativo che comporti la verifica di rispondenza del sistema italiano ai precetti della Convenzione, non può che convenirsi come, con riguardo a questi specifici aspetti, gli obiettivi internazionali possano dirsi raggiunti. Forse, addirittura, per certi aspetti superati, se pensiamo non solo, come visto, alla predisposizione di un secondo grado di giurisdizione di

---

<sup>(281)</sup> Si rinvia alla lettura dei §§ 60 e ss. La Corte infatti è decisa nel rimarcare la inopportunità di una situazione nella quale il giudice investito della *quaestio libertatis* possa poi essere chiamato a valutare il merito in tutti i casi nei quali il discrimine tra la valutazione da compiere nella sede *de libertate* e quella del merito appaia estremamente labile. Ciò si verifica quando la decisione cautelare sia condotta in base ad indizi particolarmente fondati. Si veda, per l’Italia, Corte EDU 22 aprile 2004, Cianetti c. Italia, nella quale va segnalata la *dissenting opinion* del giudice Zagrebelsky, secondo il quale l’orientamento della Corte, specie a seguito di Corte cost., 131/1996, doveva essere considerato estremamente rigido. Ed infatti quando il procedimento pende nella stessa fase, la distinzione tra incidente e merito condotta fino al punto della sostituzione dell’organo giudicante potrebbe ingenerare un *self restraint* dei giudici quanto all’obbligo motivazionale e caricare eccessivamente il già faticoso sistema organizzativo. Vero è che l’obiettivo di assicurare il livello più alto di garanzie non dovrebbe comunque tradursi, laddove *deficit* strutturali possano causare serie difficoltà di attuazione dei diritti connessi, nella specie, alla imparzialità dell’organo giudicante, in una *deminutio* di tutela per il soggetto ristretto.

<sup>(282)</sup> Così in Keus c. Paesi Bassi, § 28.

merito anche per quanto riguarda la materia cautelare, ma all'adesione al criterio della collegialità quale metodo ancor più efficace nell'ottica del potenziamento dell'obiettivo della imparzialità.

La scelta di un organo *ad hoc*, oggi peraltro individuato su base distrettuale<sup>(283)</sup> e non più su base provinciale, è dipesa dalla necessità di evitare una eccessiva frammentazione giurisprudenziale in una materia, quella della libertà personale, ove il rischio di una parcellizzazione degli orientamenti determinerebbe, con ogni evidenza, disparità intollerabili. D'altra parte si è inteso limitare la creazione di centri di potere giudiziario a seguito della concentrazione della competenza *de libertate* soltanto in alcuni uffici<sup>(284)</sup>. Tale decisione, che il legislatore del 1996 aveva intrapreso in seguito alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 34, comma 2, c.p.p., rispondeva, in via preliminare, alla considerazione secondo cui le pronunce inerenti la libertà personale presentano un indubbio carattere di contiguità con il *meritum causae*, sia pure in una prospettiva prognostica ed allo stato degli atti. Proprio tale circostanza, per la Corte costituzionale, poteva risultare idonea a mettere in crisi l'idea stessa di imparzialità del successivo collegio giudicante, nonostante che il pregresso compimento di un'indagine valutativa sull'ipotesi di accusa non avesse ricevuto analogo approfondimento<sup>(285)</sup>, potendo, invero, incrinare l'indispensabile obiettività richiesta in sede valutativa. Del resto non può negarsi il significato antesignano della L. 332 del 1995, che, introducendo all'art. 4

---

<sup>(283)</sup> In seguito alla modifica introdotta dal d.l. 12 ottobre 1996, n. 553, conv. dalla L. 23 dicembre 1996, n. 652, che ha ovviato alle conseguenze delle declaratorie di incostituzionalità dell'art. 34 c.p.p. in relazione alla incompatibilità alla funzione di giudizio del giudice che come componente del Tribunale del riesame si sia pronunciato sull'ordinanza che dispone una misura cautelare personale nei confronti dell'indagato o dell'imputato, nonché in relazione alla incompatibilità alla funzione di giudizio del giudice che come componente del collegio del Tribunale dell'appello avverso l'ordinanza che provvede in ordine ad una misura cautelare nei confronti dell'indagato e dell'imputato si sia pronunciato su aspetti non esclusivamente formali dell'ordinanza in questione. Ad esprimere tale decisione era stata la Corte costituzionale con la nota pronuncia del 24 aprile 1996, anche in *Cass. pen.*, 1996, 2107 e ss, con nota di P.P RIVELLO, *Un'ulteriore dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 34 comma 2 c.p.p.: l'incompatibilità alla funzione di giudizio dei componenti del «tribunale della libertà»*, ivi, 2112.

<sup>(284)</sup> Così E. MARZADURI, *Riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale*, in *Noviss. dig. it.*, App. VI, Torino, 1986, 781.

<sup>(285)</sup> Si pensi che l'idea contraria aveva ricevuto l'autorevole avallo proprio della stessa Corte costituzionale che prima del 1996 non aveva evidentemente ritenuto che la pregressa indagine sugli aspetti inerenti la materia della libertà personale potesse determinare una situazione di «prevenzione» idonea a provocare un pregiudizio lesivo del principio di imparzialità. A fondamento di tale conclusione, rilevava la Corte nella decisione del 30 dicembre 1991, n. 502, in *Giur. cost.*, 1991, 4028, si pone proprio la caratteristica del giudizio *de libertate*, l'essere allo stato degli atti, che impedisce una valutazione sul merito della *res iudicanda*, e con ciò qualsiasi ostacolo alla successiva assunzione del diverso ruolo di giudice del dibattimento da parte di quello che aveva fatto parte del collegio giudicante.

il nuovo comma 2- *bis* dell'art. 275 c.p.p. determina una breccia nella coltre impermeabile che strutturalmente separa il giudizio incidentale da quello principale<sup>(286)</sup>. Nel pretendere una prognosi negativa sulla concedibilità della sospensione condizionale della pena, tale previsione normativa ha di fatto consegnato in mano ai giudici della libertà un inedito strumento valutativo destinato a tradursi in un giudizio sul *quantum* ipotizzabile di pena che certo sposta verso il merito la loro cognizione.

Vero è, a ben guardare, che già la valutazione sulla gravità degli indizi, così come quella sull'assenza di cause di giustificazione ovvero di non punibilità, nonché la possibilità ai sensi del comma 9, art. 309, c.p.p. di orientare lo scrutinio tenendo conto anche di ragioni diverse dedotte in base ad elementi sopravvenuti, poteva attribuire a quella disamina compiuta dal Tribunale del riesame il significato di un *pre-giudizio*, implicando essa, anche prima della novella del '95, una valutazione sulla probabile colpevolezza dell'imputato<sup>(287)</sup>. Del resto la stessa Corte europea pur non ritenendo, in via di principio, incompatibile con l'obiettivo della imparzialità del giudice del giudizio la circostanza che il medesimo abbia avuto in precedenza occasione di pronunciarsi sulla *pre trial detention*, tuttavia precisa che in quei sistemi in cui la decisione sulla *quaestio libertatis*, così come quella attenente al successivo controllo, non si limiti ad un giudizio di mera legittimità ma si estenda fino all'accertamento, nella specie, della sussistenza di un «*particularly confirmed suspicion*» sulla responsabilità, «*thus the difference between the issue the judge has to settle when applying this section and the issue he will have to settle when giving judgment at the trial becomes tenuous*»<sup>(288)</sup>.

Il caso sopra citato riguarda, in particolare, la violazione dell'art. 6 Cedu, proprio in considerazione della pregressa partecipazione al giudizio cautelare del giudice della fase successiva. Vi è da dire infatti che il parametro utilizzato dalla Corte è quello di una proiezione, sul successivo svolgersi del processo di merito, di una situazione *pregiudicata*, dipendente da un coinvolgimento del medesimo giudice sul *thema* cautelare. Per verificare se tale situazione si concluda in una mera *apparenza* inidonea a confermare il sospetto di imparzialità o se essa oggettivamente risulti compromessa, il vaglio della Corte si spinge fino alla

---

<sup>(286)</sup> Ne chiarisce in questi termini il valore di apripista della sentenza costituzionale anche T. DELL'ANNA, (voce) *Tribunale della libertà*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, 1997, 1740.

<sup>(287)</sup> Così P.P. RIVELLO, *Un'ulteriore dichiarazione d'illegittimità*, cit., 2117.

<sup>(288)</sup> Così Corte EDU, 24 maggio 1989, Hauschildt c. Danimarca, §§ 43-53.

disamina del contenuto della pronuncia *pre trial*. Soppesando i parametri valutativi e la loro incidenza sull'ipotesi d'accusa, pur con i dovuti *distinguo*, dipendenti dalla ontologica e strutturale differenza tra incidente cautelare e merito, la Corte rileva la violazione dell'art. 6, §1, Cedu, solo nei casi in cui il giudizio cautelare abbia riguardato aspetti non meramente formali ma si sia spinto fino al punto di una disamina, seppure superficiale, sulla fondatezza dell'ipotesi di accusa. Del resto in questo consiste il centro della tutela della imparzialità dell'organo giudicante: evitare che esso sia ed appaia non credibile.

In una tale linea evolutiva veniva a collocarsi l'ultimo tassello rappresentato dalla sentenza n. 155 del 1996 della Corte costituzionale che ponendosi in linea con gli immediati precedenti rappresentati dalle sentenze 131 del 1996 e 432 del 1995, di fatto interveniva «*a concludere l'opera di ampliamento dell'area dell'incompatibilità basata sull'attribuzione dei provvedimenti di libertà del carattere di vere e proprie decisioni di merito potenzialmente idonee a pregiudicare l'imparzialità del successivo giudizio ad opera dello stesso magistrato*»<sup>(289)</sup>. Essa mirava ad approfondire e sviluppare quelle circostanze che, pur lasciate in ombra dalle precedenti pronunce di illegittimità, non potevano più sopravvivere nel rinnovato contesto che le stesse avevano contribuito ad inaugurare: si estendeva in particolare al giudizio abbreviato nonché a quello emesso all'esito di un patto sulla pena ai sensi degli artt. 444 e ss c.p.p. la rilevata situazione di incompatibilità dipendente dall'aver avuto cognizione sul *thema* cautelare sia come giudice che ha disposto la misura, sia come giudice che è intervenuto sulla materia in seguito ad un'istanza di revoca o di sostituzione (circostanza questa che veniva estesa anche al giudizio di merito dibattimentale) o che abbia partecipato al collegio del riesame o dell'appello laddove la cognizione di tali giudici non abbia avuto ad oggetto questioni meramente formali.

Se dall'analisi fin qui condotta emerge una evoluzione armonica sul piano interno ed internazionale con riferimento a quell'aspetto della incompatibilità disciplinato dall'art. 34, comma 2, c.p.p. (c.d. incompatibilità orizzontale) diverso l'atteggiamento della giurisprudenza costituzionale e di legittimità con riguardo al riconoscimento, nel contesto cautelare, della verifica di ipotesi di

---

<sup>(289)</sup> In questi termini P.P. RIVELLO, *Con la sentenza n. 155/96 si avvia verso la conclusione una travagliata, ma feconda «stagione» di interventi additivi della Corte costituzionale sulla tematica delle incompatibilità*, in *Cass. pen.*, 1996, 2858 a commento di Corte cost., sent 20 maggio 1996, n. 155, *ivi*, 2858, nonché in *Giur. cost.*, 1996, 1464.

contaminazione del giudicare che possono ricondursi al diverso modello della incompatibilità c.d. verticale. Essa, disciplinata al comma 1 dell'art. 34 c.p.p. mira, come noto, ad evitare il verificarsi di una situazione di pregiudizio allorché ci si sposti, per l'appunto, in un'ottica di progressione verticale del processo, rappresentata dal passaggio ad un diverso grado di giudizio. Recita infatti il primo comma della citata disposizione che *«il giudice che ha pronunciato o ha concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento di merito non può esercitare funzioni di giudice negli altri gradi, né partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento o al giudizio per revisione»*.

Ebbene, nell'ottica della c.d. incompatibilità orizzontale si è attribuito un significato decisivo al peso della cognizione inerente ogni aspetto, non meramente formale dell'incidente cautelare, riconoscendo che essa si traduca in una disamina comunque approfondita sulla fondatezza dell'ipotesi di accusa, ancorché nei termini di una prognosi allo stato degli atti circa la probabilità di condanna, al punto da interdire al giudice della cautela ogni successiva partecipazione nel giudizio, dibattimentale, abbreviato ovvero di applicazione pena su richiesta delle parti. Al contrario, in quello della c.d. incompatibilità verticale è stata disconosciuta analoga efficacia pregiudicante allorché ci si è posti nella diversa ottica di verificare la sussistenza di eventuali incompatibilità interne allo stesso procedimento cautelare.

Parte della giurisprudenza di legittimità cui fanno da cornice numerose pronunce della Corte costituzionale, infatti, continua ad escludere la sussistenza di incompatibilità interne al procedimento di adozione e di controllo delle misure restrittive della libertà personale. A fondamento di tali decisioni l'idea che il giudizio cautelare, diretto alla verifica della sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, proprio per la struttura provvisoria dello stesso, non possa essere minato da episodi di pregressa valutazione sulla medesima questione inerente il medesimo soggetto che abbiano coinvolto uno dei componenti del collegio del riesame, mirando l'art. 34 c.p.p. unicamente ad evitare che lo stesso giudice si pronunci più volte sul merito della responsabilità <sup>(290)</sup>. Anche la Corte

---

<sup>(290)</sup> Così, Cass. pen., sez. VI, 13 dicembre 2006, n. 1261, la quale nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 c.p.p., proposta dal ricorrente per avere un componente del collegio *de libertate* assunto la funzione di gip in relazione alla medesima vicenda cautelare, non riteneva che ricorresse un rischio per la genuinità della valutazione espressa ancorché per la seconda volta. Rispondono a tale orientamento anche Cass.

costituzionale ritiene che non costituisca causa di incompatibilità, *ex art. 34 c.p.p.*, l'aver lo stesso giudice pronunciato più decisioni *de libertate* nei confronti del medesimo soggetto in relazione alla medesima imputazione quando ciò sia avvenuto nell'ambito della stessa fase processuale, in quanto l'imparzialità della decisione di merito è pregiudicata solo dalla pregressa valutazione del fatto, allorché essa avvenga in altra fase e non vi siano state decisioni unicamente di rilievo formale. Da ciò l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 c.p.p. è stata ravvisata, come sopra ricordato, unicamente nella parte in cui esso non prevede l'incompatibilità con la funzione di giudizio del Gip che ha applicato una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato <sup>(291)</sup>; del componente del Tribunale del riesame che si è pronunciato sull'ordinanza che dispone una misura cautelare personale nei confronti dell'indagato o dell'imputato e del componente del Tribunale di appello avverso l'ordinanza che provvede in ordine a una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato <sup>(292)</sup>; del Gip che ha disposto la modifica, la sostituzione o la revoca di una misura cautelare personale o che ha rigettato una richiesta di applicazione, modifica, sostituzione o revoca di una misura cautelare personale (o del componente del Tribunale del riesame o di appello che ha provveduto analogamente), con riferimento al giudizio abbreviato e alla applicazione di pena su richiesta delle parti <sup>(293)</sup>; del Gip che, nel processo minorile, si è pronunciato in ordine a una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato <sup>(294)</sup>. Dal che la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto di dedurre, *a contrariis*, che nessuna incompatibilità è ravvisabile quando il giudice nell'ambito della stessa fase è investito ripetutamente della *quaestio de libertate*, potendo, al più, porsi un problema di astensione o di ricsuzione <sup>(295)</sup>. Del resto la Corte di legittimità <sup>(296)</sup> è giunta persino ad affermare che neppure dopo le sentenze n. 131 e

---

pen., sez. VI 19 giugno 2003, *Zorzi*, in *Foro it.*, 2004, II, 290; Cass. pen., sez. III, 7 luglio 1999, *Turlione*, in CED Cass. pen., n. 214281; Cass. pen., sez. III 30 gennaio 1996, *Catani*, in CED Cass. pen., n. 205044; Cass. pen., sez. I 13 gennaio 1993, *Mancini*, in *Cass. pen.*, 1994, 1553; Cass. pen., sez. II 21 ottobre 1992, *Rizzi*, in CED Cass. pen., n. 193128; Cass. pen., sez. VI 10 luglio 1990, *Peterlini*, in *Cass. pen.*, 1991, 595.

<sup>(291)</sup> Così Corte cost., sent. 15 settembre 1995, n. 432, cit.

<sup>(292)</sup> Così, Corte cost., sent. 24 aprile 1996, n. 131, cit.

<sup>(293)</sup> Così, Corte cost., sent. 20 maggio 1996, n. 155, cit.

<sup>(294)</sup> Così, Corte cost., sent. 22 ottobre 1997, n. 311, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1997, 736.

<sup>(295)</sup> In tal senso del resto si è espressa proprio la Corte costituzione nelle sentenze n. 306, 307 e 308 dell' 1 ottobre 1997 nelle quali si rinviene una precisa linea di demarcazione tra gli istituti citati e quello della incompatibilità.

<sup>(296)</sup> Cass. pen., sez. I, 25 giugno 1996, n. 4336, *Vitalone*, in *Giust. pen.*, 1997, 207

155 del 1996 della Corte costituzionale (sopra menzionate), sussista alcuna incompatibilità, per il giudice che abbia partecipato al giudizio di riesame o a quello di appello *de libertate* ad intervenire in un successivo procedimento incidentale sulla libertà personale dello stesso indagato e per lo stesso fatto <sup>(297)</sup>.

Tali prese di posizione, che appaiono in contraddizione con le premesse fatte proprie in tema di incompatibilità orizzontale, non paiono convincenti nella misura in cui si pretenderebbe di neutralizzare, ai diversi fini della incompatibilità verticale, proprio la rilevata contiguità tra giudizio incidentale e di merito, tanto più vera oggi, in conseguenza delle modifiche normative e degli indirizzi giurisprudenziali che hanno finito col trasporre sul piano dell'incidente cautelare analoghe regole di valutazione ed esclusione della prova <sup>(298)</sup>.

Del resto, la dottrina aveva già criticato - sotto la vigenza del c.p.p. 1930 - la eventualità di aggregare il giudice istruttore autore del provvedimento *de libertate* nel collegio che riesamina potendosi consentire, in spregio al principio di imparzialità, al magistrato inquirente una duplice pronuncia sul medesimo oggetto <sup>(299)</sup>

Non solo, ma concentrando l'attenzione sul primo comma dell'art. 34 c.p.p. e sulla *ratio* ad esso sottesa, la tutela del principio di effettività delle impugnazioni, una volta riconosciuto che anche il sistema tracciato dagli artt. 309 e ss c.p.p. appartiene ad identico archetipo procedurale, non sembrano rinvenirsi ragioni per una persistente chiusura, occhiutamente riduttiva, al riconoscimento di uno spazio più ampio alla funzione pregiudicante di talune decisioni incidenti sulla materia cautelare <sup>(300)</sup>.

---

<sup>(297)</sup> Nello stesso senso, Cass. sez. I, 31 gennaio 2000, n.742, *Tanzarella*, in *Dir. giust.*, 2000, 14, 33.

<sup>(298)</sup> Si pensi, ad esempio, alla rinnovata fisionomia dell'art. 273, comma 1-*bis*, ad opera della L. n. 63 del 2001 che ha esteso l'obbligo di *corroboration* di cui all'art. 192, comma 3, c.p.p. nel contesto della valutazione dei gravi indizi di colpevolezza. Per una acuta disamina della questione si rinvia a D. NEGRI, *Fumus commissi delicti, la prova nelle fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 218 e ss., il quale individua un *trait d'union* tra la gravità indiziaria dell'art. 273 c.p.p. e prova sufficiente all'affermazione di colpevolezza ai sensi degli artt. 533 e 530, comma 2, c.p.p.

<sup>(299)</sup> G. FOSCHINI, *Il principio di tassatività delle cause di incompatibilità e le ipotesi "sopravvenute"*, in *Cass. pen.*, 1990, 1222.

<sup>(300)</sup> Così P. SPAGNOLO, *Il Tribunale della libertà*, cit, 117 e ss, la quale peraltro ritiene possibile ricorrere ad una interpretazione analogica dell'art. 34, comma 1, c.p.p. che consenta di sgombrare definitivamente il campo da ogni residuo dubbio sulla estensione della citata disposizione alla impugnazioni cautelari. Per l'A., infatti, non sarebbe d'ostacolo la pretesa tassatività dei fatti ivi contemplati, allorché si ritenga che essa riguardi per l'appunto tali fatti e non anche tutti i casi in cui quei fatti possono ricorrere. D'altra parte, neppure potrebbe sostenersi, secondo il parametro dell'art. 14 disp. legge in generale, che tale disposizione sia interpretabile alla stregua di *norma penale* ovvero di *norma eccezionale*. Del resto, in tale prospettiva, si colloca

Ancora, con riferimento all' ipotesi in cui la Corte di Cassazione annulli con rinvio un'ordinanza pronunciata dal Tribunale del riesame, si ritiene che non sussista alcuna incompatibilità dei magistrati che abbiano adottato la precedente decisione a comporre il collegio chiamato a deliberare in sede di rinvio, non solo poiché l'art. 623 lett. a), c.p.p., non sembra postulare la necessità di differenziare i componenti del collegio di rinvio rispetto ai magistrati, persone fisiche, che avevano preso parte alla precedente decisione, anche in ragione della natura dell'accertamento incidentale, completamente impermeabile a qualsivoglia determinazione sul merito dell'accusa<sup>(301)</sup>.

Tale inossidabile principio è stato confermato da ulteriori decisioni di legittimità per lo più tendenti ad escludere il ricorrere di situazioni di incompatibilità. Una pur breve e superficiale osservazione panoramica di alcune questioni trattate dalla giurisprudenza di legittimità consente di toccare concretamente con mano la ritrosia della Corte di cassazione nel riconoscere l'estensione alla materia cautelare dei principi sottesi alla disposizione del primo comma dell'art. 34 c.p.p.

Così, il gip chiamato a pronunciare una nuova ordinanza cautelare allorché quella precedente sia stata annullata dal Tribunale del riesame, unicamente per vizi formali, non può essere considerato incompatibile<sup>(302)</sup>. Analoga prospettiva sembra rinvenirsi in quelle decisioni che hanno escluso l'incompatibilità del magistrato che - chiamato a comporre il Tribunale del riesame - abbia giudicato, in qualità di giudice dichiaratosi incompetente, della legittimità di una misura

---

persino la decisione costituzionale n. 335 del 2002 che ha esplicitamente superato il riferimento al dato testuale *sentenza*, individuando, per via interpretativa, una ipotesi di incompatibilità in capo al gup che dopo aver emesso il decreto che dispone il giudizio sia chiamato a tenere nuovamente l'udienza preliminare in seguito alla regressione del procedimento. In giurisprudenza si rinviene una isolata pronuncia (Cass. pen., sez. VI, 18 dicembre 1991, *Giorgi*, in *Cass. pen.*, 1992, 2408), la quale ha sostenuto che i giudici componenti il Tribunale che, contestualmente alla sentenza di condanna, ha emesso ordinanza relativa alla libertà personale dell'imputato, non possono successivamente comporre il Tribunale chiamato a decidere sull'appello proposto dall'imputato contro l'ordinanza predetta ai sensi dell'art. 310 c.p.p.: tale incompatibilità - prevista dall'art. 34, I comma, c.p.p. - è determinata da atti compiuti nel procedimento incidentale *de libertate*. Pur essendo dettato espressamente per la sentenza, il principio contenuto nella richiamata disposizione deve essere esteso - per interpretazione analogica - all'ordinanza in tema di libertà personale, in relazione alla quale è individuabile un potere decisionale identico a quello presupposto dalla sentenza.

<sup>(301)</sup> Così un orientamento costante, espresso, da ultimo, da Cass. pen., sez. VI, 11 dicembre 2009, *Marai*, in CED Cass., n. 246135; Cass. pen., Sez. VI, 20 aprile 2005, *Saraceni*, in CED Cass., n. 232236; Cass. pen., sez. I, 19 maggio 2004, *Montini*, in *Cass. pen.*, 2005, 2630.

<sup>(302)</sup> In tal caso, la Cassazione esclude che possa essere ravvisata una ipotesi di incompatibilità del Gip che ha emesso il provvedimento censurato, ricorrendo al più un'ipotesi di ricusazione da far valere nei tempi e con le forme di cui all'art. 38 c.p.p. Cfr. Cass. pen., sez. I, 10 aprile 2001, *Davino*, in CED Cass. pen., n. 219543.

cautelare e che, successivamente, abbia giudicato, sempre in qualità di giudice del riesame, della legittimità della misura cautelare rinnovata ai sensi dell' art. 27 <sup>(303)</sup> .

### 3.2. LE GARANZIE PROCEDURALI: VERSO UN *FAIR TRIAL* CAUTELARE

Come affermato in una recente pronuncia della Corte europea <sup>(304)</sup>, in un caso in cui l'appello del ricorrente avverso una decisione cautelare era stato esaminato senza l'assicurazione di una udienza orale, tale circostanza, impedendo di fatto di presentare una difesa adeguata riguardo i fattori essenziali dell'accertamento della legalità della propria detenzione, deve essere considerata lesiva del diritto al controllo di cui all'art. 5,§4, Cedu, e ciò anche laddove il ricorrente abbia comunque avuto accesso al fascicolo del pubblico ministero.

Si è voluto prendere spunto da una delle ultime decisioni che ormai da anni esprimono la tendenza, consolidata, al riconoscimento, sia pure con doverosi *distinguo*, dei diritti e delle garanzie del *fair trial* anche nel contesto dell'incidente cautelare <sup>(305)</sup>, per apprezzare con mano come tale acquisizione, ormai non più discussa, si collochi all'esito di una evoluzione maturata, in seno alla giurisprudenza di Strasburgo, in tempi molto più rapidi di quanto non sia avvenuto nel nostro ordinamento.

Non che il diritto all'udienza orale costituisca l'unica possibile attuazione dei principi del contraddittorio e della parità delle armi nel procedimento cautelare, ma essa contiene in *nuce* anche le altre tipiche espressioni del *fair trial*. Un'udienza in contraddittorio sarebbe un simulacro vuoto se non fosse preceduta dal diritto

---

<sup>(303)</sup> Così Cass. pen., sez. II, 28 febbraio 2003, *Panaro*, in *Cass. pen.* 2004, 3292; nonché Cass. pen., sez. I 31 gennaio 2000, *Tanzarella*, cit.

<sup>(304)</sup> Corte EDU, 26 marzo 2009, *Krejcir c. Repubblica Ceca*, anche in *Dir. pen. proc.*, 2009, 658 e ss.

<sup>(305)</sup> Estremamente interessante, in tal senso, una recente pronuncia, Corte EDU, 25 ottobre 2007, *Lebedev c. Russia*, nella quale al § 71, si espone l'evoluzione fatta propria dalla Corte sul tema. « *Neumeister was one of the first cases under Article 5; in the last three decades the former Commission and the Court have consistently interpreted Article 5, §4 as providing certain procedural guarantees to a detainee, broadly similar to those under Article 6, § 1 of the Convention (see, for instance, Winterwerp, [...]; Sanchez-Reisse v. Switzerland, 21 October 1986, Series A no. 107; Kampanis v. Greece, 13 July 1995, Series A no. 318-B; and Ilijkov v. Bulgaria, no. 33977/96, 26 July 2001, § 103). Thus, in Nikolov [...] the Court said: "The proceedings conducted under Article 5 § 4 of the Convention should in principle meet, to the largest extent possible under the circumstances of an on-going investigation, the basic requirements of a fair trial."* ».

all'accesso al *case file*, dal diritto al colloquio con il proprio difensore, da quello di ricorrere effettivamente innanzi ad una Corte indipendente ed imparziale. Vero è, al contempo, che l'udienza costituisce la proiezione di tali diritti ed il contesto in cui essi acquistano una esplicita caratterizzazione.

Vedremo come l'accento sempre più marcato al riconoscimento delle garanzie difensive nel procedimento cautelare si collochi, per l'appunto, all'esito di una progressiva evoluzione che ha condotto verso la traduzione, anche nel contesto incidentale, dei principi e delle garanzie tipici del *fair trial* di cui all'art. 6 Cedu.

Ed infatti, quel che oggi appare come un sistema caratterizzato da una accresciuta sensibilità verso la parificazione dei poteri delle parti e verso il pieno riconoscimento di un diritto di effettiva partecipazione dell'indagato alla vicenda cautelare che lo riguarda mediante la predisposizione di adeguate garanzie difensive anche in tema di controlli, costituisce, in verità, il traguardo di una marcia faticosa. Basti ricordare, che il legislatore del 1930 si era tendenzialmente ispirato all'idea che l'imputato non potesse interloquire a livello di gravame né in tema di emissione o revoca del mandato di cattura, né in tema di scarcerazione istruttoria, né in tema di cautele patrimoniali e di obblighi imposti con la concessione della libertà provvisoria. Il testo originario degli artt. 263, 296 e 282 c.p.p. abbracciava unicamente l'impugnazione del pubblico ministero. Situazione di privilegio che neppure i successivi interventi novellistici erano riusciti a limitare mediante il conferimento all'imputato del potere di ricorrere in Cassazione ai sensi dell'art. 263 *-bis* c.p.p. (306).

Del resto difficilmente potevano essere ancora disattese le indicazioni provenienti dal panorama giurisprudenziale d'oltralpe che facevano apparire oltre modo distonica con i principi che si andavano consolidando nella giurisprudenza

---

(306) Del resto, a parte la differenza circa il numero e la natura delle impugnazioni disponibili, all'imputato risultava preclusa, oltre alla possibilità di proporre un gravame sul merito dei provvedimenti coercitivi, persino quella di impugnare i provvedimenti di rigetto delle proprie istanze di revoca. Non mancarono certo critiche, specie all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, da parte della dottrina. Si rinvia al contributo di V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Milano, 1976, 240 e ss., nel quale l'A. rivolge un invito al legislatore ad eliminare le disuguaglianze tra pubblico ministero ed imputato che si ponevano in contrasto con la disciplina degli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., ritenendo indispensabile riconoscere in capo a quest'ultimo il diritto di porre in discussione, anche nel merito, in sede di gravame, i provvedimenti che incidono negativamente sulla sua libertà personale. Tale analisi prende altresì le mosse dai risultati raggiunti con la emanazione della legge delega per il nuovo codice di procedura penale, L. 3 aprile 1974, n. 108, che aveva introdotto la possibilità di impugnare, anche nel merito, qualunque provvedimento coercitivo di carattere personale mediante il ricorso ad un organo *ad hoc* già individuato, allora, nel Tribunale della Libertà.

degli organi europei il permanere di un'idea dei controlli *de libertate* ispirata a logiche ormai, altrove, desuete.

Ritenere che solo la giurisdizionalità in senso oggettivo del procedimento di revisione del titolo custodiale consentisse il raggiungimento di un elevato grado di tutela della posizione dell'indagato- imputato ristretto *in vinculis* <sup>(307)</sup> considerando subalterna, inutile e persino dannosa la partecipazione dello stesso per il tramite del proprio difensore, esprimeva l'evidente anomalia di un sistema ancora impermeabile a consentire una piena attuazione degli artt. 24 e 111 Cost. <sup>(308)</sup>.

Ed infatti, l'aver posto in primo piano l'obiettivo della «partecipazione della difesa e della accusa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento» <sup>(309)</sup>, non poteva non trovare adeguata sistemazione anche sul piano cautelare, rispetto al quale, già da tempo, la Corte europea dei diritti dell'uomo era giunta ad affermare, pur in modo graduale e tutt'affatto scontato, la necessità di estendere a tale materia i principi elaborati nel contesto dell'art. 6 Cedu.

Non erano mancate, neppure a livello europeo, prese di posizione nettamente contrarie all'innesto dei tipici connotati del *fair trial* in ambito cautelare.

Basti ricordare che in una sentenza del 1968, estesa all'esito dell' *affaire Neumeister c. Austria* <sup>(310)</sup>, la Corte aveva considerato «*an oral hearing*» come una «*source of delay*» escludendo, al contempo, nonostante la *dissenting opinion* di alcuni membri della Commissione, che si fosse consumata una violazione dell'art. 5§4 Cedu, nei termini allegati dal ricorrente, ove si era consentito al pubblico ministero di esporre, in assenza del difensore e dell'indagato, le proprie

---

<sup>(307)</sup> Così M. FERRAIOLI, *Il riesame dei provvedimenti sulla libertà personale*, Ristampa, Milano, 511. Del resto, già la Corte europea aveva segnalato come la caratteristica della giurisdizionalità della procedura di controllo del titolo non deve essere dedotta *tout court* da taluni attributi dell'organo decidente ma deve postulare una procedura in cui sia riconoscibile il carattere giudiziario con garanzie adeguate alla privazione della libertà in questione, cfr Corte EDU, 18 giugno 1971, De Wilde, Ooms, Veryp c. Belgio, § 78.

<sup>(308)</sup> Del resto, che la garanzia del contraddittorio consenta di connotare come giurisdizionale un procedimento è questione confermata proprio dal tenore letterale dell'art. 111 Cost.. Consentire alle parti di poter presentare ai contraddittori ed al giudice l'insieme dei dati probatori, giuridici ed argomentativi, ritenuti più idonei a sostenere la propria tesi, significa consentire l'espletamento della funzione giurisdizionale in modo conforme ad uno dei canoni fondamentali di qualunque ricerca della verità. In tal senso G. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, 1091 e ss.

<sup>(309)</sup> Così l'art. 2 direttiva n. 3, Legge delega per l'emanazione del codice di procedura penale, n. 81 del 1987.

<sup>(310)</sup> Corte EDU, 22 giugno 1968, *Neumeister c. Austria*, §§ 22 e ss

argomentazioni innanzi alla *Court*, attesa l'inapplicabilità al procedimento cautelare delle tipiche regole improntate alla *fairness* processuale.

Se la preoccupazione principale di tale disposizione, come si ricava dalle battute finali della sentenza, è quella di assicurare che il controllo sulla legalità della detenzione abbia carattere giudiziario e si svolga con una tempistica più accelerata rispetto al processo sul merito dell'accusa, la predisposizione di un contraddittorio, sia esso espresso in forma scritta o orale, avrebbe potuto, secondo l'orientamento allora dominante, compromettere quell'interesse alla speditezza che costituisce l'obiettivo primario della stessa.

E del resto, la sentenza reca esplicita traccia, nel riportare il punto di vista dissenziente di taluni membri della Commissione, di un fermento che già allora sembrava animare la discussione in seno agli organi europei e che esprimeva la tradizionale tensione tra speditezza e tutela delle garanzie che di lì a breve avrebbe trovato una sistemazione radicalmente diversa in successivi *overruling*, non più nei termini di una antinomia insopprimibile ma di una armonica convivenza. Così si è giunti ad affermare che « *in the case of a person whose detention falls within the ambit of Art. 5 §1 lett. c), a hearing is required*»<sup>(311)</sup>; che il procedimento deve assicurare « *the equality of arms*» così da consentire ad entrambe « *the opportunity to have knowledge of any comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party*»<sup>(312)</sup>; che « *access to these document [il fascicolo del pubblico ministero] was essential for the applicant at this crucial stage in his proceedings, when the Court had to decide whether to remand him in custody or to release him*»<sup>(313)</sup>

Da tali brevi massime tratte da talune decisioni della Corte europea dei diritti dell'Uomo, si ricava l'idea che *fairness* e *speediness* non si escludano a vicenda ma che convivano, anche se talvolta in una relazione di proporzionalità inversa, in modo armonico. Di certo non può negarsi che la materia cautelare, ancor più del processo penale, sia dominata dalla esigenza di assicurare un ritmo celere alla definizione di ogni questione inerente la legittimità della detenzione e

---

<sup>(311)</sup> Corte EDU, 19 ottobre 2000, Wloch c. Polonia, §126. In tal caso si precisa che l'assicurazione ad un diritto ad essere sentiti in udienza non è sufficiente laddove la garanzia non sia al contempo presidiata dal preliminare diritto di accesso al *case file* del *public prosecutor*, che, nella specie, si era persino trattenuto in aula con i membri della Corte dopo la discussione del difensore.

<sup>(312)</sup> Corte EDU, 13 febbraio 2001, Garcia Alva c. Germania, § 39

<sup>(313)</sup> Corte EDU, 30 marzo 1989, Lamy c. Belgio, § 29.

che ciò possa determinare una diversa declinazione, nei procedimenti *de quibus*, delle garanzie difensive tradizionalmente proprie dei dibattimenti. Dall'altra non può però dimenticarsi come, abbandonato il monito paternalista della sentenza *Neumeister*, nella quale si poneva l'accento sulla necessità di negare il ricorso ad uno sviluppo in senso dibattimentale delle garanzie difensive, anche nella giurisprudenza della Corte europea si sia fatta strada l'idea che speditezza ed equità condividano un denominatore comune: l'essere entrambe espressione di un diritto dell'indagato <sup>(314)</sup>. Sarebbe assurdo infatti pretendere di limitare talune garanzie per assicurare la celerità di una procedura che, senza il riconoscimento di uno spazio al contributo difensivo della parte, sarebbe produttiva unicamente di una decisione, seppur *rebus sic stantibus*, sicuramente *unfair*. D'altro canto, non si potrebbe neppure postulare un'esportazione in blocco delle regole dibattimentali nel contesto dell'udienza camerale della libertà.

Il problema si pone con riguardo alla possibilità di estendere al controllo *de libertate* il diritto di difendersi provando che trova la sua massima espressione nelle modalità acquisitive della prova *sub specie* di *cross examination* <sup>(315)</sup>. L'argomento ha una sua suggestione: di certo non si dubita che consentire il contraddittorio per l'accertamento di una contravvenzione punita con la sola pena dell'ammenda e negarlo per il *thema libertatis* appare incongruo, attesa la rilevanza delle questioni dedotte innanzi al Tribunale della libertà. Del pari non sembra potersi inferire dall'esigenza di speditezza la ragione di una limitazione, in quella sede, delle potenzialità espansive del diritto al contraddittorio, ribadendo come l'esigenza di celerità sia espressione di un obbligo a carico delle autorità e di un diritto soggettivo potestativo dell'imputato, specie di quello *in vinculis*, che, in quanto tale non può mai tradursi in una *deminutio* di garanzie. D'altro canto non può negarsi come l'espresso richiamo contenuto nel comma 3 dell'art. 111 Cost. alla facoltà per la «*la persona accusata [...] di interrogare e far interrogare [davanti al giudice] le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere*

---

<sup>(314)</sup> «*Far presto e far bene*» costituiscono, entrambi e contemporaneamente il lessico di un moderno processo *fair*. Così, a proposito del c.d. processo breve, E. AMODIO, *Riforme urgenti per il recupero della celerità processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1269 e ss.

<sup>(315)</sup> M.L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 865 la quale non lesina critiche al sistema attuale ritenendolo patologicamente carente di contraddittorio e suggerisce interessanti prospettive, *de iure condendo*, tra le quali l'anticipazione del contraddittorio al momento della emissione del *titulum custodiae*. Per una ricostruzione del problema anche su di un piano storico. G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1995, 55 e ss.

*la convocazione e l'interrogatorio di persone in sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore»,* sembra consentire una anticipazione della garanzia a momenti prodromici al dibattimento, riferendosi testualmente all'accusato e non all'imputato. Infine per poter attribuire all'art. 309, comma 9, c.p.p. – che prevede la possibilità di introdurre nuovi elementi in sede di riesame – il significato di un approfondimento istruttorio e non meramente argomentativo, si dovrebbe consentire, in tale sede, il ricorso al rituale istruttorio tipico del dibattimento <sup>(316)</sup>.

Seppur vero che anche in sede cautelare, sia nella fase genetica, sia in quella di successivo eventuale controllo, debba essere consentita la massima espressione a «[...] *quel gioco di interventi alternati o contestuali, quell'andirivieni di domande e di repliche, di asserzioni e negazioni, che costellano l'iter del processo guidandolo fino alla fine*» <sup>(317)</sup> in cui si attua il principio del contraddittorio come *audietur et altera pars*, al tempo stesso pare che, per quanto non si possa revocare in dubbio neppure la validità del metodo anche sotto il profilo euristico, è proprio la considerazione che l'interesse primario dell'indagato debba essere considerato prevalente a sconsigliare, in questa sede, di aderire con eccessivo entusiasmo all'idea di innestare nella fase cautelare un processo nel processo. Si pensi al destino delle prove raccolte in una *cross-examination* innanzi al Tribunale in quell'*alter ego* processuale che finirebbe per divenire il dibattimento. Alla difficoltà di organizzare l'audizione testimoniale mediante un deposito di liste, pena, in caso contrario, la possibilità di condurre testimoni direttamente all'udienza, con riduzioni della possibilità di un esercizio effettivo del contraddittorio. All'effetto, inevitabile, di un eccessivo appesantimento della verifica che, nonostante indiscutibili punti di contatto con il merito dell'accertamento sull'ipotesi di accusa, da esso deve pur essere differenziato proprio per il diverso oggetto di indagine che lo caratterizza (la verifica della legittimità della detenzione con riguardo ai presupposti applicativi e

---

<sup>(316)</sup> In senso favorevole ad una tale opzione interpretativa, M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993, 155, il quale non manca di precisare come, una volta riconosciuta l'adducibilità dei risultati dell'investigazione privata avanti al Tribunale della libertà muta profondamente la fisionomia dell'istituto, potenzialmente destinato ad assumere l'aspetto di un vero processo nel processo.

<sup>(317)</sup> P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, II ed., Bologna, 2007, 46.

alla correttezza delle procedure seguite) <sup>(318)</sup>. Alla conseguenza, non auspicabile, di un significativo condizionamento sugli esiti decisori del processo principale da parte di una pronuncia che, se preceduta da regole di acquisizione della prova in tutto e per tutto analoghe a quelle tipiche del dibattimento, finirebbe inevitabilmente per sovrapporsi ad esso determinando una imprevista sbavatura nel disegno istituzionale dei rapporti tra incidente cautelare e processo principale con il rischio tutto a carico dell'indagato di cristallizzare un risultato probatorio, esportabile in dibattimento alla stessa stregua dei risultati dell'incidente probatorio che tuttavia verrebbe ad essere assunto in un contesto in cui la piattaforma investigativa è ancora mobile <sup>(319)</sup> e non ancora pienamente conosciuta. Quel che sembra essere concepito come un potenziamento delle garanzie della difesa, potrebbe rischiare, *rebus sic stantibus*, di determinare un vero e proprio scompensamento nella distinzione in fasi del processo, con conseguente svuotamento dei criteri di valutazione ed esclusione della prova e di tradursi, alla resa dei conti, in un arretramento delle garanzie dell'indagato.

Vero è che se davvero i due procedimenti restassero l'uno all'altro impermeabili, anziché tendere a sconfinamenti reciproci, si potrebbe ipotizzare di adottare soluzioni destinate ad accogliere tipologie procedimentali in tutto simili a quelle proprie del dibattimento. In particolare potrebbe essere attuato un sistema che impedisca l'utilizzabilità, se non nei termini di una impossibilità di ripetizione, a mente dell'art. 111, comma 5, Cost., dei risultati probatori acquisiti nel procedimento cautelare nel contestuale o successivo processo di merito.

Del resto, non può negarsi come le occasioni offerte dal legislatore per l'attuazione concreta di uno sviluppo procedimentale il più possibile in linea con le garanzie di un *fair trial* cautelare siano davvero insufficienti. Una disamina articolata lungo la linea direttrice della evoluzione del procedimento cautelare, che tragga origine dal momento genetico di applicazione della misura - seguito e non preceduto, da un contraddittorio prevalentemente *ex actis* in cui l'oralità è demandata alla eventuale audizione dell'indiziato – per giungere fino al successivo,

---

<sup>(318)</sup> Secondo la definizione proposta da G. GANZI, *Incidenti e procedimenti incidentali diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, XXI, Roma, 1971, 5, secondo cui pur indubitabile un collegamento tra incidente e procedimento principale non deve essere tuttavia esclusa l'autonomia formale del primo dal secondo, predisponendo « *la legge [...] un procedimento a se stante, regolato da forme proprie, spesso affidato ad un organo giurisdizionale diverso da quello competente per il procedimento principale [...]* ».

<sup>(319)</sup> Perplexità esplicitate anche da P. SPAGNOLO, *Il Tribunale della libertà*, cit.

non necessario, sistema di revisioni, conduce a selezionare davvero pochi momenti in cui la previa audizione del difensore viene assunta come necessaria in vista dell'adozione di specifici provvedimenti in materia *de libertate*. Ci si riferisce alle decisioni in tema di proroga dei termini di custodia; a quelle relative alla sospensione dei suddetti termini; ovvero alla indefettibile presenza della difesa nei casi in cui il pubblico ministero avanzi richiesta di rinnovazione della misura disposta per esigenza probatorie ai sensi dell'art. 301, comma 2, c.p.p.<sup>(320)</sup>. Ebbene, per quanto il tentativo di ricondurre *ad unitatem* il coro di posizioni che si confrontano sul tema, tanto affascinante, quanto impegnativo, della relazione tra processo di merito ed incidente cautelare, comporterebbe uno sconfinamento dell'indagine nelle teorie generali del processo, non può tuttavia non cogliersi come una qualsivoglia soluzione appagante, *de iure condendo*, di tale spinosa questione, si ponga altresì quale presupposto per la soluzione del tema qui affrontato, inerente il *quantum* di contraddittorio esportabile nel procedimento cautelare. In una logica di estrema semplificazione potrebbe trovare sistemazione un siffatto ragionamento: laddove si assuma come presupposto la assoluta impermeabilità tra vicenda cautelare e processo di merito, l'esportazione del modulo dibattimentale potrebbe trovare, quale unico ostacolo, l'inviolabilità dell'imperativo della speditezza. In tal caso, tuttavia, l'idea stessa che la celerità sia concepita come un diritto dell'indagato *in vinculis* potrebbe consentire una apertura a soluzioni che, senza comportare indebite dilatazioni o ritardi nella procedura, possano armonizzarsi con un livello di accertamento che, seppur non eccessivamente prolungato, conduca a decisioni maggiormente ponderate sul *thema* cautelare, a tutto vantaggio dell'interessato. Di tal che, non sarebbe peregrino neppure ripensare, in questi termini, ad una anticipazione del contraddittorio persino alla fase genetica di adozione della misura, senza temere che, al cospetto di un materiale indiziario unilateralmente acquisito e di portata tale da condizionare, in modo prevalente rispetto al contributo della persona ristretta, le scelte del giudice *de libertate*, possano prevalere decisioni difensive di silenzio. In una prospettiva di assoluta impermeabilità, le dichiarazioni dell'interrogando sarebbero utilizzabili solo ai fini della valutazione dei presupposti oggetto della misura ovvero nel procedimento di merito, solo se *in favorem*. Di contro, laddove prevalga

---

<sup>(320)</sup> Traguado, quest'ultimo, raggiunto in seguito alla declaratoria di incostituzionalità della citata disposizione ad opera di Corte cost., sent. 8 giugno 1994, n. 219, cit.

la tendenza a ritenere che procedimento incidentale e di merito condividano lo stesso *thema probandum* ( seppure il primo in chiave prognostico - probabilistica, il secondo in chiave storico-retrospettiva) e che ciò conduca ad una necessaria, progressiva assimilazione dei due procedimenti man mano che si procede verso la definizione conclusiva del merito, l'esportazione del contraddittorio finirebbe con l'anticipare (specie laddove la misura ed i controlli avvengano, come di regola accade, nella fase delle indagini preliminari) al controllo sul titolo cautelare, dominato da una *discovery* non integrale, un metodo di accertamento dei fatti che rischierebbe di ripercuotersi sugli esiti decisori del processo di merito (nella sua versione dibattimentale), sicuramente più adatto a consentire il pieno esplicarsi del contraddittorio per la prova.

In conclusione, nel contesto normativo attuale, l'innesto della *cross examination* nell' incidente cautelare potrebbe rischiare di lasciare in ombra altri aspetti che dovrebbero meglio garantire il diritto di difesa in questa fase. Si vuol dire della necessità che, specie in seguito alla novella del 2000, si cominci a guardare ai risultati delle investigazioni difensive non più come materiale conoscitivo di seconda mano rispetto a quello del pubblico ministero e macchiato di un peccato originale, in una logica che, assumendo come fondamentale presupposto la parità delle parti, conferisca pari dignità, sul piano del contributo cognitivo, ai risultati raccolti nel rispetto delle regole processuali e deontologiche.

Dall'altra parte, prima di pensare ad una simile assimilazione tra procedimento di merito e controllo *de libertate*, si dovrebbe adempiere una volta per tutte all'imperativo di celerità <sup>(321)</sup> che nella Convenzione europea riceve una tutela rinforzata allorché esso sia pensato per la tutela dell'indagato *in vinculis* il quale «*shall be entitled to trial within a reasonable time or to released pending trial*». Queste tentazioni di anticipazione, in un procedimento davvero celere, sarebbero probabilmente inutili <sup>(322)</sup>.

---

<sup>(321)</sup> In argomento si rinvia alle osservazioni svolte da P. TONINI, C. CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo: come perseguire una durata ragionevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 359 e ss. con particolare distinzione tra “tempi vivi” del processo, nei quali la durata della custodia non appare irragionevole, e i c.d. “tempi morti”, che al contrario dei primi appaiono solo quali intervalli inutili, «*nemici degli scopi del processo*» (ivi, 364).

<sup>(322)</sup> Non si ritiene con ciò di dover esprimere consenso alla tendenza giurisprudenziale di negare l'efficacia delle regole previste nel libro III del codice di rito alla materia cautelare, ritenendo, di contro, indispensabile consentire che il livello con il quale si addiende alla verifica della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza sia connotato, stante la necessità di ancorare la tutela del principio della presunzione di non colpevolezza alla serietà dell'accertamento, dal rispetto

Quel che in definitiva deve essere assicurato è il rispetto del complessivo carattere *adversary* del procedimento <sup>(323)</sup>. In tal senso requisito indefettibile del *fair trial* cautelare è la partecipazione in condizioni di parità tra accusa e difesa nell'esposizione dei propri argomenti, nella introduzione di elementi nuovi innanzi alla Corte, senza che possano più essere tollerate sperequazioni *pro* accusa nella distribuzione dei poteri di interlocuzione e persuasione del collegio giudicante, mediante il riconoscimento di un diritto di accesso al fascicolo del pubblico ministero, di un diritto ad interloquire con il proprio difensore predisponendo una strategia difensiva e godendo di un tempo congruo a tal fine, secondo uno schema che oggi trova copertura anche nell'art. 111, comma 2, Cost.

Dunque l'insieme delle guarentigie procedurali, da riconoscersi in senso ampio, deve essere declinato in relazione al tipo di accertamento che si celebra nella sede del controllo cautelare. Di tal che si ritiene che il diritto ad essere ascoltato <sup>(324)</sup> debba essere modulato in relazione al contesto in cui verrà ad essere esercitato, avendo sempre come obiettivo la tutela del bene primario della libertà personale. Quello della *revisio* del titolo cautelare, costituisce un momento nel

---

del percorso tracciato proprio dagli artt. 187 e ss. c.p.p. Del resto a conferma della contiguità tra merito e cautela nella dinamica del processo penale si pongono persino quelle decisioni della Corte costituzionale, sopra analizzate, conclusesi con declaratorie di incostituzionalità dell'art. 34, comma 2, c.p.p. in ragione dei numerosi punti di connessione tra l'accertamento dei gravi indizi (nonché delle esigenze cautelari) e quello relativo all'ipotesi d'accusa. Ci si riferisce tuttavia alla necessità di differenziare merito e cautela sul terreno delle modalità di acquisizione probatoria che si esprimono mediante il ricorso al metodo del contraddittorio, non già nella prospettiva del comma 2 dell'art. 111 Cost., quanto nella diversa caratterizzazione assegnatagli dal successivo comma 4.

In questi termini quindi deve essere apprezzata la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 405 – bis c.p.p., ad opera di Corte cost., sent.24 aprile 2009, n. 421, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2027, con nota di S. LONATI, *Una norma tre volte irragionevole*. In tale recentissimo arresto la Consulta ha ricordato come il principio di "impermeabilità" del procedimento principale agli esiti del procedimento cautelare abbia un preciso fondamento logico-sistematico. « *Esso non discende, difatti, - ritiene la Corte- unicamente dal rilievo che la valutazione operata in un procedimento a cognizione sommaria e a carattere accessorio, quale quello cautelare, non può, in linea logica, condizionare gli sviluppi del procedimento a cognizione piena cui il primo è strumentale. Detto principio rappresenta anche e soprattutto il naturale riflesso dell'impostazione accusatoria del vigente codice di rito, che riserva alla fase processuale l'accertamento della responsabilità dell'imputato. Tale impostazione rinvia oggi un esplicito referente costituzionale nei principi del «giusto processo» enunciati dall'art. 111 Cost., e segnatamente in quello per cui la prova si forma nel contraddittorio tra le parti, salve le eccezioni prefigurate dal quinto comma del medesimo articolo .L'esclusione di effetti condizionanti del giudizio cautelare sul procedimento principale vale difatti a scandire, salvaguardandola, la distinzione tra la fase delle indagini preliminari - nella quale non opera il principio del contraddittorio nella formazione della prova, come non opera in genere per l'applicazione delle misure cautelari - e quella del processo. Essa trova significativa eco, altresì, nella necessaria diversità fra il giudice dell'incidente cautelare e il giudice chiamato a pronunciarsi sul merito dell'imputazione, conseguente al regime delle incompatibilità (art. 34 cod. proc. pen., quale risultante a seguito degli interventi di questa Corte)».*

<sup>(323)</sup> P. SPAGNOLO, *Tribunale della Libertà*, cit., 199.

<sup>(324)</sup> L'equazione tra udienza ed ascolto è espressa nel termine inglese *hearing*.

quale difficilmente si potrebbe ipotizzare un interesse dell'indagato (specie quando la valutazione sui presupposti della cautela avvenga nel contesto delle indagini preliminari) alla pubblicità dell'udienza. La *cameralità* della procedura, nonostante autorevole critica <sup>(325)</sup>, assicura non solo il rispetto di una tempistica più accelerata ma anche, e prima ancora, il diritto alla riservatezza di un indagato (imputato) di fatto presunto non colpevole in un momento in cui la spettacolarizzazione dell'uomo in manette trova largo consenso in un'opinione pubblica sempre più incline a precorrere i tempi lunghi del processo assegnando alla cautela obiettivi sanzionatori.

Quel che dunque deve essere indefettibilmente garantito è il diritto di partecipazione innanzi ad un giudice, in un contesto procedurale in cui sia conferita al difensore analogha possibilità di persuasione riconosciuta al suo contraddittore, attraverso l'esposizione non solo degli argomenti che lo stesso abbia esplicitato nell'atto introduttivo <sup>(326)</sup>, ma anche di quelli contenuti nei motivi nuovi che le parti hanno possibilità di presentare al giudice prima della discussione, nonché di elementi nuovi emergenti nel corso dell'udienza.

Tali tratti caratteristici dell'udienza camerale di riesame <sup>(327)</sup>, confermano l'importanza di assicurare alle parti (imputato, difensore, pubblico ministero) il diritto di partecipare effettivamente alla discussione, costituendo l'esposizione orale degli argomenti, un ulteriore, utilissimo apporto persuasivo idoneo a sostenere la forza di valutazioni altrimenti confinate entro l'angusto spazio dei testi scritti. Non solo, ma essi rendono persino ragione di una disciplina che da una parte assuma quale obiettivo preliminare l'impegno a garantire il diritto all'effettività del rimedio (come più volte ricordato dagli organi europei) mediante la predisposizione di facilitazioni alla promozione dello stesso, dall'altra che assicuri la rimozione di ogni ostacolo all'effettivo intervento all'udienza.

Dal primo punto di vista, non essendo possibile assicurare una partecipazione effettiva se prima ancora non siano state favorite le condizioni per la

---

<sup>(325)</sup> S. TRESCHSEL, *Human rights*, cit., 483 che ritiene indefettibile persino in ambito cautelare un diritto alla pubblicità dell'udienza, potendo al più ipotizzarsi la possibilità per l'indagato di decidere di rinunziarvi.

<sup>(326)</sup> Argomenti la cui ostensione nell'atto di riesame non è prevista come necessaria a differenza del diverso regime fissato per l'appello, a pena di inammissibilità dello stesso.

<sup>(327)</sup> Analoghe possibilità non sembrano essere consentite nella procedura attivata in seguito all'appello, non prevedendo l'art. 310 c.p.p., alcun rinvio ai commi 5 e 9 dell'art. 309 c.p.p. che consentono l'allegazione di motivi nuovi e la discussione su elementi adottati nel corso dell'udienza camerale.

promozione del rimedio, possono essere valutate positivamente le regole che assicurano una diversa decorrenza del termine per proporre il ricorso per l'interessato e per il suo difensore in dipendenza dal momento della notifica del provvedimento che si intende sottoporre al controllo dell'organo superiore <sup>(328)</sup>. Diritto presidiato, tra l'altro, dalla necessità che all'avviso sia strettamente connesso il deposito effettivo non solo dell'ordinanza ma anche di tutti gli atti sui quali la stessa si poggia <sup>(329)</sup>. Altrettanto è a dirsi per la opportuna sottrazione, nel conteggio dei giorni necessari a pena di decadenza, di quelli nei quali sia stato differito il colloquio dell'indagato con il difensore ai sensi dell'art. 104, comma 3, c.p.p. <sup>(330)</sup>. Del resto è la stessa Corte europea a prediligere un parametro sostanziale, non ritenendo in alcun modo sufficiente che il diritto al ricorso sia garantito solo sulla carta, allorché le condizioni concrete nelle quali è stato coinvolto l'indagato non gli abbiano consentito nei fatti di esercitare quel diritto <sup>(331)</sup>.

---

<sup>(328)</sup> Per il difensore il termine decorre dalla notificazione dell'avviso di deposito di cui all'art. 293, comma 3, c.p.p.

<sup>(329)</sup> Con conseguenza di non poco momento: si pensi agli effetti caducatori sulla misura della nullità dell'interrogatorio di garanzia non preceduto dalla ostensione degli atti. Cfr Cass. pen., Sez. un., 28 maggio 2004, *Vitale*, in *Cass. pen.*, 2005, 3260, con nota di L. GIULIANI, *Nullità dell'interrogatorio di garanzia per omesso deposito degli atti ex art. 293, comma 3, c.p.p.: le Sezioni unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare*.

<sup>(330)</sup> A tal riguardo è stata considerata affetta da nullità ai sensi dell'art. 178 lett. c) c.p.p. l'udienza camerale celebrata in costanza del divieto in esame, posto che siffatta situazione comporta uno stato di legittimo impedimento dell'indagato, che impone il rinvio dell'udienza camerale ai sensi dell'art. 127, comma 4, c.p.p.. In questi termini Cass. pen., sez. VI, 18 gennaio 1999, *Staglimbene*, in *CED Cass. pen.*, n. 213083.

<sup>(331)</sup> Corte EDU, 29 novembre 1997, *Sakik c. Turchia*, § 53, che evidenzia la necessità che uno Stato sia in grado di consentire realmente la predisposizione di un rimedio per la persona ristretta *in vinculis*. Essa afferma infatti, « [...] *the existence of a remedy must be sufficiently certain, failing which it will lack the accessibility and effectiveness required for the purposes of Article 5 § 4 (see, among other authorities, mutatis mutandis, the above-mentioned Van Droogenbroeck judgment, p. 30, § 54, the De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands judgment of 22 May 1984, Series A no. 77, p. 19, § 39, and the Yağcı and Sargin v. Turkey judgment of 8 June 1995, Series A no. 319-A, p. 17, § 42)*».

<sup>(332)</sup> Non anche la persona offesa. Ritiene non coerente con la predisposizione di un adeguato livello di tutela della vittima la sua esclusione dalla partecipazione all'udienza camerale specie nei casi di cui all'art. 282 – *bis* c.p.p., P. SPAGNOLO, *Il Tribunale della libertà*, cit., 207.

<sup>(333)</sup> Si tratta di una previsione derogatoria rispetto ai dieci giorni previsti per l'udienza camerale di cui all'art. 127 c.p.p. cui viene fatto esplicito rinvio nel comma 8 dell'art. 309 c.p.p. preme evidenziare come, in assenza del richiamo, nell'art. 310 c.p.p. al comma 8 dell'art. 309 c.p.p., il termine dei tre giorni non sia indispensabile con riferimento all'udienza camerale instaurata dall'atto di appello ritenendo che alla stessa debba applicarsi il diveros termine di dieci giorni contenuto nell'art. 127 c.p.p.

Quanto al diverso profilo della partecipazione all'udienza essa viene assicurata mediante la previsione della notifica dell'avviso ai soggetti legittimati a partecipare (indagato-imputato, difensore e pubblico ministero) <sup>(332)</sup> tre giorni prima della data fissata per la stessa <sup>(333)</sup>. L'omessa notificazione dell'avviso all'indagato-imputato, comporta, per la giurisprudenza prevalente, una nullità assoluta ai sensi dell'art. 178 lett. c) e art. 179 c.p.p. <sup>(334)</sup>. A diversa conclusione giunge la Cassazione con riferimento alle conseguenze dell'omessa notifica dell'avviso al difensore. Si ritiene infatti che la non necessaria presenza dello stesso all'udienza camerale consente di inquadrare la nullità nel novero di quelle a regime intermedio ai sensi degli artt. 178 lett c). e 180 c.p.p., come tale deducibile e sanabile a norma degli artt. 182, 183 e 184 c.p.p. <sup>(335)</sup>.

Si tratta di una conclusione invero reso obbligata dal tenore del dettato codicistico, il quale, come visto, pur esplicitando, specie con riferimento all'udienza conseguente al riesame, le possibilità di fatto connesse all'esercizio del diritto di partecipazione – e cioè quella di presentare motivi nuovi o di addurre nel corso dell'udienza elementi nuovi di valutazione – non ha ritenuto di presidiare il diritto al contraddittorio, con la previsione di un obbligo di partecipazione a carico delle parti, rimettendo alla loro insindacabile valutazione la decisione sul se avvalersi o meno delle potenzialità esplicative tipicamente connesse all'oralità dell'esposizione degli argomenti in gioco. Ora, seppur vero che anche un contraddittorio cartolare può effettivamente risultare ossequioso del principio di parità delle armi, purché entrambe le parti abbiano in partenza, salve contrarie decisioni, gli stessi diritti di accesso all'udienza e purché entrambe siano messe in condizione di esercitare *cognita causa* il diritto di rinunciare, la decisione di non presidiare, come altrove <sup>(336)</sup>, il diritto al contraddittorio mediante la previsione di un obbligo di partecipazione, potrebbe effettivamente determinare una *deminutio* di tutela per l'indagato svilendo il senso stesso dell'oralità che ne costituisce

---

<sup>(334)</sup> Cass. pen., Sez. un., 25 ottobre 200, *Scarlino*, in *Cass. pen.*, 2001, 1184. Id., 22 novembre 1995, *Carlutti*, in *Cass. pen.*, 1995, 2125.

<sup>(335)</sup> Tra le tante, Cass. pen., sez. III, 3 dicembre 1999, *Giorgi*, in CED Cass., n.215307.

<sup>(336)</sup> Si pensi all'udienza preliminare ovvero all'incidente probatorio.

comunque una essenziale forma di manifestazione <sup>(337)</sup>. La parità delle armi, pure assicurata, si attesterebbe su un livello minimo di garanzia. Come a dire che ci si potrebbe accontentare di un sistema scarsamente garantito, purché gli ostacoli incontrati dalla difesa risultino analoghi a quelli del pubblico ministero. Ma in tal modo la parità delle armi, lungi dall'assumere il significato di un obiettivo tendenziale cui volgere lo sguardo ogni volta che si pretenda di affinare, non già di svilire le potenzialità offerte all'indagato, diverrebbe un parametro scarsamente utile. E neppure potrebbe in qualche modo avvantaggiarsi l'imputato dell'assenza in udienza del pubblico ministero, risultandogli in tal caso impossibile godere, innanzi al giudice, degli effetti che solo un confronto dialettico con la controparte potrebbe effettivamente sortire <sup>(338)</sup>.

Uno sguardo sugli effetti pratici della scelta di contraddittorio eventuale, poi, permette di apprezzarne taluni dei difetti messi in luce.

Si pensi al caso in cui il difensore, lungi dall'aver assunto una consapevole decisione di rinuncia alla partecipazione, risulti, di fatto, legittimamente impedito. Ebbene, come acutamente osservato <sup>(339)</sup>, in tal caso, ritenere che proprio in virtù della scelta legislativa di aver rimesso alla decisione delle parti l'intervento in udienza debba giustificarsi il diniego del riconoscimento di un legittimo impedimento per il difensore che abbia tempestivamente addotto e documentato l'impossibilità di prenderne parte, si traduce in un *deficit* di assistenza censurabile quanto meno sotto il profilo del mancato adeguamento ai rilievi offerti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

---

<sup>(337)</sup> Dubbi sulla legittimità costituzionale della previsione del contraddittorio eventuale sono espressi da M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993, 140.

<sup>(338)</sup> Si pensi per di più che l'aver previsto la mera facoltà di partecipare per il pubblico ministero; l'averne considerato facoltativo persino il parere nel procedimento di revoca, ai sensi dell'art. 299, comma 3-bis c.p.p., consente di affermare che nessun obbligo è previsto neppure con riguardo alla sottoposizione di una memoria scritta sulla quale indirizzare le proprie ulteriori valutazioni. Cosa questa che ancor di più svilisce l'idea stessa di contraddittorio *de libertate*. Non può dimenticarsi infatti come la perdita di una *chance* di confronto con l'accusa sul tema devoluto finisce con lo svuotare di significato e di peso ogni deduzione difensiva. Così M. CERESA GASTALDO, *Il riesame*, cit., 146. Dello stesso avviso, P. SPAGNOLO, *Il Tribunale della Libertà*, cit., 214, la quale nel prendere posizione sulla inopportunità della scelta legislativa, ricorda la mirabile affermazione di P.FERRUA, (voce) *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 469, secondo cui « *tra giudice ed accusatore esiste [...] una reciproca vis attractiva, una sorta di slittamento metonimico, per cui ciò che l'uno perde delle sue funzioni tipiche lo recupera puntualmente l'altro in una forma che distorce il processo in senso inquisitorio*».

<sup>(339)</sup> E. MARZADURI, *In attesa di regole sullo sciopero dei difensori si va avanti a colpi di interpretazione*, in *Guida dir.*, 1997, 22, 76. In argomento anche P. SPAGNOLO, *Il Tribunale della libertà*, cit., 217-219.

Da Strasburgo provengono indicazioni di segno univoco quanto all'importanza di riconoscere un adeguato livello di assistenza difensiva anche nei momenti preliminari del processo <sup>(340)</sup>. Un'attenzione sempre crescente riguarda infatti proprio il diritto di essere assistiti allo scopo di mettere in discussione la legittimità del provvedimento restrittivo cautelare. Del resto il procedimento inerente la misura restrittiva ha, come detto, natura giurisdizionale. Di tal che il detenuto deve essere messo in grado di ricevere quell'adeguato livello di assistenza tecnica richiesto dallo specifico contesto nel quale è destinato ad esser posto in discussione il contenuto di un provvedimento anch'esso giurisdizionale attraverso la predisposizione di regole che assicurino all'indagato e al difensore « *to communicate confidentially*» <sup>(341)</sup>.

Se da un lato l'apporto difensivo dell'indagato potrebbe avere una positiva ricaduta sulla sua posizione quanto alla eventuale prospettazione di circostanze di fatto diverse da quelle ipotizzate dal pubblico ministero e, magari, fatte proprie dal primo giudice, tanto da rendere indispensabile consentirgli di partecipare e di esporre oralmente le proprie considerazioni <sup>(342)</sup>, quello del difensore appare indispensabile sotto il profilo della eventuale smentita anche di quelle considerazioni tecnico giuridiche sulle quali si è diffuso il primo giudice. Ovvio che, quale premessa indispensabile per poter adeguatamente esporre argomenti contrari e adeguare il proprio intervento agli *standards* minimi richiesti a Strasburgo, risulta quanto mai indispensabile assicurare un effettivo diritto di accesso agli atti, non solo perché in tal caso potrà essere organizzata una strategia difensiva utile ad un esito decisivo favorevole all'imputato, ma prima ancora perché l'obbligo di *discovery* esprime l'assunto, ormai non più revocabile in dubbio, secondo cui anche al difensore debba essere riconosciuto un ruolo attivo nel contesto incidentale di controllo della legittimità della detenzione, evidentemente non assicurato dalla mera giurisdizionalità in senso oggettivo del procedimento. Ed il contributo della difesa sarà tanto più indispensabile ove le sia

---

<sup>(340)</sup> La Corte spesso nota proprio nell'esaminare il diritto all'assistenza legale ai sensi del §3 dell'art. 6 Cedu, come esso vada riferito non solo al processo in sé, dovendo esso trovare adeguato riconoscimento «*also at earlier stages of the proceedings*». Cfr Corte EDU, 12 marzo 2003, Öcalan c. Turchia, § 73.

<sup>(341)</sup> S. TRESCHSEL, *Human rights*, cit., 486.

<sup>(342)</sup> E' la stessa Corte europea ad enfatizzare il ruolo personale dell'indagato mediante il riconoscimento di un autonomo diritto di partecipazione che si traduce in un parallelo diritto ad essere ascoltato. In tal senso, da ultimo, anche Corte EDU, 25 ottobre 2007, Lebedev c. Russia, cit.

consentito, *cognita causa*, di modulare le attività da svolgere in udienza in relazione alla situazione concreta: si vuol dire che dovrà essere messa in grado di esercitare in pieno ognuna delle possibilità normativamente offerte, dalla articolazione di nuovi motivi, dalla possibilità di far sentire il proprio assistito, fino alla esposizione di elementi prima non adottati mediante un confronto dialettico con la controparte processuale.

Dunque, si diceva, il centro propulsivo delle garanzie difensive nel procedimento cautelare promana proprio dall'obbligo di *discovery* a carico del pubblico ministero.

L'accesso agli atti rappresenta, nel nostro panorama normativo, una conquista recente. Tutela del segreto istruttorio, diritto alla *giurisdizionalità* in senso oggettivo della procedura, esigenza di celerità, hanno costituito baluardi resistenti di un'idea di processo in cui, soprattutto nelle fasi preliminari o in quelle in cui si discuteva della libertà personale dell'imputato, il ruolo della difesa doveva, per porgere un insindacabile ossequio a quei principi, essere relegato in uno spazio subalterno, meglio se invisibile. Per far crollare dalle fondamenta questa idea sarebbe stato necessario introdurre un nuovo codice di procedura penale, risultando, la struttura di quello del 1930, evidentemente inadatta ad accogliere, se non sfigurandone completamente la fisionomia, l'idea di una partecipazione della difesa in condizioni di parità che solo un contesto di stampo accusatorio avrebbe consentito di promuovere.

Infatti neppure la legge istitutiva del Tribunale della libertà nel 1982 aveva introdotto alcuna sostanziale modifica sul fronte dei diritti partecipativi, né dell'indagato (imputato) né del difensore. Se soltanto con l'art. 25 L. 5 agosto 1988, n. 330 (c.d. legge anticipatrice del nuovo codice di procedura penale) si è giunti a consentire la partecipazione del solo difensore all'udienza camerale, si doveva attendere il nuovo rito per poter consentire aperture verso il definitivo riconoscimento del diritto per lo stesso di confrontarsi con il materiale investigativo acquisito agli atti e fondante la decisione.

Era chiaro come in una siffatta cornice la scelta di sottoporre a critica il *titulum custodiae* non potesse essere affidata a null'altro che all'istinto di molti dei difensori di allora, abituati a fiutare e non a conoscere, a presagire e non a ponderare, muovendosi sostanzialmente al buio.

Con il battesimo del rito accusatorio nel 1988 si è celebrata ufficialmente la nascita di una nuova stagione nella quale la mitologia del segreto istruttorio da proteggere ad ogni costo, l'idea dell'inutilità dell'apporto difensivo stante la giurisdizionalità della procedura, nonché, infine, la convinzione di una strutturale antinomia tra efficienza e garanzie, erano state in buona parte abbandonate.

Dunque se il pubblico ministero intende prediligere la strada della tutela massima del segreto istruttorio se ne assumerà il rischio, ben potendo andare incontro, laddove la piattaforma indiziaria allegata risulti carente, ad un rigetto dell'istanza cautelare. E l'obbligo di ostensione non riguarda, come visto nei paragrafi precedenti, unicamente la procedura del controllo, ma il diritto alla *discovery* è rinforzato dalla previsione di una ulteriore garanzia. Quella disciplinata dal comma 3 dell'art. 293, c.p.p., funzionale alla realizzazione di un interrogatorio consapevole. Questo vaglio preliminare degli atti del pubblico ministero risulterà indispensabile non solo ai fini di una adeguata ponderazione della linea difensiva in sede di interrogatorio, ma finanche al fine di valutare se sottoporre a gravame il provvedimento negativo.

Una volta ponderata la scelta dell'impugnazione, il deposito del ricorso avvia una procedura nuovamente ed utilmente basata sulla predisposizione, in vista dell'udienza, di una seconda occasione di accesso agli atti. Prevede infatti il comma 5 dell'art. 309, c.p.p. (ed in termini simili si esprime il comma 2 dell'art. 310 c.p.p. per l'ipotesi dell'appello) che l'autorità giudiziaria procedente che ha ricevuto l'avviso dell'avvio della procedura di riesame debba provvedere alla trasmissione, entro il giorno successivo, degli atti presentati a norma del 291, comma 1, c.p.p. (quelli per intendersi che, già selezionati dal pubblico ministero, hanno costituito oggetto della valutazione del giudice del primo controllo) nonché tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta ad indagine. Prosegue il comma 8, art. 309 c.p.p., che fino al giorno dell'udienza gli atti restano depositati in cancelleria con facoltà per il difensore di prenderne visione o di estrarne copia. L'idea di fondo accolta dal legislatore del 1988 era quella di assicurare l'utilizzazione da parte del Tribunale della libertà dei soli atti conosciuti o conoscibili dalla difesa prima o nel corso dell'udienza <sup>(343)</sup>.

---

<sup>(343)</sup> Così, A. GIANNONE, (voce) *Riesame in materia di misure cautelari personali*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1997, 252.

A tal riguardo la piattaforma probatoria a disposizione del Tribunale e delle parti sarà costituita dagli elementi già selezionati dal pubblico ministero e presentati unitamente alla sua richiesta ai sensi dell'art. 291 c.p.p. comprensivi dunque anche dei risultati investigativi in favore dell'indagato nonché delle eventuali memorie difensive già depositate; dai risultati delle indagini difensive espletate (arg. ex art. 292 comma, 2-ter c.p.p.), dal sopraggiungere di elementi nuovi a favore dell'indagato (come recita il comma 5 dell'art. 309 c.p.p.) sui quali grava un obbligo di trasmissione presidiato dalla tutela rinforzata della perdita di efficacia della misura in caso di inadempimento. Vale la pena sottolineare come sia da escludere nell'ottica di un recupero di una tutela del segreto istruttorio che un tale obbligo di trasmissione possa essere "alleggerito" dalla possibilità che il pubblico ministero eserciti una nuova selezione del materiale indiziario da presentare in secondo grado. È stato sostenuto, infatti, che onde scongiurare il rischio di una pressoché totale *discovery* al pubblico ministero dovrebbe essere garantita la possibilità di operare una ulteriore selezione del materiale investigativo da inviare al Tribunale della libertà così da inoltrare una quantità di atti ed elementi probatori inferiore rispetto a quella conosciuta dal giudice di primo grado. In tal caso nessuna lesione delle garanzie difensive sarebbe prospettabile ove si ritenga non alterato l'imperativo di consentire a tutte le parti una identica conoscenza degli atti sui quali sarà chiamato a decidere il giudice di seconda istanza <sup>(344)</sup> a nulla rilevando che essa abbia ad oggetto una piattaforma probatoria ridotta ulteriormente in sede di seconda trasmissione.

Al di là del rilievo, scontato, secondo cui non parrebbe neppure utile una scelta del genere per l'organo dell'accusa che avesse già mostrato le proprie carte in occasione della richiesta al giudice di prime cure, l'argomento non sembrerebbe trovare, nel sistema, alcun fondamento. In primo luogo, proprio la necessità che la motivazione dell'ordinanza cautelare sia articolata in relazione agli atti posti a conoscenza del primo giudicante, renderebbe già di per sé incongrua la pretesa di consentire un efficace diritto di revisione se la motivazione del provvedimento non fosse, dall'organo di controllo, confrontata non solo con gli atti sopravvenuti, ma

---

<sup>(344)</sup> La tesi è sostenuta da A. GIANNONE, (voce) *Riesame*, cit., 253 il quale afferma che fermo restando l'obbligo di trasmettere comunque gli elementi favorevoli, pare legittimo concedere al pubblico ministero, unico *dominus* delle indagini preliminari, la facoltà di effettuare una seconda cernita degli atti da inviare al Tribunale non trasmettendo al giudice *ad quem* anche solo parzialmente in relazione ad un singolo atto, parte degli atti originariamente inviati al giudice *a quo*.

anche con quelli originariamente valutati, non essendo esclusa una considerazione critica delle conclusioni raggiunte proprio alla luce di una diversa interpretazione del materiale istruttorio. Non solo, ma risulterebbe irrimediabilmente compromesso anche il diritto di critica dell'imputato il quale vedrebbe limitata la possibilità di censurare la motivazione del giudice di prime cure laddove l'illegittimità della stessa sia fondata proprio su una non corretta valutazione delle risultanze in atti. Per di più laddove l'imputato abbia deciso di esplicitare con l'atto introduttivo i suoi motivi di doglianza ed abbia concentrato le proprie critiche su una lettura alternativa delle risultanze considerate dal primo giudice, ci troveremo nella paradossale situazione di un Tribunale del riesame sollecitato a valutare la rispondenza tra gli esiti raggiunti con la prima ordinanza e le prove già valutate, senza avere la possibilità di onorare alla richiesta dell'indagato essendogli precluso l'esame proprio di quelle risultanze che avevano riguardato la situazione processuale coeva al provvedimento impugnato. A conclusioni altrettanto paradossali si giungerebbe ove l'indagato non avesse esercitato alcuna censura specifica con l'atto di gravame riservandosi al momento successivo l'intervento dialettico con l'accusatore. Ora se come visto non è prevista in sede di riesame alcuna partecipazione obbligatoria delle parti, *quid iuris* nel caso in cui il pubblico ministero si sottragga al confronto con la controparte decidendo di non presenziare all'udienza, di non produrre alcuna memoria, ma limitandosi unicamente a selezionare, in seconda battuta, il materiale un tempo condiviso? Il contraddittorio camerale ne uscirebbe irrimediabilmente compromesso, *tamquam non esset*. Neppure sembra potersi facilmente argomentare dall'art. 65 c.p.p. <sup>(345)</sup> – che consente in sede di interrogatorio una *disclosure* parziale degli elementi a carico, con possibile integrale censura delle fonti – una estensione al caso del riesame, anch'esso al pari dell'interrogatorio, tipico atto difensivo. Al di là dell'opportunità di un simile accostamento e dell'impossibilità di ricorrere ad interpretazioni analogiche di due istituti tutt'affatto diversi, preme evidenziare come il generico riferimento all'art. 65 c.p.p. (che descrive la modalità di conduzione di qualsiasi interrogatorio, sia esso investigativo o di garanzia) non sarebbe idoneo, nel contesto specifico dell'istituto di cui all'art. 294 c.p.p., a limitare l'ostensione prevista dall'art. 293, comma 3, c.p.p. Ma ancor più preme sottolineare come, a differenza dell'art. 65 c.p.p. che

---

<sup>(345)</sup> Così A. GIANNONE, (voce) *Riesame*, cit., 253.

potrebbe in ipotesi intervenire a disciplinare l'interrogatorio investigativo di un indagato a piede libero, la materia che ci occupa è dominata dalla necessità di assicurare una tutela massima alla libertà personale del prevenuto che dunque impone che il diritto di difesa, nel contesto del primo come del secondo controllo sulla misura, risulti il più possibile effettivo.

Tale necessità di trasmissione di tutti gli atti offerti in primo grado sembra potersi affermare anche con riguardo all'appello cautelare, nonostante la differenza terminologica contenuta nel comma 2 dell'art. 310 c.p.p. Siffatta disposizione deve essere, infatti, analizzata in combinato disposto con l'art. 100 delle disp. att. c.p.p. (che richiede l'invio di tutti gli atti necessari per decidere sull'impugnazione vale a dire quelli forniti dalle parti o compiuti *ex officio* in sede di intervento ai sensi dell'art. 299, c.p.p.), risultando, altrimenti, depotenziato il controllo del collegio *de libertate*.<sup>(346)</sup>.

L'unica differenza, non certo di poco conto, ravvisabile in questo contesto, riguarda l'omessa previsione di un effetto caducatorio sulla misura, integrando l'omessa o incompleta trasmissione solo una nullità ai sensi dell'art. 178, lett. c), c.p.p. e restando irrilevante la tardiva trasmissione.

Del resto l'equilibrio tra diritti difensivi e segreto investigativo può dirsi efficacemente realizzato già in base all'art. 291 c.p.p., senza che ciò determini la possibilità in capo al pubblico ministero di condurre una nuova selezione idonea a diminuire il corredo probatorio in occasione del controllo di secondo grado, godendo lo stesso della possibilità di selezionare *ab origine* gli atti di indagine mediante la parziale condivisione di quelli che ritenga utili ai fini dell'emissione della misura. Contrariamente si verrebbe a differenziare primo e secondo grado senza tener conto del fatto che proprio dalla giurisprudenza di Strasburgo proviene, come già ricordato, il costante monito di allineare, una volta che uno Stato si sia dotato di un sistema di impugnazioni, la portata e il contenuto delle garanzie in modo che le stesse siano assicurate in modo analogo in entrambe le occasioni di controllo.

Sul punto la giurisprudenza di legittimità non sembra raggiungere soluzioni appaganti.

---

<sup>(346)</sup> In questi termini, P. SPAGNOLO, *Il Tribunale della libertà*, cit., 253.

Oltre ad accogliere un'interpretazione particolarmente estesa del diritto di selezione degli atti da parte del pubblico ministero ai sensi dell'art. 291 c.p.p. fino a dotare il segreto istruttorio di una tutela estremamente forte – laddove si consente all'accusa di poter allegare verbali di dichiarazioni con *omissis* <sup>(347)</sup>, purché poi sugli stessi verbali venga chiamato a decidere l'organo di controllo, di omettere l'identità del dichiarante nonché la integrale trasmissione del verbale di dichiarazioni riportate testualmente nel corpo della richiesta di applicazione della misura <sup>(348)</sup> – la giurisprudenza sembra aver interpretato in modo scarsamente rigoroso il precetto legislativo che obbliga l'autorità, a pena di caducazione della misura, a trasmettere gli atti presentati a norma dell'art. 291, comma 1, c.p.p. nonché gli elementi a favore dell'indagato *medio tempore* sopravvenuti.

Ed infatti, aderendo alla teoria della *c.d. prova di resistenza*, talune decisioni sono giunte ad affermare che l'omessa trasmissione di un atto non comporta l'automatica inefficacia della misura, a meno che, per causa dell'omesso invio, siano stati sottratti al controllo del Tribunale del riesame atti sostanziali e decisivi. Ebbene proprio il ricorso alla citata *prova di resistenza* potrà eventualmente consentire di apprezzare l'irrelevanza, ai fini della correttezza e della legittimità della decisione cautelare, degli elementi non trasmessi. Da ciò l'idea di una responsabilizzazione del difensore alla eventuale produzione vicaria, sganciata dal termine perentorio di cui al comma 5, art. 309, c.p.p. di materiale non trasmesso del quale sia venuto a conoscenza in occasione della prima ostensione prevista dal comma 3 dell'art. 293 c.p.p., si colloca nel quadro generale di quell'orientamento, ormai invalso nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui l'istituto del riesame, specie in seguito alle modifiche apportate in seguito alla L. 8 agosto 1995, n. 332, «non [è] più finalizzato come in passato a costituire una garanzia dell'accesso difensivo agli atti, [essendo lo stesso] incentrato, in una logica di tipo sostanziale, sulla valutazione degli indizi, operata dal giudice cautelare, attraverso l'esame degli atti dai quali possano desumersi gli elementi di colpevolezza, le esigenze

---

<sup>(347)</sup> Cfr Cass. pen., sez. I, 17 giugno 2005, P., n. 25589, in CED. Cass. pen., 2005. In dottrina T. E. EPIDENDIO, *La trasmissione degli atti*, in A. BASSI, T.E. EPIDENDIO, *Guida alle impugnazioni dinanzi al Tribunale del Riesame*, Milano, 2008, 127-128, il quale sottolinea come in tali casi spetti al difensore, una volta conosciuto il contenuto degli *omissis* stimolare una declaratoria di inefficacia della misura laddove vi fossero contenuti elementi favorevoli all'indagato. Ritiene per di più che trattandosi di causa di inefficacia successivamente conosciuta la stessa possa essere dedotta anche fuori del procedimento incidentale.

<sup>(348)</sup> Cfr Cass. sez. II, 7 giugno 2007, n. 26266, *Viapiana*, in CED Cass. pen., n. 237266.

*cautelari e l'adeguatezza della misura prescelta»* <sup>(349)</sup>. Le conseguenze caducatorie sono dalla Corte di cassazione ricondotte dunque non a generiche deduzioni, ma alla denuncia di specifiche omissioni di dati sostanziali e decisivi presi in considerazione dal giudice cautelare e sui quali deve svolgersi il controllo di riesame <sup>(350)</sup>. La previsione di cui all'art. 309, comma 5, c.p.p. riguarda solo la documentazione minima che il pubblico ministero è tenuto a trasmettere al Tribunale entro un termine perentorio, non anche altri elementi non giudicati rilevanti ai fini del decidere.

Ad analoghe conclusioni sembra giungere una importante e recentissima sentenza delle Sezioni Unite penali <sup>(351)</sup>, in un caso nel quale si poneva un problema solo in parte e all'apparenza diverso. La questione dedotta ha tratto origine dalla disputa insorta in relazione alle conseguenze dell'omessa evasione nei tempi stretti della procedura del riesame, da parte del pubblico ministero, della richiesta del difensore di avere accesso ai nastri magnetici e dunque di esercitare il diritto di ascolto delle conversazioni la cui captazione sia stata estesa in brogliacci allegati alla richiesta di riesame e valutati, in sede di emissione della relativa misura, dal gip.

Ebbene, la Corte di legittimità ha affermato che l'ingiustificato rifiuto da parte del pubblico ministero di consegnare al difensore la trasposizione su supporto informatico delle registrazioni poste a base della misura cautelare, determina – a causa della illegittima compressione del diritto di difesa – una nullità di ordine generale a regime intermedio ai sensi dell'art. 178 lett. c), c.p.p. Di conseguenza, laddove tale vizio sia ritualmente dedotto in sede di riesame, il Tribunale non potrà utilizzare le suddette registrazioni come prova. Salva, in ogni caso, la possibilità del pubblico ministero di chiedere una nuova misura al Gip che potrà accogliere la nuova richiesta solo ove corredata dal relativo supporto fonico.

L'importanza di tale decisione si apprezza con riguardo alla precisazione necessaria in ordine al momento in cui tale obbligo di ostensione doveva essere adempiuto. Ed infatti riteneva il Tribunale del riesame di Bari (la cui ordinanza

---

<sup>(349)</sup> Cass. pen., sez. I, 17 gennaio 2008, n. 6618, in CED Cass. pen., n. 239363.

<sup>(350)</sup> Cass. pen., Sez. un., 5 marzo 1997, *Glicora*, in CED Cass. pen., n. 206955.

<sup>(351)</sup> Cass. pen., Sez. un., 27 maggio 2010, n. 20300, in *Dir e giust on line*, 11 giugno 2010, con nota di V.RISPOLI, *Natura della mancata consegna al difensore delle registrazioni dei difensori ex art. 268, comma 6, c.p.p.*

aveva sollecitato il ricorso in cassazione) che la Corte costituzionale <sup>(352)</sup> intervenuta a dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che dopo la esecuzione o la notificazione di una ordinanza che dispone una misura cautelare il difensore potesse ottenere una trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni delle conversazioni o comunicazioni intercettate, non avesse stabilito alcun termine entro il quale tale adempimento doveva essere assolto. Del resto una volta riconosciuto il diritto della difesa, mancava, per palese impossibilità della Corte costituzionale di operarne la dovuta traduzione in termini pratici, la doverosa opera di adeguamento dell'interprete alla concreta dinamica procedurale, destinata, prima della evoluzione in senso correttivo delle Sezioni unite, a frammentarsi in una molteplicità di soluzioni <sup>(353)</sup>. Pur confermando la piena utilizzabilità dei brogliacci e ritenendo possibile che esigenze di speditezza possano trovare compimento nella possibile allegazione, da parte del pubblico ministero, delle sole trascrizioni degli stralci della captazione fonica di riferimento, le Sezioni unite ritengono che ciò tuttavia non possa tradursi, mutuando sul punto le considerazioni svolte dalla Consulta, in una limitazione del diritto della difesa di accedere alla prova diretta allo scopo di verificare la valenza probatoria degli elementi che hanno indotto l'organo di accusa a richiedere ed il giudice ad emanare una misura cautelare. Così argomentando i giudici di legittimità riconoscono in capo al pubblico ministero un vero e proprio obbligo di *discovery* collegato all'art. 293, comma 3, c.p.p, interpretato non più solo come strumento di conoscenza degli elementi su cui è fondata la custodia cautelare ma come diritto alla piena conoscenza degli elementi che il giudice ha utilizzato nell'emettere il provvedimento. Ovvio che tale diritto non sarà attuabile *integraliter* ma solo con riferimento a quelle conversazioni che abbiano avuto ingresso nello scacchiere probatorio offerto al giudice della cautela. Nonostante gli argomenti

---

<sup>(352)</sup> Corte cost., sent. 10 ottobre 2008, n. 336, in *Giur. cost.*, 2008, 3753, con nota di G. ILLUMINATI, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*.

<sup>(353)</sup> Cass. pen., sez. VI, 6 novembre 2008, n. 44127 escludeva di ricollegare all'inadempimento alcun effetto caducatorio della misura. Id, 7 maggio 2009, n. 29386, secondo cui il *decisum* della Corte costituzionale non incide sulla validità dell'ordinanza cautelare né sulla procedura di riesame. Cass. pen., sez. III, 30 settembre 2009, n. 41256 aveva ritenuto che il mancato rilascio di copie non atteneva alla inefficacia del provvedimento cautelare, ma, teoricamente alla regolarità della procedura di riesame, ritenendo in caso di ritardo nella predisposizione delle registrazioni da parte del pubblico ministero che correttamente il Tribunale decidesse allo stato degli atti, potendosi al più essere consentito alla difesa azionare i rimedi a sua disposizione per ottenere copia delle bobine e presentare su quei risultati un'eventuale domanda di revoca della misura, non essendo consentito al Tribunale del riesame sciogliere l'alternativa tra una decisione allo stato degli atti ed una sospensione del procedimento, nel secondo senso.

esposti in premessa fossero di tale portata, la Corte, sorprendentemente, è giunta ad affermare che ove al difensore sia stato ingiustificatamente impedito il diritto di accesso alle registrazioni poste a base della richiesta del pubblico ministero, ciò non produce né la nullità del genetico provvedimento impositivo, legittimamente fondato sugli atti a suo tempo offerti a sostegno della richiesta, né l'inutilizzabilità degli esiti delle captazioni effettuate (scaturendo essa solo dalla violazione delle ipotesi tassative di cui all'art. 271 c.p.p.), né infine, dimentica del comma 10 dell'art. 309 c.p.p., la perdita di efficacia della misura. Si ravvisa, di contro, un vizio nel procedimento di acquisizione della prova per la illegittima compressione del diritto di difesa, comportando quindi una nullità di ordine generale ai sensi dell'art. 178 lett. c), c.p.p. Da ciò consegue, ove ritualmente eccepita tale violazione, l'impossibilità per il Tribunale del riesame di poter fondare la propria decisione sul dato di giudizio scaturente da quelle intercettazioni, risultando impraticabile, in quel contesto, qualsivoglia raffronto circa la rispondenza tra quanto contenuto nei brogliacci e la captazione orale registrata nelle bobine. Di tal che, solo nel caso in cui il Tribunale, mediante la prova di resistenza, ritenga tali elementi essenziali ai fini della decisione, il criterio di giudizio ispirato al principio del *favor libertatis*, impedisce di attivare in quella sede poteri officiosi idonei a superare la lacuna e determina l'unica conclusione possibile dell'annullamento dell'ordinanza cautelare per insussistenza del richiesto grave quadro indiziario. Sarà onere del pubblico ministero poter richiedere una nuova pronuncia al gip, fondata stavolta, su elementi dedotti dall'ascolto delle registrazioni, non ostandovi in tal caso la preclusione del giudicato cautelare.

Invero se con riguardo al tema specifico delle intercettazioni la Corte costituzionale prima, la Corte di cassazione poi, sono giunte ad affermare principi ancor più garantisti di quelli fatti propri dalla Corte europea la quale ha ritenuto comunque sufficiente che al detenuto sia dato un «*summary of the statements obtained by telephone*» <sup>(354)</sup>, una volta che tale diritto sia riconosciuto, la tendenza ad accollare sulla difesa l'onere di allegazione di inadempimenti o di indebite selezioni effettuate dal pubblico ministero che possano condurre non già ad una caducazione della misura, ma solo al suo annullamento, laddove una non ben definita prova di resistenza effettuata dall'organo di controllo consenta di

---

<sup>(354)</sup> Così Corte EDU, 27 settembre 1990, Wassink c. Paesi Bassi, § 33.

apprezzare la rilevanza di tali omissioni, sembra tutto sommato allontanare il nostro sistema dall'idea, fatta propria dagli organi europei secondo cui « [...] *informations wich is essential for the assesment of the lawfulness of a detention shuold be available in an appropriate manner to the suspect's lawyer*» <sup>(355)</sup>.

Con riferimento alla ipotesi inversa, cioè che il pubblico ministero possa addurre in sede di riesame elementi nuovi, non dedotti, ma deducibili innanzi al gip, nessuna preclusione sembra rinvenirsi nel dettato codicistico, il quale all'art. 309, comma 9, c.p.p. consente alle parti di addurre elementi nuovi, laddove per *novum* deve intendersi tutto il materiale che non è stato portato a conoscenza del giudice di prima istanza, a prescindere dalla emersione cronologica. E tuttavia, come acutamente osservato <sup>(356)</sup>, crea un certo disagio consentire al pubblico ministero tale ripensamento che, oltre a mostrare una certa debolezza, quanto agli argomenti addotti in prime cure, non sembra improntato alla necessaria *fairness* che pure dovrebbe orientare il comportamento delle parti in tutto l'arco del procedimento.

Con riferimento alla possibilità di acquisire nuove prove nel contesto dei controlli *de libertate* un serio problema di coordinamento tra riesame ed appello si pone in considerazione dell'omesso rinvio, nel corpo dell'art. 310 c.p.p. al comma 9 dell'art. 309 c.p.p. Da ciò, stante il silenzio del legislatore, si è prospettata da più parti l'idea di una estensione, all'appello cautelare della regola contenuta nell'art. 603 c.p.p.<sup>(357)</sup> la cui applicazione analogica o estensiva con lo strumento cautelare sembra essere ostacolata dal rilievo assorbente secondo cui non sarebbe possibile, in tale contesto, pervenire alla rinnovazione di alcuna istruttoria. Tuttavia non solo la possibilità di consentire un *novum* in appello non sembrerebbe contrastare con il principio di devoluzione parziale ivi accolto, ma, contrariamente, si finirebbe con negare effettività ad un rimedio nel quale la possibile sopravvenuta rilevanza di una prova nuova non potrebbe essere tenuta in considerazione imponendo al ricorrente di promuovere una successiva istanza di revisione. E ciò sembrerebbe impedito

---

<sup>(355)</sup> Così Corte EDU, Garcia Alva c. Germania, cit., §§ 42 e 43. .

<sup>(356)</sup> P. SPAGNOLO, *Il Tribunale della libertà*, cit., 266.

<sup>(357)</sup> Così C. ANGELETTI, *Il problema dell'integrazione probatoria nel giudizio d'appello avverso la misura cautelare*, in *Giur. it.*, 1994, 457; A. CONFALONIERI, *I controlli sulle misure cautelari*, in A.A.V.V. a cura di A. GAITO, *Le impugnazioni penali*, Torino, 1995, 985. *Contra* P. SPAGNOLO, *I poteri cognitivi e decisorii del Tribunale della Libertà investito dell'appello de libertate del pubblico ministero : i confini tra devolutum e novum*, in *Cass. pen.*, 2004, 2760; Id., *Il Tribunale della libertà*, cit., 272.

proprio in forza del principio, accolto dalla giurisprudenza della Corte europea, della effettività del rimedio. Di contro, la scelta di predisporre due diversi rimedi non potrebbe condurre ad una differenziazione delle garanzie. A precluderlo, come visto più volte è la stessa Corte europea, costante nel ribadire che qualsiasi sia l'opzione accolta dallo Stato contraente in materia di rimedi *de libertate*, gli stessi devono condividere una identica estensione delle garanzie.

#### 4. LA RIPARAZIONE PER INGIUSTA DETENZIONE: SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE *DE IURE CONDENDO*.

Pur breve, merita un cenno la tematica inerente l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che si è andata consolidando in relazione al c.d. *right to compensation*, giacché essa interviene a chiudere il cerchio delle garanzie che un ordinamento deve essere chiamato ad offrire a tutti colori che abbiano patito ingiustamente una limitazione della libertà personale. Essa si aggiunge agli altri rimedi immediatamente praticabili consistenti nel ripristino dello *status libertatis* che conseguono, come visto, ad una pronuncia che abbia accertato l'insussistenza dei presupposti applicativi della misura ovvero l'esistenza di talune irregolarità procedurali che determinino l'automatica caducazione della stessa, oltre che nello scomputo del periodo della detenzione ingiustamente pronunciata <sup>(358)</sup>.

In particolare, «*chi è stato prosciolto con sentenza irrevocabile [ovvero sia destinatario di un provvedimento di archiviazione o di non luogo a procedere] <sup>(359)</sup> – recita l'art. 314 c.p.p. - perché il fatto non sussiste, per non aver commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è più previsto dalla legge come reato [ per la parte di custodia sofferta dopo l'intervenuta abrogazione] <sup>(360)</sup>, ha diritto a un'equa riparazione per la custodia cautelare subita, qualora non vi abbia concorso a darvi causa per dolo o colpa grave*». Allo stesso modo tale diritto è esteso, al comma 2 della citata disposizione «*al prosciolto per qualsiasi causa o al condannato che nel corso del processo sia stato sottoposto a custodia cautelare, quando con decisione irrevocabile risulti accertato che il provvedimento*

---

<sup>(358)</sup> Tali rimedi infatti non dovrebbero in alcun modo essere assimilati a quello della riparazione, restando estrani alla logica sottesa ad esso. Così C. DE FILIPPI, *sub art. 5 Cedu*, in AA.VV. a cura di C. DE FILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali commentata ed annotata*, Napoli, 2006, 198.

<sup>(359)</sup> Secondo quanto previsto al comma 3, art. 314, c.p.p.

<sup>(360)</sup> Così il comma 5, art. 314 c.p.p.

*che ha disposto la misura è stato emesso o mantenuto senza che sussistessero le condizioni di applicabilità previste dagli artt. 273 e 280».*

Al contempo, l'art. 5, §5, Cedu assicura ad ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni previste nei commi precedenti, il diritto ad una riparazione.

Ad un confronto testuale tra le disposizioni citate, quella convenzionale sembra afflitta da un limite: la riparazione prevista concerne soltanto le ipotesi di illegalità della misura coercitiva con riferimento solo alla ingiustizia *ex ante* delle stesse, senza che vengano in evidenza, a tale fine, anche le ipotesi di ingiustizia *ex post*.<sup>(361)</sup>

D'altro canto, quella italiana, sembra carente sotto il profilo del riconoscimento di analogo diritto anche a coloro che siano stati privati ingiustamente della libertà anche in base ad un titolo diverso da quello custodiale. Se ancora oggi, al cospetto della maggiore estensione prevista nel corpo dell'art. 5, § 5, Cedu, il nostro meccanismo di riparazione mostra talune carenze, nondimeno, non può tacersi che, successivamente all'entrata in vigore del codice di procedura del 1988, cui si deve, tra l'altro, il merito di aver operato un serio tentativo di allineamento del nostro paese alla normativa internazionale, carente, fino ad allora di qualsivoglia meccanismo riparatorio, anche la Corte costituzionale sia intervenuta più volte ad estendere la portata dell'art. 314 c.p.p. Nel 1996, ne sanciva la illegittimità costituzionale nella parte in cui non prevedeva che analogo meccanismo di riparazione fosse esteso anche al caso di detenzione ingiustamente patita in conseguenza di un ordine di esecuzione emesso *contra legem*. Nel 1999, l'intervento della Corte fu reso indispensabile per rimediare ad una palese iniquità non superabile in via ermeneutica. Non era infatti previsto alcun meccanismo riparatorio allorché la limitazione della libertà fosse stata patita ingiustamente in seguito ad un illegittimo provvedimento di arresto o di fermo di indiziato di delitto<sup>(362)</sup>. Sempre nell'ottica di una estensione del dato normativo si colloca un'altra

---

<sup>(361)</sup>M. PISANI, *sub art. 5 Cedu*, in AA. VV., a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, cit, 146.

<sup>(362)</sup>Corte cost., sent. 2 aprile 1999, n. 109, in *Giur. cost.*, 1999, 953, con nota di C. SANTORIELLO, *Un'opportuna precisazione in tema di ingiusta detenzione*, ivi, 961. La Corte rilevava nei casi in cui l'arresto o il fermo siano seguiti da sentenza irrevocabile di proscioglimento con le formule di cui all'art. 314, comma 1, c.p.p., ovvero, anche se seguiti da sentenza di proscioglimento per qualsiasi causa, non siano stati convalidati, o ancora siano stati seguiti da provvedimento di archiviazione o da sentenza di non luogo a procedere, sussistono i presupposti

recente pronuncia della Corte costituzionale <sup>(363)</sup> la quale, nel dichiarare la illegittimità costituzionale, questa volta dell'art. 314, comma 3, c.p.p. censurava il meccanismo del condizionamento della riparazione al ricorrere di una sentenza di proscioglimento nel merito. Ove infatti la durata della custodia cautelare ecceda la pena successivamente irrogata in via definitiva, l'ordinamento, al fine di perseguire le finalità del processo e le esigenze di tutela della collettività, impone al reo un sacrificio della libertà che travalica il grado della responsabilità personale. La riparazione dovrebbe dunque anche in tali casi essere consentita, a meno che la mancata corrispondenza tra detenzione cautelare e pena eseguita o eseguibile – se diversa da quella inflitta – consegua a vicende posteriori, connesse al reato o alla pena.

Sebbene ancor oggi residuino spazi per interventi additivi sull'art. 314 c.p.p. che consentano di sottrarlo alle critiche di non allineamento ai precetti della Convenzione europea, il cammino faticosamente messo in atto dal legislatore e dalla Corte costituzionale sembra condurre verso approdi sempre più soddisfacenti, seppur non ancora sufficienti. Basti pensare che il punto di partenza era rappresentato, nel nostro ordinamento, dall'art. 571 c.p.p. abr – il quale prevedeva unicamente una riparazione per errore giudiziario in caso di assoluzione intervenuta in seguito a revisione e solo se il ricorrente fosse stato in grado di fornire prova, date le proprie condizioni economiche, di averne bisogno per sé e per la sua famiglia <sup>(364)</sup> – per apprezzare gli sforzi di adeguamento inaugurati con un primo, timido esordio del 1974 e poi ufficialmente solo con il varo del nuovo codice di rito.

Due aspetti rendevano indifferibile un intervento normativo, che molto ha tardato, invero, a giungere. Il primo riguardava la necessità di predisporre, in ossequio anche alle norme di carattere internazionale, un sistema di riparazione dell'errore giudiziario che prescindesse dalla sua consacrazione in una sentenza

---

analoghi a quelli che hanno condotto il legislatore a qualificare come ingiusta e suscettibile di riparazione la detenzione conseguente a misura cautelare.

<sup>(363)</sup> Corte cost., sent., 20 giugno 2008, n. 219, in *Cass. pen.*, 2008, 4119.

<sup>(364)</sup> In dottrina, anche per una disamina di carattere storico dell'istituto, M. G. COPPETTA, *La riparazione per ingiusta detenzione*, Padova, 1993. Rileva l'inefficienza del sistema delineato dal codice Rocco, P. P. RIVELLO, (voce) *Riparazione per ingiusta detenzione*, in *Dig. disc. pen.*, XII, 1997, 327, il quale evoca la relazione del Guardasigilli sul progetto preliminare del codice di procedura penale (in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, XI, Roma, 1930, 117) secondo cui qualora il compenso pecuniario non avesse trovato giustificazione nello stato di bisogno avrebbe assunto il carattere odioso della speculazione economica.

passata in giudicato <sup>(365)</sup>. Il secondo muoveva dall'idea che la tutela della libertà personale, ingiustamente compressa, esigesse un rimedio compensativo – per quanto ovviamente inidoneo, in qualunque ammontare, a riparare il torto – che fosse addirittura più incisivo di quello offerto dalla norma internazionale, perché inerente anche a quelle situazioni originate da provvedimenti legittimi *ab origine*, ma rivelatisi, nella sostanza, successivamente ingiusti.

Ed altri due ne avevano accidentato il percorso verso una definitiva ed ufficiale proclamazione. Da una parte l'idea, per un po' sopravvissuta anche alla Costituzione repubblicana, che il processo non tendesse alla tutela della innocenza, piuttosto alla difesa della società. Di tale che, in nome di quella funzione ben potevano essere sacrificati i diritti individuali e ben poteva, l'errore giudiziario, essere obliato sotto le mentite spoglie del superiore interesse nazionale <sup>(366)</sup>. Dall'altra, e su un versante attiguo al tema della riparazione per ingiusta detenzione, si colloca la pervicace ostinazione a non introdurre nel nostro paese un sistema moderno di responsabilità del magistrato, nonostante, nel 1987, l'80% dei cittadini si fosse espresso in questo senso. E del resto, basti porre mente al fatto che intorno al concetto di dolo e colpa grave si sono dischiuse interpretazioni giurisprudenziali tanto diverse allorché si tratti di valutare la condotta del magistrato ai sensi della L. 117 del 1987 <sup>(367)</sup> ovvero quella del soggetto illegittimamente detenuto che richieda la riparazione per l'ingiusta detenzione ai sensi dell'art. 314 c.p.p. per comprendere i motivi per i quali se la prima strada,

---

<sup>(365)</sup> L'estrema laconicità dell'art. 24, comma 4, Cost «*la legge determina le condizioni e i modi per la riparazione dell'errore giudiziario*» è stata causa di tormentate esegesi colpevoli di aver mantenuto nel tempo l'idea che la Costituzione avesse offerto protezione solo a quelle *defaillances* giudiziarie estrinsecatesi in un giudicato. In questi termini M. G. COPPETTA, *La riparazione per ingiusta detenzione*, cit., 49; Id., in *Presupposti e garanzie in tema di riparazione per ingiusta detenzione*, in A.A.V.V. a cura di G. CONSO, *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 494.

<sup>(366)</sup> Ancora M.G. COPPETTA, *Presupposti e garanzie in tema di riparazione per ingiusta detenzione*, cit., 494.

<sup>(367)</sup> Secondo Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2006, n. 13000, in *Foro amm.*, CDS, 2006, 9,2473, per esempio, «*in tema di responsabilità civile dei magistrati, l'art. 2 l. 13 aprile 1988 n. 117, nel fissare - a pena di inammissibilità, ai sensi dell'art. 5, comma 3 - i presupposti della domanda risarcitoria contro lo Stato per atto commesso con dolo o colpa dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, esclude possa dare luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto, ovvero di valutazione del fatto e della prova. Né può ritenersi che il giudice sia obbligato a decidere conformemente all'interpretazione già effettuata precedentemente dallo stesso o da altro giudice in relazione ad un'altra controversia*»

così facendo, resta impraticabile (<sup>368</sup>), di certo neppure la seconda, che pure avrebbe dovuto offrire un alleggerimento dell'onere probatorio del ricorrente – non essendogli in tal caso richiesto di dimostrare che l'ingiustizia della detenzione sia riconducibile ad una condotta illecita dell'autorità – risulta facilmente percorribile.

Una lettura degli orientamenti giurisprudenziali in proposito chiarisce come sul terreno dell'interpretazione dell'art. 314 c.p.p. si siano registrate posizioni decisamente restrittive. Se la disposizione legislativa, certamente perfettibile, aveva avuto il merito di tutelare sia le situazioni di ingiustizia che si verificano a prescindere dalla legittimità del provvedimento restrittivo in dipendenza di un esito assolutorio (ovvero in seguito all'intervento additivo della Corte costituzionale del 2008, persino di condanna allorché sia stato superato, in periodo di custodia, il limite della pena concretamente erogata), sia situazioni di ingiustizia che si concretano in violazioni dei diritti fondamentali, indipendentemente dalla responsabilità penale, il ruolo di contenimento operato dalla giurisprudenza ha finito con il ridimensionare fortemente la portata garantista del principio, fornendo interpretazioni del dolo e della colpa grave fortemente riduttive (<sup>369</sup>). Definire gravemente colposa, come ormai la prevalente giurisprudenza, la scelta processuale che si esprime nell'esercizio del diritto al silenzio, alla reticenza o al mendacio, mezzi che l'imputato può legittimamente utilizzare per difendersi, significa svuotare di senso la portata innovativa del precetto e ridurre al minimo la incidenza degli errori giudiziari che in modo evidente si siano comunque consumati allorché risultino integrati gli altri presupposti per l'applicazione del diritto. È stata infatti negata la riparazione nel caso in cui l'esercizio di tale insindacabile diritto abbia

---

<sup>(368)</sup> A ciò si aggiunga che il richiedente, ai sensi della L. 13 aprile 1987, n. 117, deve attivare un procedimento assai defatigante, che comporta anche un vaglio preventivo di ammissibilità. Così P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2007, 385.

<sup>(369)</sup> A legittimare qualche preoccupazione non è tanto la previsione di condizioni ostative al riconoscimento del diritto che si basino sul riconoscimento di una corresponsabilità o di una responsabilità del soggetto ristretto *in vinculis*. In fondo tale previsione non è estranea neppure al sistema delineato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale, all' art. 3, prot. VII, ratificato dall'Italia con L. 9 aprile 1990, n. 98, prevede il venir meno del diritto all'indennizzo ove sia data prova della mancata rivelazione in tempo utile di fatti noti all'indagato capaci di vincere le ragioni della cautela. Piuttosto l'interpretazione occhiatamente riduttiva della nostra giurisprudenza, talvolta percorsa anche da orientamenti di maggiore apertura, ma per lo più incline a mantenere un atteggiamento di salda rigidità nella valutazione delle condotte idonee ad integrare i requisiti del dolo e della colpa grave, determina un sicuro arretramento dal livello di tutela preteso a Strasburgo. Ritiene complice del disorientamento della giurisprudenza di legittimità e costituzionale, il legislatore, colpevole di non aver a riguardo fornito indicazioni utili, C. SANTORIELLO, *La riparazione per ingiusta detenzione*, in A.A.V.V. a cura di G. SPANGHER, C. SANTORIELLO, *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009, 625.

impedito che emergessero subito dati di fatto che, se conosciuti tempestivamente, non avrebbero consentito il determinarsi o il protrarsi della misura cautelare. Si è arrivati persino a ritenere che il silenzio integri la violazione di una norma di prudenza la quale vuole che chi è a conoscenza di circostanze non note, in quel momento, al magistrato, le riveli subito per eliminare la ragione della privazione della libertà <sup>(370)</sup>. A ciò si aggiunga che secondo un recente orientamento della giurisprudenza di legittimità a Sezioni unite, l'operatività del meccanismo dell'esclusione del beneficio per aver dato o concorso a dare causa per dolo o colpa grave alla misura custodiale illegittima, deve ritenersi esteso, nonostante il silenzio serbato in proposito dal legislatore, anche alle ipotesi di illegittimità c.d. formale di cui al comma 2, art. 314, c.p.p. Se il presupposto della assimilazione delle due ipotesi da questo punto di vista può non sembrare di per sé inopportuno, la circostanza che l'interpretazione estensiva dei concetti di dolo e colpa grave possa ricomprendere anche le situazioni di illegittimità *ex ante* della misura induce a pensare che in tal modo si sia operata l'ennesima restrizione dell'ambito di operatività dell'istituto <sup>(371)</sup>.

Si pensi al caso in cui una misura cautelare sia stata disposta ravvisandosi nel caso di specie il pericolo di inquinamento probatorio dedotto, in violazione palese del precetto di cui all'art. 274 c.p.p., lett. a), proprio dal rifiuto della persona sottoposta ad indagine di sottoporsi a interrogatorio.

Ebbene, in un caso del genere, la detenzione sofferta in violazione di legge, non troverebbe alcuna copertura di carattere riparatorio. Ciò in considerazione non solo della citata chiusura giurisprudenziale, ma della selezione a monte operata dal legislatore il quale esclude dal novero delle condotte foriere di obblighi riparatori quelle che si traducono in una non corretta valutazione circa la sussistenza delle

---

<sup>(370)</sup> Cass. pen., sez. IV, 21 febbraio 2008, *Picari*, in CED. Cass., n. 238940; Cass. pen., sez. III, 17 febbraio 2005, *Moni*, in *Cass. pen.*, 2006, 3737; Cass. pen. Sez. IV, 9 maggio 2001, *Bergamin*, in CED. Cass., n. 219490; Cass. pen. Sez. IV, 7 ottobre 1994, *Franceschetto*, ivi, n. 201868. Contrariamente a tali posizioni si colloca un indirizzo minoritario che ha avuto il pregio di evidenziare che «*in materia di riparazione per ingiusta detenzione, non può fondarsi la colpa dell'interessato, idonea ad escludere il diritto all'equa riparazione, solo sul silenzio da questi serbato in sede di interrogatorio davanti al p.m. ed al g.i.p., giacché la scelta difensiva di avvalersi della facoltà di non rispondere non può valere ex se per fondare un giudizio positivo di sussistenza della responsabilità per il rispetto che è dovuto alle strategie difensive che abbia ritenuto di adottare chi è stato privato della libertà personale, anche qualora a tali strategie difensive possa attribuirsi, a posteriori, un contributo negativo di non chiarificazione del quadro probatorio legittimante la privazione della libertà*», cfr Cass. pen. Sez. IV, 4 ottobre 2005, *Soreca*, in CED. Cass., n. 232821; da ultimo Id., 15 giugno 2010, *M.T.*, n. 25605 in *Dir. giust.*, 2010.

<sup>(371)</sup> Cfr Cass. pen., Sez. un., 30 agosto 2010, n. 32383, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1155.

esigenze cautelari <sup>(372)</sup>. Si ritiene che, in tal caso, la discrezionalità che presiede tale momento valutativo, debba essere sottratta a controllo successivo <sup>(373)</sup>. Invero, come correttamente osservato, « *a parte la considerazione che nel conflitto tra difficoltà di origini economiche e tutela della libertà personale non si possano nutrire dubbi su quale dei due interessi debba prevalere, l'esclusione operata dal legislatore non sembra fondata neppure sotto un profilo tecnico giuridico* » <sup>(374)</sup>. In tali termini la pretesa di differenziare la tipologia dell'accertamento del giudice in considerazione dell'oggetto – gravi indizi di colpevolezza da una parte, esigenze cautelari, dall'altra – ritenendo che solo nel primo caso i parametri legislativi da seguire siano più stringenti, potendosi, al contrario, provvedere in quasi assoluta libertà alla ponderazione del secondo caso, lascia più che perplessi, specie ove si ponga attenzione alla configurazione normativa dell'art. 274 c.p.p., alla quasi pedante specificazione dei casi in esso contenuti ed al parallelo obbligo di estensione degli stessi nella motivazione del provvedimento, a pena di nullità rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art. 292, comma 2, lett. c), c.p.p. Se dunque l'opera valutativa del giudicante deve risultare conforme alla minuziosa griglia di presupposti normativi predeterminati anche con riguardo all'accertamento della sussistenza delle esigenze cautelari, non è dato rinvenire alcuna discrezionalità più ampia da sottrarre al controllo successivo del giudice investito dell'istanza di

---

<sup>(372)</sup> Ed infatti in base all'art. 314, comma 2, c.p.p. soltanto la violazione degli artt. 273 c.p.p. o 280 c.p.p. può far sorgere il diritto alla riparazione. Ne restano escluse non solo le esigenze cautelari, ma anche una errata ponderazione dei criteri di proporzionalità ed adeguatezza. Si tratta di un'opzione decisamente riduttiva rispetto a quella accolta dall'art. 314, comma 2, c.p.p. del progetto preliminare che attribuiva il diritto alla riparazione qualora fosse stato accertato con decisione irrevocabile che la misura cautelare era stata emessa senza che sussistessero le condizioni per legittimarla. Critico nei confronti di una tale limitazione, P.P. RIVELLO, (voce) *Riparazione*, cit., 337.

<sup>(373)</sup> Secondo, Cass. pen., sez. VI, 19 aprile 1996, n.1700, *Giannitto*, in *Cass. pen.*, 1997, 3124, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 314, comma 2, c.p.p., con riguardo agli artt. 3, 13 e 24 cost., nella parte in cui non prevede la riparazione per ingiusta detenzione anche nell'ipotesi in cui risulti accertato che il provvedimento restrittivo della libertà è stato emesso e mantenuto senza che sussistessero le esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p. Invero è, per la Corte, evidente la differenza di situazione tra il soggetto che soffre limitazione della libertà nella carenza di gravi indizi di colpevolezza ovvero in presenza di una causa di giustificazione, di non punibilità, di estinzione del reato o della pena oppure quando manchino le condizioni di applicabilità di cui all'art. 273 c.p.p. - che è situazione obiettivamente ed irrevocabilmente accertabile - rispetto a quella di chi venga invece sottoposta alla custodia cautelare in assenza delle esigenze cautelari o ricorrendo inadeguatezza delle misure prescelte: essendo tale situazione transitoria e modificabile nelle diverse fasi del processo non è ipotizzabile la denunciata disparità di trattamento. In dottrina, P.P. RIVELLO, (voce) *La riparazione*, cit., 338, suggerisce quantomeno la fissazione di una soglia rappresentata dalla palese insussistenza delle esigenze cautelari.

<sup>(374)</sup> Così F.M. MOLINARI, *Considerazioni in tema di riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 04, 974

riparazione per una detenzione che sia stata patita in conseguenza di una patente violazione di quei criteri da parte del magistrato.

Ebbene comparando sotto questo profilo la normativa interna con la Convenzione europea emerge la necessità di svolgere talune precisazioni.

Si è già detto come il legislatore dell'88, ormai indifferibile un intervento nella materia *de qua*, abbia elevato, rispetto alla parallela disposizione internazionale, il livello di garanzia offrendo una riposta, in termini di compensazione, anche a tutte quelle situazioni che pur rilevatesi *ab origine* legittime, siano risultate ingiuste, da un punto di vista sostanziale, per l'effetto di talune pronunce successive <sup>(375)</sup>.

Ciò detto, il confronto andrà condotto unicamente in base al secondo comma dell'art. 314 c.p.p. che costituisce proiezione immediata, sul piano interno, della disposizione dell'art. 5, §5, Cedu.

In una tale prospettiva occorre allora verificare se la citata chiusura giurisprudenziale, così come la selezione legislativa delle ipotesi in cui la illegittimità *lato sensu* della cautela costituisca presupposto per la riparazione, possano condurre ad un giudizio di sufficienza tenuto conto dei principi elaborati a Strasburgo.

Come più volte affermato, l'art. 5, §1, lett. c), Cedu, non ritiene indispensabile ai fini della emissione del provvedimento coercitivo la contemporanea ricorrenza del *reasonable suspicion* e dei *pericula libertatis*.

Da essi non potrà prescindere il giudice, tuttavia, allorché sia chiamato a verificare la legittimità del mantenimento dello stato detentivo. Essa, infatti, non potrà più dipendere dalla gravità originaria del quadro indiziario, ma, proprio in ragione della tutela della presunzione di innocenza, dovrà essere sorretta dal ricorrere di ulteriori motivi – le esigenze cautelari per l'appunto – che giustifichino il perdurare del vincolo custodiale.

---

<sup>(375)</sup> Ed infatti, vigente la pregressa disciplina, l'Italia aveva ricevuto condanne e moniti da parte degli organi europei. In occasione della composizione amichevole del caso Naldi (rich. 9920/82), la Commissione nel proprio rapporto del 11 maggio 1985 aveva verbalizzato l'impegno del Governo italiano a sottoporre al Parlamento una legge che prevedesse un rimedio compensativo per tutti i casi di detenzione poi rivelatisi ingiusti. Non ancora intervenuta (*rectius* non essendo ancora in vigore) quando la Corte si trovò ad affrontare il caso Ciulla c. Italia (cfr Corte EDU, 22 febbraio 1989) in quella occasione il regime precedente fu giudicato assolutamente insufficiente e l'Italia condannata per violazione dell'art. 5, §5, Cedu.

A differenza di altri rimedi, quali il diritto *to take proceedings*, la cui violazione prescinde, come detto, dalla legittimità o meno del provvedimento restrittivo, il diritto sancito al § 5 risulta, di contro, intimamente connesso proprio alla verifica della *unlawfulness* dello stato detentivo, in ognuna delle sue forme di manifestazione <sup>(376)</sup>. Ed infatti a giustificare il sorgere del *right to compensation* sono due possibili violazioni: la prima concerne situazioni in cui la persona è stata detenuta nonostante, al contrario, dovesse essere liberata. In tale categoria rientrano sia le violazioni dell'art. 5,§1, Cedu, sia quelle inerenti il §3. Dall'altra parte vengono in considerazione i c.d. *mistakes of formale nature*, che si verificano allorché il sospettato non sia stato tradotto innanzi ad un giudice, o vi siano stati *deficit* informativi in violazione del §2, art. 5, Cedu <sup>(377)</sup>.

Dunque, l'intero scenario delle possibili violazioni, anche quelle di carattere procedurale, consumate in relazione alla vicenda cautelare è idoneo a far sorgere, secondo il modello convenzionale, il diritto alla compensazione. Tra di esse vanno annoverate anche quelle che si traducono in una violazione del criterio della ragionevole durata della detenzione che non trovano nell'art. 314 c.p.p. alcun rimedio di carattere compensativo.

Ciò detto il nostro sistema risulta ancora, nonostante i pur lodevoli passi avanti nella direzione di un allineamento con la Convenzione europea, estremamente deficitario. In tal senso, dunque, allorché venga accertata la violazione delle regole di valutazione indicate dal codice per la verifica della sussistenza delle esigenze cautelari, così come quella inerente alcune garanzie di carattere procedurale idonee a determinare la illegittimità del procedimento cautelare, il diniego di riparazione che consegue alle limitate potenzialità offerte dagli artt. 314 e 315 c.p.p., potrebbe andare incontro ad una censura da parte degli organi europei, per inadempimento dell'art. 5,§5, Cedu. Del resto non sono mancate decisioni di condanna <sup>(378)</sup>. In un caso sottoposto nel 2005 all'attenzione della Corte, il ricorrente lamentava che il sistema giuridico italiano non permette alcun rimedio compensativo a fronte di una illegittimità della *detention on remand* che sia stata consumata per violazione dell'art. 5,§4, Cedu, essendo stato

---

<sup>(376)</sup> In questi termini concludeva, per esempio, al § 82, Corte EDU, 24 ottobre 1994, Murray c. Inghilterra, ritenendo che: « *as the Court has found no violation of Article 5 paras. 1 or 2 (art. 5-1, art. 5-2), no issue arises under Article 5 para. 5 (art. 5-5). There has accordingly been no violation of this latter provision in the present case*».

<sup>(377)</sup> Distingue tali situazioni S. TRESCHSEL, *Human rights*, cit., 497.

<sup>(378)</sup> In argomento, cfr Corte EDU, 9 giugno 2005, Picaro c. Italia, §§ 72 e ss.

eccessivamente lungo il periodo di tempo impiegato dalla Corte di cassazione per decidere sulla legittimità della propria misura cautelare. Nel caso di specie, essendo il ricorrente stato condannato, l'ipotesi dell'art. 314, comma 1, c.p.p. non si sarebbe potuta applicare, restandogli unicamente la strada del secondo comma, preclusa, tuttavia dalla impossibilità di far valere, in base ad essa, la citata violazione. Ebbene, la Corte in tale occasione ricordava che l'art.5,§5, Cedu, consente il diritto alla riparazione ogni qual volta sia accertata una violazione dell'art. 5, §§ 1, 2, 3, 4, Cedu o da parte di una autorità nazionale ovvero da parte della stessa Corte. Nel caso di specie era stata riscontrata per l'appunto una violazione dell'art. 5,§ 4, Cedu. E tale circostanza per i giudici di Strasburgo non permetteva al ricorrente di ottenere alcun beneficio, in termini compensativi, da parte dello Stato italiano. Ed infatti essendo stato condannato ad una pena detentiva più lunga della sua custodia, nessun rimedio avrebbe potuto introdurre nell'ordinamento interno, risultando tra l'altro assolutamente inadeguato quello previsto dalla L. 117 del 1987 ed invocato dal Governo come soluzione sufficiente per tutti i casi non compresi nel catalogo del codice di rito, essendo, quest'ultimo, subordinato alla *probatio diabolica* del dolo o della colpa grave perpetrata dalle autorità. Questi i motivi per i quali la Corte, analizzati i *deficit* del nostro sistema, non poteva che concludere per la violazione dell'art. 5, §5, Cedu (<sup>379</sup>).

---

<sup>(379)</sup> Per quanto specificamente riguarda la lesione dell'art. 5,§5, Cedu sotto il profilo della inadeguatezza del sistema delineato dal codice di rito con riguardo alla irrilevanza di situazioni di illegittimità della detenzione in dipendenza di una non corretta valutazione della sussistenza delle esigenze cautelari, la Corte si è pronunciata di recente con una sentenza del 2002. Cfr. Corte EDU, 18 dicembre 2002, N.C. c. Italia, § 40 e ss. In tale occasione i giudici di Strasburgo non concludevano per la violazione dell'art. 5, §5, Cedu, non già perché in astratto non avessero rilevato la inidoneità del sistema dei rimedi interni a garantire un sufficiente trattamento compensativo in assenza di una previsione sulla rilevanza della violazione dell'art. 274 c.p.p., ma perché nel caso concreto, essendo stato il ricorrente assolto, ben si sarebbe potuto avvalere del rimedio offerto dall'art. 314, comma 1, c.p.p. Dunque, *rebus sic stantibus*, non è inimmaginabile che nel caso di condanna nel merito, possa esservi spazio per una declaratoria di segno contrario, allorché, inidoneo il rimedio dell'art. 314 c.p.p., non sia possibile ricorrere ai sensi dell'art. 314, comma 2, c.p.p. Ovvio che, in tale ultima ipotesi, è necessario che con la condanna sia stata inflitta una pena superiore al periodo di tempo trascorso in presofferto, giusta la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 314 ad opera della citata sentenza 219 del 20 giugno 2008 che oggi permette la riparazione allorché il periodo di tempo trascorso in custodia cautelare superi quello complessivamente inflitto come pena definitiva.

## CAPITOLO IV

### IL TEMPO

SOMMARIO: 1.PREMESSA. IL *TEMPO* NEL PROCEDIMENTO CAUTELARE: LIMITE DEL POTERE COERCITIVO, PROVA DI RESISTENZA DELLA PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA, OBIETTIVO DI EFFICIENZA – 2. LA RAGIONEVOLE DURATA DELLA DETENZIONE TRA L’OBBLIGO DI COSTANTE REVISIONE DEI PRESUPPOSTI APPLICATIVI, IMMOBILISMO DEL GIUDICATO CAUTELARE E PREDETERMINAZIONE LEGALE DEI TERMINI MASSIMI – 3.L’INSUFFICIENZA DELL’APPELLO E DEL RICORSO PER CASSAZIONE *DE LIBERTATE* SUL PIANO DELLA RAGIONEVOLE DURATA DELLA *DETENTION ON REMAND* – 4. LA DURATA DELLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA: LA TENTAZIONE DEL *PUNIRE*, IL DISAGIO DELL’*ATTENDERE*. PRINCIPIO DELL’ASSORBIMENTO ED ESECUZIONE DELLA SENTENZA DI PRIMO GRADO.

1. PREMESSA. IL *TEMPO* NEL PROCEDIMENTO CAUTELARE: LIMITE DEL POTERE COERCITIVO, PROVA DI RESISTENZA DELLA PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA, OBIETTIVO DI EFFICIENZA.

L’analisi fin qui condotta ha consentito l’affiorare di molteplici spunti di riflessione sul tema delle garanzie da assicurare al soggetto raggiunto da un provvedimento custodiale *pre trial* in una prospettiva di comparazione tra i risultati raggiunti dalla giurisprudenza europea con i principi accolti nell’ordinamento italiano. Ed è proprio da un tale angolo visuale che, in chiusura, appare necessario

tirare le somme di un ragionamento che, fino ad ora, pur protagonista, è rimasto in un costante sottofondo.

Ci si riferisce al *tempo*, che è carta di identità della cautela, unità di misura del rispetto del principio della presunzione di non colpevolezza, *leit motiv* dell'intera procedura incidentale.

Esso è destinato ad assumere le sembianze più varie: si parla di tempo della cautela quando si risponde all'interrogativo "*quanto si può pretendere di mantenere in carcere un presunto innocente*"; quando ci si chiede "*quanto dovrà attendere l'imputato in vinculis per ottenere una revisione del titolo cautelare*", "*per quanto godrà del trattamento processuale riservato al non colpevole*".

Analizzando gli aspetti sostanziali e dinamici del fenomeno cautelare, è già emersa la profonda distanza concettuale ed il conseguente diverso atteggiamento maturato, sul piano interno ed internazionale, con riguardo alla rilevanza del tempo.

Nei paragrafi che seguono sarà messa in evidenza la triplice fisionomia che assume la questione del tempo nella vicenda cautelare.

Quanto alla prima domanda, la Corte europea risponde "*solo finché, previ accertamenti costanti e ad intervalli regolari, il mantenimento dello status custodiae risulti giustificato dall'emergere di nuove risultanze*". Alla seconda, "*speedly*"; alla terza "*fino alla sentenza di condanna emessa in primo grado all'esito di un fair trial*".

Prendendo le mosse proprio dalla risposta offerta sul piano internazionale al primo degli interrogativi enunciati in premessa, emerge con obiettiva chiarezza la distanza di prospettiva tra l'interpretazione fatta propria dai giudici di Strasburgo e quella seguita dalla giurisprudenza interna. Le sentenze della Corte europea assegnano infatti al mero trascorrere del tempo il ruolo di un naturale fattore di depotenziamento delle esigenze di mantenimento del vincolo custodiale. La rilevanza degli elementi che hanno originariamente legittimato l'adozione del provvedimento restrittivo, infatti, sembra destinata ad affievolirsi, con la conseguenza che la sua protrazione esige, sul piano dell'accertamento dei presupposti giustificativi, l'emergere di nuove risultanze. Esse saranno oggetto di uno scrutinio costante, ad intervalli regolari, capace di mettere in luce, se vi

fossero, quegli elementi giustificativi che si aggiungono ai presupposti originari dai quali era stata tratta la legittimazione all'emissione del titolo privativo <sup>(380)</sup>.

Si è già evidenziato come tale obiettivo, la revisione ad intervalli regolari, faccia da contrappeso ad una iniziale *deminutio* di garanzie, che si ricollega precipuamente alla sufficienza *ab origine* della accertata sussistenza di un *reasonable suspicion of having committed an offence*, senza che alcun ruolo condizionante possa essere esercitato, nelle premesse della vicenda custodiale, dalla verifica delle esigenze cautelari. E tuttavia, sebbene le ordinanze emesse dai giudici italiani debbano contenere, a pena di nullità, una articolata motivazione proprio sulla contemporanea ricorrenza, fin dall'inizio, di un quadro indiziario *grave* e non solo *sufficiente*, e della specifica allegazione di uno dei tre *pericula libertatis* enunciati dall'art. 274 c.p.p., il disconoscimento di un rilievo autonomo al *tempo* nella prospettiva di una revisione dei presupposti applicativi della misura e la pervicace ostinazione della giurisprudenza interna a negarne qualsivoglia efficacia neutralizzante <sup>(381)</sup>, ostacola non solo l'obiettivo di armonizzazione con i principi elaborati dai giudici di Strasburgo, ma finanche quello di una maggiore protezione del principio della presunzione di non colpevolezza.

È indubitabile che, in una dimensione non psicologica ma normativa del principio in parola <sup>(382)</sup>, il *tempo* costituisca la cartina di tornasole attraverso la quale misurare il livello di impegno e l'efficacia dei risultati che un ordinamento è

---

<sup>(380)</sup> In dottrina TRECHSEL, *Human rights*, cit., 522 il quale sottolinea che « *the persistence of reasonable suspicion that the person arrested has committed an offence is a conditio sine qua non for the validity of the continued detention, but after a certain amount of time has elapsed, it is no longer sufficient: where such grounds were relevant and sufficient, the Court must also ascertain whether the competent legal authorities displayed special diligence in the conduct of proceedings* ». Si tratta di un orientamento a tal punto radicato nella giurisprudenza degli organi europei da poter essere considerato alla stregua di *ius receptum*. Cfr., quale espressione recente, tra molte altre, del principio appena espresso, anche Corte EDU, 10 marzo 2009, *Bikov c. Russia*, §64.

<sup>(381)</sup> La Corte di Cassazione infatti, come più volte ricordato esclude che il tempo possa avere una rilevanza autonoma al fine della graduazione ovvero della attenuazione delle esigenze cautelari. Di tal che tale elemento potrà essere apprezzato nella procedura di revisione solo ove concorra anche con altri fattori. Si rinvia a Cass. pen., sez. III, 17 dicembre 1999, *Dersziova*, in CED Cass. pen. 213001; Cass. pen., sez. IV, 18 giugno 1997, *p.m. in c. Fanari*, in CED Cass. pen., 207783; Cass. pen., sez. VI, 2 maggio 1997, *Serrapica*, in CED Cass. pen., 208111.

<sup>(382)</sup> Con il termine concezione psicologica della presunzione di non colpevolezza ci si riferisce all'atteggiamento, psicologico appunto, assunto dagli organi giudiziari coinvolti nella dinamica cautelare, i quali ritengono l'indagato come "probabile colpevole". In tal caso la presunzione di non colpevolezza viene concepita alla stregua di una grandezza variabile, destinata ad assottigliarsi, come vedremo *infra*, man mano che si progredisce in stadi processuali che presuppongono lo stabilirsi progressivo dell'ipotesi di accusa. Al contrario, secondo una concezione normativa della presunzione di non colpevolezza, recepita dalla carta costituzionale, essa appare come una grandezza costante e cioè il frutto di una precisa scelta politico ideologica non indebolita dalla evoluzione delle conoscenze processuali. In argomento, da ultimo, P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 88 e ss.

in grado di realizzare per evitare indebite sovrapposizioni tra cautelare e punire. E deve quindi poter assumere anche autonoma considerazione sul piano dell'apprezzamento delle situazioni idonee a determinare una significativa attenuazione delle esigenze che giustificano la protrazione dello stato detentivo.

A tal riguardo, la predisposizione di limiti massimi di durata della custodia cautelare, fissati dal legislatore, così come l'immobilismo del giudicato cautelare, non possono essere considerati strumenti altrettanto validi, a dispetto della revisione ad intervalli regolari e di un apprezzamento autonomo del *tempo*, a consentire una protezione adeguata alla presunzione di innocenza.

D'altra parte, quanto alla rilevanza del *tempo* sul piano squisitamente procedurale (dunque spostandosi sul piano del secondo degli interrogativi proposti in premessa), l'imperativo della speditezza che riflette l'esigenza, ancora una volta, di evitare compressioni di libertà personale giustificate da provvedimenti destinati a giacere nel limbo di controlli rarefatti, si estrinseca nella messa a punto, da parte della Corte europea, di una linea interpretativa estremamente rigorosa a riguardo. Essa muove dall'idea che proprio il rispetto, ancora una volta, del principio della presunzione di innocenza, comporti il rigetto di soluzioni normative o di carenze strutturali forieri di ingiustificate lentezze nelle procedure di controllo. Del resto tale monito si lega, anche, ma non solo, all'effetto della immediata scarcerazione in presenza di una accertata illegittimità del titolo custodiale, che potrebbe intervenire davvero troppo tardi ove la detenzione sia stata considerata, in sede di controllo, *ab origine*, ingiustificata o scorretta. Ebbene, nonostante il fine virtuoso di dotarsi di una molteplicità di controlli *de libertate*, il nostro ordinamento non è in grado di assicurare, se non per il riesame, caratterizzato da un ritmo serrato e reso efficace dalla previsione di effetti caducatori in caso di inadempimento, una tempistica celere per quanto riguarda gli altri rimedi: la revoca, l'appello e il ricorso per cassazione. Da ciò numerose le condanne emesse a Strasburgo a carico dell'Italia.

Quanto al terzo ed ultimo aspetto inerente la questione della rilevanza del tempo nel procedimento cautelare, vale a dire quello della durata della *detention on remand*, si registrano, nei due sistemi a confronto, soluzioni estremamente diversificate. Ed infatti, sul piano internazionale, tacendo, a riguardo, la Convenzione, la Corte è giunta ad affermare che la detenzione cautelare cessa con l'intervento della prima sentenza di condanna, ancorché soggetta ad impugnazione. Niente a che vedere, dunque, con l'idea, tradotta in precetto costituzionale, di una

presunzione di non colpevolezza che, sia come regola di trattamento, sia come regola di giudizio, resta valida fino a che la decisione sul merito dell'ipotesi di accusa non divenga, se non con revisione, irretrattabile.

Se quindi il nostro ordinamento si fa interprete di una sensibilità certamente più accorta nel dare ingresso ad una concezione forte del principio di non colpevolezza, capace di resistere fino alla conclusione definitiva del processo penale, essa tuttavia è destinata ad assumere configurazioni sempre nuove sul piano della pratica attuazione dello stesso. Si vuol dire che il progredire della vicenda processuale segnata da pronunce di condanna in primo, in secondo ed infine in terzo grado favorisce il sorgere di evoluzioni, normative e giurisprudenziali, tendenti a comprimere lo spazio che una esecuzione rispettosa dell'enunciato costituzionale avrebbe dovuto al contrario garantire. Cosa che si compie nell'assegnare un ruolo sempre più incisivo alla sentenza provvisoria di condanna sul piano della differenziazione del trattamento cautelare, finendo col trasformare la presunzione di innocenza in una presunzione di colpevolezza.

La tendenza, sollecitata anche da una opinione pubblica disorientata dai tempi lunghi di un accertamento sul merito delle accuse, ad anticipare la esecuzione della pena, esprime, anche nel nostro ordinamento, l'esistenza, al di là di ufficiali proclamazioni di principio esposte sotto la copertura dell'art. 27 comma 2 c.p.p., di un disagio dell'*attendere*, di una tentazione del *punire* che trovano conferma da una parte nella adesione ad una concezione eminentemente psicologica della presunzione, dall'altra nell'obiettivo diretto a dilatare le maglie del principio dell'assorbimento del *fumus commissi delicti* nelle pronunce di condanna.

## 2. LA RAGIONEVOLE DURATA DELLA DETENZIONE TRA L'OBBLIGO DI COSTANTE REVISIONE DEI PRESUPPOSTI APPLICATIVI, IMMOBILISMO DEL GIUDICATO CAUTELARE E PREDETERMINAZIONE LEGALE DEI TERMINI MASSIMI.

Di fonte giurisprudenziale, il giudicato cautelare, consacra, in una con la predeterminazione legale dei termini massimi di durata della misura cautelare, la distanza dall'impegno, sviluppato negli argomenti delle sentenze europee, ad una revisione, ad intervalli regolari, del *titulum custodiae* in occasione del quale il

*tempo* assume, come ricordato, una caratterizzazione autonoma, svincolata dall'accertamento contestuale di elementi di univoco significato *pro libertate*.

In assenza di un controllo, in contraddittorio, sulla persistenza delle esigenze cautelari ed in presenza di un sistema di revisione incentrato sul modello delle impugnazioni, il pericolo di una censura ripetuta del titolo cautelare da parte dell'imputato e di una conseguente incertezza circa la stabilizzazione degli effetti delle pronunce rese sul *thema libertatis*, ha indotto la giurisprudenza ad estendere analogicamente quell'effetto preclusivo del giudicato sancito, per il merito, dall'art. 649 c.p.p. <sup>(383)</sup>. Così facendo viene interdetto al giudice di valutare nuovamente le questioni già esaminate in una precedente impugnazione cautelare, non rilevando in alcun modo che tra la prima e la seconda impugnazione sia trascorso un lasso di tempo idoneo di per sé, secondo i *dicta* di Strasburgo, a giustificare l'emissione di un provvedimento di segno contrario a quello originario. Resta salva e scoperta dalla decisione definitiva l'emersione di un *novum* in punto di fatto e di diritto capace di superare il valico del giudicato. Ebbene, in un primo momento, la giurisprudenza negava la possibilità per il detenuto in stato di custodia cautelare di attivare una istanza di revoca della misura che non fosse basata, all'esito delle impugnazioni proposte e stabilizzatesi in un giudicato, proprio sul ricorrere di fatti nuovi, sopravvenuti <sup>(384)</sup>.

A stemperare la rigidità di una tale impostazione, l'orientamento attuale restringe la portata preclusiva del giudicato alle sole questioni dedotte non già a quelle deducibili <sup>(385)</sup>. Di tal che, se nessuna impugnazione sia stata proposta

---

<sup>(383)</sup> Di operazione ermeneutica audace parla P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 383. In argomento, significativo il contributo di G. PIERRO, *Il giudicato cautelare*, cit.

<sup>(384)</sup> Si riteneva infatti che vi fosse una generica preclusione conseguente alla irrevocabilità delle decisioni *de libertate*, sia per esperimento ed esaurimento dei gravami, peraltro prescindendo dai loro contenuti, sia per mancata impugnazione dell'ordinanza. L'art. 299 c.p.p. doveva essere interpretato con riferimento al principio generale immanente nel sistema processual penalistico, secondo il quale ai provvedimenti giurisdizionali si deve riconoscere una vincolatività e una definitività della decisione adottata dopo che siano stati esperiti i mezzi di impugnazione previsti o dopo che si sia decaduti dalle facoltà di esperirli. Dunque si ammetteva per la revoca l'esistenza di una preclusione processuale alla riproposizione e al riesame delle questioni inerenti le condizioni di applicabilità della misura che erano state o potevano essere state esaminate con i mezzi di gravame previsti dall'ordinamento. Solo la sopravvenienza di fatti nuovi poteva consentire il superamento di tale preclusione. Questo orientamento è stato espresso anche, tra le tante, da Cass. pen., sez. V, 13 marzo 1998, *Internicola*, in CED Cass. pen., 210589; Cass. pen., sez. IV, 28 maggio 1997, *Vieira Meirelles*, in CED Cass. pen., 207662; Cass. pen., sez. I, 22 febbraio 1994, *Di Stefano*, in CED Cass. pen., 196552.

<sup>(385)</sup> Cfr Cass. pen., sez. II, 14 novembre 2007, *Lucarelli*, in *Giur. it.* 2008, 1494; Cass. pen., sez. V, 24 giugno 2004, *Artale*, in CED Cass. pen., 228897. Un certo rigore mostrava Cass. pen., sez. Un., 19 dicembre 2006, *L.*, in *Cass. pen.*, 2007, 3229, la quale, nel ribadire che le

dall'interessato la richiesta di revoca non è interdetta per il solo fatto che questioni non dedotte non siano state oggetto di un apposito gravame ed abbiano, in conseguenza, raggiunto una sorta di stabilità. Pertanto il giudice investito di una richiesta ai sensi dell'art. 299 c.p.p. ben potrebbe rivalutare nel complesso il quadro probatorio pur in assenza di nuove sopravvenienze di fatto <sup>(386)</sup>. Nonostante che una siffatta apertura riduca notevolmente le maglie del giudicato cautelare la tendenza a ritenere precluse ad una nuova verifica anche quelle questioni che, pur non enunciate in modo specifico in un motivo di gravame, integrino il presupposto logico di quelle dedotte, impedisce nella sostanza un adeguato adempimento a quel monito di costante revisione proveniente dalla giurisprudenza degli organi europei. L'effetto di cristallizzazione che si viene ottenendo per tale via ostacola la realizzazione di una revisione che sia basata sulle stesse questioni già trattate, riproposte unicamente a distanza di un tempo congruo a ridurre o ad attenuare la portata stessa delle esigenze cautelari.

In un tale contesto, neppure la predeterminazione legale di termini massimi da parte del legislatore costituisce un valido strumento per sopperire alle rilevate carenze valutative, da parte del giudice della cautela, in ordine alla autonoma rilevanza da attribuire al trascorrere del tempo. Un siffatto sistema sembra proporre una equazione, sconosciuta agli organi di Strasburgo, tra ragionevolezza dello *status detentionis* e rispetto dei termini di durata della custodia cautelare <sup>(387)</sup>. Di

---

ordinanze cautelari impugnate, una volta esauriti i rimedi previsti *ex lege*, hanno efficacia preclusiva endoprocedimentale riguardo alle questioni esplicitamente o implicitamente dedotte, escludeva, tuttavia, che il mero sopravvenire di un orientamento giurisprudenziale di legittimità diverso da quello seguito dall'ordinanza che ha deciso la questione controversa, potesse superare tale preclusione.

<sup>(386)</sup> Del resto ciò si pone in linea con lo stesso dettato codicistico allorché, introdotto il comma 3 – *ter* all'art. 299 c.p.p. ( con la L. 8 agosto 1995, n. 332), si è ritenuto che la doverosità o la facoltatività dell'interrogatorio in sede di revoca dipendessero, per l'appunto, dal ricorrere o meno di un *novum*. Di qui l'argomento secondo il quale se il giudice *de libertate* deve disporre la revoca *anche* sulla scorta di fatti sopravvenuti, ciò significa che il suo convincimento possa formarsi anche a prescindere da essi secondo un modello di revoca *ex tunc*. In dottrina, M. BARGIS, *Procedimento de libertate e giudicato cautelare*, in Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale tenutosi a Mattinata il 25-27 settembre 1998 su presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni, Milano, 2000, 183 e ss. e P.P. RIVELLO, *Il giudicato cautelare e le interconnessioni tra processo penale e processo penale militare*, in *Cass. pen.*, 1996, 2689. *Contra* D. POTETTI, *Riesame appello e revoca in tema di misure cautelari: una convivenza difficile*, cit., 2928, il quale ritiene, invece, che se con l'istituto della revoca potesse essere rivisto tutto ciò che è rivedibile in sede di riesame, il primo assorbirebbe completamente l'ambito del secondo.

<sup>(387)</sup> Seppur *incidenter tantum*, anche la Consulta nel dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 303, comma 2, c.p.p. nella parte in cui non consentiva di computare ai fini della determinazione dei termini massimi di durata a mente dell'art. 304, comma 6, c.p.p. i periodi di custodia cautelare sofferti in fasi o gradi diversi da quella in cui il procedimento era regredito,

contro, la giurisprudenza europea collega ad altri parametri la verifica della ragionevolezza del mantenimento della privazione di libertà *ante iudicatum*. Essa infatti cessa di essere ragionevole e, per ciò immediatamente *unlawfull* nel momento in cui, al trascorrere del tempo, le autorità non siano in grado di affiancare la sussistenza di ragioni ulteriori che, in aggiunta a quelle che in origine avevano segnato la necessità di procedere alla misura custodiale, giustificano il perdurare di uno strumento coercitivo, altrimenti in aperta tensione con il principio della presunzione di innocenza.

In particolare la Corte indica la strada da intraprendere perché possa dirsi rispettato il principio della ragionevole durata della custodia cautelare, mediante la predisposizione di un percorso a doppia direzione. Da un lato, infatti, impone alle autorità degli Stati contraenti di verificare la persistenza di “ *relevant and sufficient grounds*”, dall’altro prescrive agli stessi di allinearsi ad un livello di “ *special diligence in the conduct of the proceedings*”. Il periodo di detenzione considerato dalla Corte decorre dal momento dell’arresto fino al momento del rilascio ed in ogni caso, come vedremo, non si spinge oltre la sentenza di condanna in primo grado. Ciò detto, nel determinare il concetto di *ragionevolezza* della durata della *pre trial detention*, la Corte non ha mai accettato l’idea di un termine di durata massimo *in abstracto*, ricorrendo piuttosto a parametri che siano in grado di consentire uno scrutinio sulla correttezza in concreto delle decisioni assunte dagli Stati contraenti <sup>(388)</sup>. In primo luogo emerge alla superficie in molte decisioni degli organi europei, soprattutto a partire dagli anni ’90 <sup>(389)</sup>, l’estrema difficoltà incontrata dai giudici internazionali nella individuazione del punto di equilibrio raggiungibile, e raggiunto di volta in volta, tra esigenze del singolo e della collettività. La Corte, infatti, chiamata a verificare se il sacrificio imposto alla libertà personale trovi adeguata giustificazione nella necessità di tutelare, per il

---

riteneva che la tutela della libertà personale fosse proprio assicurata dalla predeterminazione dei termini massimi di fase, con la precisazione, in quel contesto, che proprio la tutela della libertà personale quale valore unitario, non potesse subire deroghe o eccezioni riferite a particolari e contingenti vicende processuali ovvero desunte da una ricostruzione dell’attuale sistema processuale che non consenta di tenere conto di periodi massimi comunque sofferti. Così, Corte cost., sent., 22 luglio 2005, n. 299, in *Giur. cost.*, 2005, 2917 con nota di M. CERESA GASTALDO, *Sull’operatività del termine «massimo di fase» ex art 304, comma, 6, c.p.p. in caso di regressione del procedimento: è costituzionalmente illegittimo l’art. 303, comma 2, c.p.p. nella parte in cui non consente il computo della custodia cautelare sofferta nelle fasi diverse.*, *ivi*, 2940.

<sup>(388)</sup> Corte EDU, W c. Svizzera, § 30; Stögmüller c. Austria, §4; Wemhoff c. Germania, § 10.

<sup>(389)</sup> In dottrina, S. TRECHSEL, *Human rights*, cit., 516.

tramite della compressione di tale diritto, beni di più ampia portata, si è spesso diffusa in operazioni ermeneutiche di straordinaria complessità allorché, lungi, come detto, dall'affidarsi a parametri predeterminati, ha preferito muoversi sul terreno, per certi versi più consono, della ricerca di giustificazioni concrete al mantenimento dello stato detentivo per un determinato periodo di tempo. E'facendo propria una tale opzione interpretativa che la Corte fin dal 1969 ha disancorato il concetto di ragionevolezza dal modello meccanicistico della predeterminazione legale di termini massimi. Così, già nel risalente arresto *Stögmüller C. Austria*, si leggeva « *translate this concept (reasonable time) into a fixed number of days, weeks, months or year, or into various periods depending on the seriousness of the offence* »<sup>(390)</sup>.

Dunque l'approccio seguito dalla Corte ha ormai acquisito la stabilità di *jus receptum*: essa è costante nell'affermare che le autorità nazionali debbano assolvere l'impegno di una verifica concreta sulla persistenza nel tempo di quelle esigenze cautelari che ben possono essere introdotte, sulla scena della vicenda cautelare, anche in un secondo momento e pretermesse solo nella fase iniziale dello scrutinio. Così dovrà essere vagliato se persista un pericolo di fuga, di inquinamento probatorio, di reiterazione del reato ovvero se in concreto esista la necessità di perseverare l'ordine pubblico.

Diviene perciò fondamentale che le autorità nazionali esponano espliciti argomenti nelle decisioni di rigetto delle istanze di liberazione che consentano alla Corte europea di verificare – in base allo scrutinio delle ragioni addotte dalle autorità nazionali – se, nel caso di specie, sia stato adeguatamente ponderato l'equilibrio tra interesse pubblico al mantenimento della detenzione ed interesse privato al rilascio. Lo scrutinio della Corte, infatti, non si estende alla verifica della correttezza delle ragioni addotte dagli Stati contraenti nel processo instaurato dal ricorrente innanzi agli organi europei, ma a quelle originariamente estese nei provvedimenti inerenti la vicenda cautelare<sup>(391)</sup>.

A tal riguardo non sono state considerate alla stregua di “*sufficient grounds*” mere formule di stile o motivazioni *per relationem* così come non sono

---

<sup>(390)</sup> Una tale prospettiva è adottata persino dalla Rec 13 (2006) del Comitato dei Ministri degli Stati membri «*on the use of remand in custody the condition in which it takes place and the provision of safeguards against abuse*» il cui art. 17 così recita: « *the existence of continued justification for remand in custody shall be periodical reviewed [...]* ». In dottrina, anche M. MACOVIEL, *The right to liberty and security of person*, cit., 34

<sup>(391)</sup> Sul punto ancora S. TRECHSEL, *Human rights*, cit., 524.

state ritenute adeguate decisioni di diniego di istanze di rilascio fondate sulla insussistenza delle prove addotte dal ricorrente, ponendosi, tale indebito sovvertimento dell'onere della prova, in aperto contrasto con i principi convenzionali. Risulta pertanto fondamentale per il superamento del “*reasonable test*” che le autorità nazionali riescano a dimostrare che il trascorrere del tempo nel caso concreto non abbia prodotto il tipico e fisiologico effetto di depotenziamento delle ragioni su cui si fondava *ab origine* il titolo custodiale, ostandovi, nella specie, il ricorrere di un rischio ancor più elevato di quello insito nel mantenimento in carcere di persona ancora presunta non colpevole<sup>(392)</sup>.

La posta in gioco, la libertà personale, è di tale portata da indurre la Corte a muovere rimproveri serrati anche nel caso in cui le autorità nazionali invochino, quale *commodus discessus*, a giustificazione di eccessivi ritardi, la complessità dell'inchiesta. Essa non sarebbe idonea ad alleggerire di per sé alcun obbligo di costante verifica né a giustificare lunghi periodi di detenzione cautelare, se non nel caso in cui comunque gli Stati siano in grado di dimostrare di aver condotto il procedimento, nonostante l'ampiezza dell'indagine, con adeguata diligenza (*special diligence*). In tal caso, si dovrà aver riguardo al volume dei *case files*, delle prove e mai al rifiuto di cooperazione da parte dell'indagato<sup>(393)</sup>.

Ebbene, la sottrazione di un autonomo potere di valutazione in capo al giudice e l'affidamento ad un criterio matematico, predeterminato, impermeabile alle specifico atteggiarsi della situazione concreta, del compito di introdurre nel sistema la rilevanza del fattore *tempo*, elude la necessaria flessibilità del controllo di cui si fa interprete ossequiosa la Corte di Strasburgo.

A richiedere una revisione non è certo il meccanismo di tutela legale sancito dall'art. 303 c.p.p.<sup>(394)</sup> che, tra l'altro, costituisce immediata attuazione del

---

<sup>(392)</sup> Senza lacuna pretesa di esaustività, cfr Corte EDU, 27 agosto 1992, Tomasi c. Francia, § 89; Id., 8 giugno 1995, Mansur c. Turchia, § 52; Id., 8 giugno 1995, Yăgci and Sargin c. Turchia, § 50.

<sup>(393)</sup> Una vera e propria eccezione si rinviene tuttavia in Corte EDU, W. c Svizzera, cit. In tal caso infatti, il ricorrente, raggiunto da gravi indizi di commissione di reati finanziari di particolare complessità, aveva rifiutato, come suo diritto, di collaborare con gli organi inquirenti. Di qui l'idea che avendo egli stesso contribuito al maturare di un ritardo nella definizione del procedimento, nessuna violazione per irragionevolezza del tempo di mantenimento dello *status custodiae* poteva essere riconosciuta.

<sup>(394)</sup> Per quanto tale meccanismo, non si dubita, sia dotato di eccessiva rigidità non può negarsi che la predeterminazione legale dei termini massimi costituisca comunque un limite del potere coercitivo dello Stato idoneo a sottrarre gli strumenti di privazione della libertà personale da censure di incostituzionalità per violazione del principio di cui all'art. 27, comma 2, Cost. Non solo, ma essi hanno costituito un sicuro parametro di riferimento allorché si è imposta la necessità di

principio fatto proprio dall'art. 13, comma 5, Cost., quanto la sua vocazione a costituire unico ed esclusivo parametro per la verifica della ragionevolezza dello stato detentivo. Si vuol dire, in altre parole, che il sistema di predeterminazione legale dei termini massimi non solo non si pone di per sé in contrasto con i principi della giurisprudenza d'oltralpe, ma esprime il decisivo ed indispensabile superamento di quell'alea cui era legato l'imputato nel vigore del vecchio codice<sup>(395)</sup>. E tuttavia, l'uso esclusivo della rigida predeterminazione costituzionalmente imposta rischia di costituire un «*esempio di massimalismo assai rischioso*»<sup>(396)</sup>, allorché si impedisce di dare ingresso a criteri flessibili, nella conduzione dell'accertamento della ragionevole durata della *detention on remand*, idonei a valorizzare il criterio della proporzionalità in rapporto alla durata della cautela in corso di esecuzione<sup>(397)</sup>.

---

comparare i periodi detentivi scontati all'estero alla stregua di custodia cautelare scontata in Italia, determinando anche per essi l'operatività dei termini di fase. Senza poter dar conto in tale sede di questo affascinante dibattito, si richiama a tal proposito la sentenza della Corte costituzionale n. 143 del 16 maggio 2008 che aveva dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 33 l. 22 aprile 2005 n. 69, nella parte in cui non prevedeva che la custodia cautelare all'estero, in esecuzione del mandato d'arresto europeo, fosse computata anche agli effetti della durata dei termini di fase previsti dall'art. 303, commi 1, 2 e 3, c.p.p. e ciò in ragione della evidenziata disparità di trattamento e alla diminuzione delle garanzie sul piano della durata della privazione irragionevolmente dipendente dal *locus detentionis*. In argomento M. R. MARCHETTI, *Mandato d'arresto europeo: riaffermata l'equivalenza tra detenzione all'estero e custodia cautelare in Italia*, in *Giur. Cost.*, 2008, 1758 e ss.

<sup>(395)</sup> In argomento, cfr. M. CERESA GASTALDO, *I limiti massimi di carcerazione preventiva*, in AA.VV., a cura di G. CONSO, *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 466.

<sup>(396)</sup> L'espressione è di C. CONTI, *La sospensione dei termini di custodia cautelare, modelli rigidi e flessibili a confronto*, Padova, 2001, 267. Per una critica alla rigidità del meccanismo di predeterminazione legale dei termini massimi nella prospettiva della individuazione di termini di durata ragionevoli della custodia cautelare nel contesto di un procedimento penale epurato da eccessivi ed indebiti ritardi, cfr. P. TONINI, C. CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo*, cit., 364, che giungono fino a ritenere possibile, in una dimensione caratterizzata dal ricorso a strumenti flessibili di misurazione della *ragionevolezza*, che il caso concreto possa persino suggerire un superamento dei termini massimi di durata. In prospettiva opposta, G. ILLUMINATI, *Presunzione di innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 1978, 952, il quale esclude, proprio in ragione del rispetto del principio della presunzione di non colpevolezza, che sull'imputato *in vinculis* possa ricadere il rischio di *deficit* di celerità che debbono essere assunti unicamente dallo Stato.

<sup>(397)</sup> Costituisce, invero, argomento controverso l'estensione del canone della proporzionalità al campo della verifica della ragionevolezza del perdurare della durata della misura anziché, come pure parrebbe ricavarsi ad una prima lettura della rubrica dell'art. 275 c.p.p., al momento genetico della stessa. In argomento e sulla possibilità di intervenire con istanze di revoca della misura per sopravvenuto difetto di proporzionalità, si rinvia al recente contributo di E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità e durata della cautela*, in *Giur. mer.*, 2010, 446 e ss a commento di una interessante pronuncia del Tribunale della libertà di Bologna, 6 ottobre 2009, secondo il quale, «*stante l'autonomia del canone di proporzione ex art. 275 comma 2 c.p.p., rispetto al principio di adeguatezza dettato dal comma precedente, il protrarsi della custodia cautelare, fino a raggiungere una frazione della pena espanda tale per cui la cautela trasmodi in espiazione anticipata, determina, ai sensi dell'art. 299 comma 2 c.p.p., effetti attenuativi e - in ossequio all'art. 2 direttiva*

Certo non si nega che la stessa ragionevolezza imponga di verificare anche se i tempi massimi di durata fissati da talune legislazioni non siano in assoluto troppo ampi, ma lo scopo dello scrutinio enucleato in base alla interpretazione dell'art. 5, §3, Cedu, risiede altrove e potrebbe per di più giustificare censure e condanne laddove, pur in ossequio a quei limiti formali, di per sé in termini assoluti non giudicati incongrui, il tempo della cautela non appaia, nel caso concreto, in linea *with the purpose of article 5*. In tale direzione si colloca anche il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il quale nella citata raccomandazione del 2006, Rec (2006) 13, ricorda al § 23 come « *any specification of a maximum period of remand in custody shall not lead to failure to consider at regular intervals the actual need for its continuation in the particular circumstances of a given case*». Il rispetto dei termini massimi fissati dal legislatore, pur valendo in astratto ad imprimere un effetto positivo, di generale accelerazione del processo, che impedisce ricadute negative sull'imputato *in vinculis* di stasi processuali indipendenti dalla sua volontà o da contegni eminentemente dilatori, non permette di verificare se la prosecuzione dello stato detentivo cautelare non sia in quel singolo caso concreto irragionevole alla stregua di parametri che non hanno alcuna significativa incidenza sul meccanismo geometrico delineato dall'art. 303 c.p.p., quali il rapporto tra la durata della custodia e la tipologia dei reati e delle sanzioni, gli effetti scaturenti dalla perdurante detenzione, la condotta processuale dell'imputato, le difficoltà dell'istruttoria, il modo di condurre le indagini.

È proprio mediante la valorizzazione di siffatti parametri che il giudice potrebbe adeguare il criterio della ragionevolezza non solo sulla verifica di rispondenza ai termini massimi – il cui superamento, non si dubita, consente di ritenere immediatamente illegittimo lo stato detentivo- ma anche tenendo conto del concreto atteggiarsi della vicenda cautelare nella quale non è da escludere che, prima ancora del raggiungimento dei limiti massimi, il tempo di per sé possa suggerire una decisione *pro libertate*, in considerazione della concreta e specifica idoneità del suo trascorrere a rendere ingiustificata e dunque, irragionevole, la prosecuzione di una misura privativa *pending trial*.

---

59 della legge delega del vigente codice di rito - anche ablativi della misura cautelare in corso, pur nel perdurare del "periculum libertatis"».

### 3. L'INSUFFICIENZA DELL'APPELLO E DEL RICORSO PER CASSAZIONE *DE LIBERTATE* SUL PIANO DELLA RAGIONEVOLE DURATA DELLA *DETENTION ON REMAND*

Sul fronte della proiezione procedimentale della ragionevole durata della *detention on remand*, si colloca l'imperativo della speditezza dei controlli. Tanto più lenta risulta la procedura di revisione del titolo, tanto più ingiustificato appare il mantenimento in detenzione di un soggetto ancora non giudicato colpevole del reato contestato. E ciò non solo in considerazione del potere di rilascio del giudice, il cui irragionevole ritardo priverebbe il detenuto di una *chance* di liberazione immediata, ma anche a prescindere da esso. L'ampia tutela di cui deve godere il bene "libertà personale", infatti, nel suo involgere anche un diritto all'*habeas corpus proceedings*, richiede una protezione assoluta, che si spinga fino al punto di riconoscerne rilevanza anche a prescindere dalla illegittimità o meno del titolo custodiale. E, dunque, anche a prescindere dall'esito favorevole o meno del controllo.

Oltre a mostrare un patologico ritardo nella definizione degli affari penali, che determina pesanti ricadute soprattutto sul destino della persona ristretta in custodia cautelare che spesso sconta l'intero periodo di detenzione comminato con la sentenza di condanna prima ancora della sua emissione, il nostro ordinamento non offre adeguate risorse sul piano della celerità, neppure con riguardo al sistema delle impugnazioni cautelari. Come già anticipato se il riesame risulta, da questo punto di vista, idoneo, quanto meno in astratto, a sottrarsi al giudizio di inadeguatezza, in virtù della previsione del doppio termine di cinque giorni per la trasmissione degli atti al Tribunale della libertà e di dieci giorni per la decisione, a pena di caducazione degli effetti della misura, analoga rassicurazione non proviene dalla disamina della prassi giudiziaria formatasi nel contesto dell'appello e del ricorso per cassazione cautelari.

Per vero, anche la procedura del riesame non si sottrae a critica allorché patologiche degenerazioni della prassi consentano, mediante la forzatura del significato della lettera codicistica, dilatazioni dei termini in realtà non consentite.

Ed infatti, nonostante l'inusitata chiarezza della espressione legislativa, tra i rivoli di interpretazioni non lineari, si è andata consolidando una prassi giurisprudenziale che rischia di minare alla radice l'essenza stessa della previsione

di termini perentori. Ci si riferisce, in particolare, alla possibile e tollerata dilatazione dei tempi delle procedure di controllo allorché il ricorrente si sia valso della facoltà di deposito dell'istanza ai sensi degli artt. 582 e 583 c.p.p. Senza qui poter ripercorrere l'annosa disputa culminata poi nello stabilirsi di un orientamento ispirato al *favor libertatis* nella misura in cui si è attribuita al ricorrente la possibilità di depositare il ricorso nella cancelleria del Tribunale del luogo nel quale si trova, occorre tuttavia dare conto del formarsi di una solida opinione giurisprudenziale in base alla quale, in questi casi, si ritiene che il termine dei cinque giorni per la trasmissione degli atti decorra non già dalla data del deposito dell'istanza ma da quella in cui il Tribunale della libertà ha ricevuto notizia – da parte della cancelleria prescelta secondo le forme di cui all'art. 582 c.p.p. ovvero a mezzo del servizio postale ai sensi del successivo art. 583 c.p.p. – dell'avvenuto adempimento <sup>(398)</sup>. Ora, se da un lato l'argomento della impossibilità di addebitare al Tribunale del riesame ritardi inconsapevoli può avere una sua suggestione, tuttavia, non sembra di cogliere una logica razionale nelle decisioni dei giudici di legittimità allorché si ponga mente all'opposto indirizzo fatto proprio dalla Corte costituzionale nel risalente ma sempre valido arresto del 1998 <sup>(399)</sup>.

In questa decisione interpretativa di rigetto il giudice delle leggi aveva affrontato la questione della legittimità costituzionale dell'art. 309, comma 4, c.p.p., nella parte in cui, come denunciato dai giudici *a quibus*, si riteneva possibile una interpretazione del dato normativo che consentisse di far decorrere il termine di cinque giorni per l'invio degli atti dal momento in cui l'autorità procedente riceveva avviso del deposito del ricorso da parte del Tribunale del riesame anziché, come sarebbe stato più opportuno, dal momento del deposito stesso. Ebbene il collegio della Consulta riteneva che la disposizione contenesse, in nuce, una regola, da estrarsi in base ad una interpretazione conforme ai principi costituzionali, che imponesse la decorrenza proprio dal momento del deposito del ricorso presso il Tribunale della libertà. In altre parole, la dinamica procedurale si

---

<sup>(398)</sup> Riteneva che il termine di cinque giorni per la trasmissione degli atti fosse sospensivamente condizionato alla ricezione da parte dell'autorità procedente dell'avviso di cui all'art. 309 comma 5 c.p.p. la giurisprudenza prevalente. Cfr Cass. pen., Sez. Un., 25 marzo 1998, *Savino*, in Cass. pen., 1998, 2883; nonché, tra le altre, Cass. pen., sez. I, 16 giugno 1998, *Capuana*, in CED Cass pen. n. 211270.

<sup>(399)</sup> Corte cost., sent. 22 giugno 1998, n. 232, in Cass. pen., 1998, 2850 con nota di M. CERESA GASTALDO, *Una inedita interpretazione della Corte costituzionale circa la decorrenza del termine ex art. 309, comma 5, c.p.p. nel procedimento di riesame de libertate*.

articola, per la Corte in questi termini: deposito del ricorso presso la Cancelleria del Tribunale della libertà; immediata comunicazione alla cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente ( di regola la segreteria del pubblico ministero in caso di riesame); decorrenza dal giorno del deposito dei cinque giorni previsti dalla norma. *Quid juris* in caso di omessa comunicazione dell'avviso alla cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente? È evenienza- per la Corte – che non può e non deve ricadere sull'indagato.. L'eventuale ritardo in cui sia incorsa la seconda delle cancellerie coinvolte, per non aver avuto in tempo conoscenza del deposito del ricorso, determina, *ipso iure*, l'effetto caducatorio della misura.

Ebbene, seppure in circostanze apparentemente diverse, quelle del deposito avvenuto non direttamente presso la cancelleria del Tribunale del riesame ma con le forme ampiamente consentite dell'art. 582 c.p.p., la successiva giurisprudenza di legittimità<sup>(400)</sup>, contraddetta da un singolo, isolato arresto<sup>(401)</sup>, ha radicalmente sconfessato la validità dei principi fatti propri dalla Corte costituzionale, estensibili, invero, anche all'ipotesi dianzi ricordata. Ciò perché la decisione di rigetto del 1998, nell'interpretare la disposizione sospettata di incostituzionalità, aveva, *claris verbis*, affermato che solo l'individuazione di un termine iniziale di decorrenza preciso e predeterminato – coincidente quindi con il deposito del ricorso – avrebbe consentito di rispondere alla esigenza di evitare che sul detenuto potessero essere fatti ricadere ritardi imputabili ad una cattiva ed inadeguata gestione delle comunicazioni tra diversi organi giudiziari. Di tal che, se l'autorità procedente avesse incolpevolmente inoltrato gli atti oltre il quinto giorno decorrente dal deposito del ricorso a causa di un ritardo imputabile al Tribunale del riesame, ciò avrebbe prodotto l'effetto caducatorio immediato. Non si intravede allora alcun valido motivo per risolvere diversamente la situazione che si viene a creare allorché il difetto di comunicazione tra gli organi giudiziari riguardi anche la cancelleria dell'autorità presso la quale si deposita il ricorso a mente dell'art. 582 c.p.p. Nel caso in cui la stessa dovesse inoltrare con ritardo gli atti al Tribunale della libertà, anziché *immediatamente*, come del resto preteso dalla lettera del

---

<sup>(400)</sup> Consolidatasi in particolare in seguito a Cass. pen., Sez. Un., 22 marzo 2000, *Audino*, in Cass. pen., 2000, 2231.

<sup>(401)</sup> Cass. pen., sez. II, 20 ottobre 1999, *Duria*, in CED Cass. n. 215176, affermava che il termine perentorio di cinque giorni per la trasmissione degli atti al Tribunale del riesame, a norma dell'art. 309, comma 5, c.p.p., decorre dal giorno di presentazione della richiesta anche nel caso in cui la parte, avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 582, comma 2, c.p.p. abbia presentato l'atto presso la cancelleria del Tribunale del luogo in cui si trova.

comma 2 dell'art. 582 c.p.p., la conseguente dilatazione dei termini necessari alla emissione del provvedimento, decorrenti non già dal deposito del ricorso, ma dal giorno in cui sono pervenuti gli atti presso il giudice distrettuale, ricadrebbe, del tutto irragionevolmente, sull'indagato.

A rendere del resto ancor più irragionevole un siffatto orientamento – che non trova alcuna reale corrispondenza nel tessuto normativo dell'art. 309 c.p.p. – la considerazione di una vera e propria disparità di trattamento che si verrebbe a realizzare tra imputato – indagato che proponga *manu propria* l'istanza e quello che, al contrario, dovesse proporla per il tramite del proprio difensore. Assicura, infatti, l'art. 123 c.p.p., in combinato disposto con l'art. 44 disp. att. c.p.p., l'inoltro immediato o al più tardi il giorno successivo – alla cancelleria del giudice competente - degli atti o delle dichiarazioni presentate dal detenuto all'amministrazione penitenziaria.

Ecco perché si ritiene che un ritardo eccessivo, non sanzionato processualmente, imputabile alla cancelleria dell'autorità giudiziaria individuata a norma dell'art. 582 c.p.p. determinerebbe una incongrua dilatazione dei termini processuali alterando il rigido meccanismo predisposto dall'art. 309 c.p.p. e contraddicendone alla radice ispirazione e *ratio legis*.

A maggior ragione, laddove non esista neppure una previsione legislativa di perentorietà dei termini, l'incompatibilità con i principi convenzionali già si apprezza sul piano della stessa predisposizione normativa del sistema di controllo.

Ed infatti, la previsione di termini ordinatori, ampiamente derogati spesso a causa del notevole carico degli incidenti promossi con le istanze di revisione, non si porrebbe automaticamente in conflitto con l'esigenza di speditezza se non perché ad esso si lega il fenomeno di una disfunzione originata dall'attitudine degli organi coinvolti a dilatare la risposta alla domanda di giustizia promossa dall'imputato<sup>(402)</sup>.

Nonostante il Governo italiano, convenuto più spesso innanzi agli organi di Strasburgo proprio in ragione di ricorsi promossi per far valere la violazione dell'art. 5, §4, Cedu, abbia concentrato le proprie argomentazioni difensive sia su un rilievo di natura pratica – l'eccessivo carico di lavoro – sia su di un piano

---

<sup>(402)</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.A.V.V a cura di A. BALSAMO, R. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 275.

squisitamente teorico – l'irrelevanza dell'imperativo della speditezza in relazione ai gradi di giudizio non previsti come necessari dalla Convenzione -, la Corte europea non ha mancato di superare tali giustificazioni mediante l'elaborazione di principi che ancora non hanno sortito l'effetto sperato di una responsabilizzazione delle istituzioni italiane a fare fronte ai *deficit* più volte riscontrati.

Quanto alla rilevanza di carenze strutturali dovute all'eccessivo carico di lavoro degli uffici giudiziari sulla determinazione di ritardi nella trattazione delle domande di revisione, la Corte ha più volte ricordato come il sacrificio già imposto alla libertà personale dell'imputato non possa, per tale ragione, subire ulteriori compressioni, per giunta indipendenti da contegni dilatori dell'interessato che, tra l'altro, non avrebbero ragione di esistere una volta che sia stato depositato il ricorso e si sia in attesa di una decisione. In nessun modo *defaillances* strutturali possono ricadere sulla posizione dell'interessato e legittimare indebiti ritardi nella definizione della sua domanda di controllo.

Analogamente a critica si pone il rilievo secondo il quale l'aver predisposto più rimedi in funzione di controllo consenta di concentrare solo sul primo, nella specie il riesame, la garanzia della speditezza, perché, in caso contrario, e cioè pretendendo una estensione delle garanzie del primo grado anche ai gradi successivi, si concretizzerebbe il rischio di depotenziare un sistema tutto sommato efficace, strutturato sulla garanzia rinforzata dalla moltiplicazione delle occasioni di verifica. La Corte aderisce ad un'interpretazione unitaria delle garanzie offerte dall'art. 5,§4, Cedu, valide per ogni giudizio di impugnazione ancorché non previste dalla Convenzione come obbligatorio. Nel momento in cui un ordinamento sceglie di dotarsi di una tutela potenziata dal ricorrere di differenziati strumenti di controllo, essi devono condividere analoga estensione delle garanzie.

Tra i casi posti di recente all'attenzione della Corte, in particolare *Rapacciuolo c. Italia* <sup>(403)</sup>, *Naranjo Hurtado c. Italia* <sup>(404)</sup>, *Marturana c. Italia* <sup>(405)</sup>, *Rizzotto c. Italia* <sup>(406)</sup> esprimono il disagio degli organi europei nel tollerare i ritardi nella attivazione e nella conclusione della procedura di controllo.

Nel primo caso il ricorrente, poi assolto dalle accuse di associazione per delinquere finalizzata al compimento di violenze sessuali ed atti di libidine nei

---

<sup>(403)</sup> Corte EDU, 19 maggio 2005.

<sup>(404)</sup> Id., 3 luglio 2007.

<sup>(405)</sup> Id., 4 marzo 2008.

<sup>(406)</sup> Id., 24 aprile 2008.

confronti di minorenni, aveva proposto ricorso in cassazione avverso l'ordinanza di custodia cautelare adottata dal Gip di Torre Annunziata il 6 settembre 1996. I ritardi che denunciava erano collegati sia al primo dei ricorsi proposti, depositato il 13 ottobre 1997 e deciso il 5 giugno 1998, sia al secondo ricorso avverso la decisione adottata dal riesame in sede di rinvio in seguito all'annullamento da parte della Cassazione, proposto il 16 settembre 1998 e deciso 26 gennaio 1999. Ad analogo censura un ulteriore appello promosso il 26 novembre 1998 innanzi al Tribunale della libertà di Napoli avverso un'ordinanza di rigetto di una istanza di revoca pronunciata dal Tribunale di Torre Annunziata e dallo stesso Tribunale deciso il 22 febbraio 1999.

Nell'*affaire Naranjo Hurtado*, i motivi di doglianza riguardavano ritardi meno cospicui maturati nell'arco di un procedimento di appello instaurato in seguito al rigetto da parte del Gip di Perugia di una istanza di revoca. La ricorrente infatti lamentava un ritardo dal momento che la stessa aveva interposto appello il 30 ottobre 2003 e la decisione era intervenuta soltanto il successivo 2 dicembre 2003, giorno in cui la stessa veniva posta in libertà.

Nella sentenza *Marturana* la Corte prendeva in esame soltanto alcuni degli aspetti concernenti la complessa vicenda processuale del ricorrente, a giudizio per rispondere dei reati di usura ed estorsione nell'ambito di una organizzazione criminale, tentato omicidio e porto illegale di armi. Tra i vari motivi di censura adottati dal ricorrente, quello afferente alla violazione dell'art. 5, §4, Cedu veniva accolto dalla Corte che ravvisava un ritardo in occasione di due procedure di controllo azionate dal Marturana. La prima riguardava un ricorso in Cassazione proposto il 24 dicembre 1999 e deciso il 23 maggio 2000. Il secondo proposto il 9 giugno 2000 e rigettato il 18 gennaio 2001.

Infine nella decisione conclusiva del caso *Rizzotto*, il ricorrente lamentava la lentezza dell'intera procedura cautelare azionata da un riesame il 2 luglio 2004 e conclusa con una decisione della Corte di cassazione il 24 ottobre 2005. Anche in tal caso le accuse a carico del ricorrente erano particolarmente impegnative, essendo indagato per associazione a delinquere finalizzata a traffico illecito di sostanze stupefacenti.

Ebbene in queste quattro decisioni di condanna a carico dello Stato italiano possono essere rinvenuti taluni principi di ordine generale che impongono più di una riflessione sul nostro sistema.

In primo luogo, la Corte ricorda come l'accertamento di eventuali ritardi nelle procedure di revisione del titolo cautelare debba necessariamente essere adeguata ad una disamina complessiva del caso concreto dal quale possono e debbono ricavarsi indicazioni sulle effettive difficoltà incontrate nella vicenda in questione. Viene, perciò, immediatamente in evidenza il contegno processuale dell'imputato e del difensore, onde scongiurare che taluni ritardi siano esclusivamente dipendenti da pratiche dilatorie non connesse al legittimo esercizio dei diritti processuali. Tali pratiche dilatorie certo non coincidono con la possibilità, riconosciuta dall'ordinamento interno, di azionare più rimedi, anche contemporaneamente. L'esercizio di un siffatto diritto non attribuisce invero alcun potere di selezionare quale tra i rimedi offerti trasformare in quello più rapido dovendo riconoscersi analoga estensione per ognuna delle occasioni di controllo effettivamente consentite. La verifica della legalità deve essere in ogni sede tempestiva.

Quanto al problema della complessità delle indagini e degli accertamenti la Corte ritiene ancora una volta come ciò non possa tradursi in una compressione della libertà personale per tempi irragionevolmente lunghi nelle more di decisioni che potrebbero concludersi, tra l'altro, con esito liberatorio.

Ebbene, di fronte a tale monolitica presa di posizione da parte degli organi europei resta da chiedersi quali possano essere gli strumenti per allineare appello e ricorso per cassazione *de libertate* all'imperativo della speditezza. Non vi è dubbio che l'obiettivo della celerità, come più volte affermato anche dalla Corte europea, permei di sé l'intero svolgersi del processo penale. Ed altrettanto non smentibile l'assunto per il quale un ulteriore impulso all'accelerazione si renda necessario in particolare nel caso in cui l'imputato sia trattenuto *in vinculis* prima ancora della definizione conclusiva della sua posizione processuale. Resta, tuttavia, sullo sfondo, la irrisolta questione del bilanciamento tra efficienza e garanzia, intese troppo spesso, non già come sinonimi, ma come termini di una relazione antinomica. Se l'obiettivo fosse quello di innestare, nella materia cautelare, e non solo, regole capaci ad un tempo di coniugare celerità – intesa come accessorio di un patrimonio di tutela di cui gode l'imputato, non già o non solo il sistema processo – e rispetto delle garanzie, l'automatica previsione di termini con efficacia caducatoria sulla misura potrebbe assicurare il raggiungimento di tale auspicato

equilibrio solo in un contesto che permettesse realmente di poter disporre di tempi congrui per predisporre una adeguata linea difensiva.

Ecco perché si ritiene che, sebbene il canone della speditezza sia indubbiamente indirizzato alla protezione del bene della libertà personale e la matrice culturale che assegna una tempistica più efficiente al riesame in luogo dell'appello o del ricorso per cassazione rifletta l'idea di una ingiustificata centralità dello stesso nella complessiva economia dei controlli, una soluzione che pretendesse di allineare *tout court* la disciplina dei termini caducatori potrebbe porsi in aperto contrasto con altri principi, uno tra tutti il diritto di difesa, laddove a fronte di un materiale investigativo realisticamente inconoscibile nel suo complesso si impedisse all'organo del controllo di effettuare una adeguata disamina del carteggio a tutto vantaggio dell'istante che quel controllo ha, di fatto, promosso. L'effetto caducatorio non impedirebbe infatti una nuova emissione di misura cautelare.

In conclusione, provando per un attimo a non far correre il pensiero intorno ai noti e denunciati *deficit* strutturali che si ripercuotono sulla efficienza dell'intero sistema processuale ivi compresi i rimedi cautelari, e contestualizzando l'imperativo della speditezza in una cornice che assuma quale presupposto la necessità di fornire risposte adeguate all'imputato che pretende un controllo sulla decisione cautelare, resta da chiedersi in che modo il tempo occorrente per lo scrutinio del titolo custodiale possa tradursi in un ritardo inaccettabile. Qual è, in altre parole, il limite di tempo oltre il quale una decisione non può dirsi più *utiliter data*? La materia cautelare, è indubbio, resta dominata dalle scelte e dai pareri dell'organo d'accusa. La complessità di talune indagini finisce, nei tempi brevi assegnati, a schiacciare con il suo peso l'autonomia di giudizio del Gip prima, del Tribunale della libertà e della Corte di cassazione poi. «*Ciò avviene in modo esemplare in quei procedimenti connotati dalla ingovernabilità conoscitiva del compendio d'accusa*»<sup>(407)</sup>.

Ebbene in tali casi una tempistica realisticamente efficiente non è quella del minor tempo possibile dalla domanda, ma quella del minor tempo possibile per vagliare il calibro e la portata dei temi d'accusa nel raffronto indispensabile con gli argomenti difensivi, senza che ciò si traduca in lassismi eccessivi ed inadeguati.

---

<sup>(407)</sup> G. INSOLERA, *Il processo lungo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 913 e ss.

Ciò detto, il monito della Corte, che giustamente propone con coerenza l'importante obiettivo di sollecitare decisioni in tempi *ragionevolmente* rapidi, se da un lato potrebbe certo sollecitare il legislatore verso un ripensamento dell'intera disciplina dei termini, estendendo anche per l'appello e per il ricorso per cassazione gli effetti caducatori tipici del riesame, forse, più opportunamente dovrebbe piuttosto incoraggiare una riforma complessiva, capace di ridurre il rischio di una progressiva perdita di credibilità di un sistema afflitto da inaccettabili e non più tollerabili deficienze di organico che trasformano il nostro paese nel fanalino di coda degli Stati aderenti alla Convenzione europea.

Basti pensare, da ultimo, che proprio la considerazione dei limiti di tutela derivanti dalla mancanza di garanzia che il giudizio in cassazione giunga in tempi certi, ha decretato l'esclusione dello stesso dal catalogo dei rimedi effettivi da esperirsi necessariamente ai fini dell'esaurimento delle vie di ricorso interne ai sensi dell'art. 35 Cedu (<sup>408</sup>).

#### 4. LA DURATA DELLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA: LA TENTAZIONE DEL *PUNIRE*, IL DISAGIO DELL'*ATTENDERE*. PRINCIPIO DELL'ASSORBIMENTO ED ESECUZIONE DELLA SENTENZA DI PRIMO GRADO.

Per quanto tempo l'imputato *in vinculis* è presunto innocente?

Terzo ed ultimo degli interrogativi proposti. Il diritto ad essere trattati e giudicati come non colpevoli costituisce al tempo stesso un presupposto, un obiettivo, un limite cui tende la dinamica cautelare e, con essa, l'intero processo penale.

Una guarentigia insopprimibile che l'art. 27 Cost. offre in prestito all'inquisito per un tempo determinato, il processo.

Alla fine, il prosciolto restituisce all'ordinamento la presunzione di cui ha goduto. Allo stesso modo, il condannato.

Colpevole ed innocente, *rectius*, assolto o condannato, godono, certo, di identica protezione, ma anche di identica esposizione (<sup>409</sup>). Non vi è tranquilla sicurezza nella presunzione di innocenza, ma senz'altro essa, pur non riparando dallo stigma mediatico, pur non impedendo che il processo divenga, per

---

<sup>(408)</sup> Corte EDU, 8 gennaio 2004 e 17 febbraio 2005, *Sardinias Albo c. Italia*, § 51.

<sup>(409)</sup> «*Che davvero [io] fossi colpevole?*» *Avrei «vol[uto] esser[lo], per respirare»*. «*Solo accettando di essere colpevole mi liberavo*». M. NOBILI, *L'immoralità necessaria*, Bologna, 2009, 127, cita G. SAVIANE, *L'inquisito*, 61, 71, e 41.

l'innocente, pubblico dibattito sulla propria vita, nell' imporre alle autorità di assegnare all'imputato un trattamento differenziato da quello riservato al condannato in via definitiva, diviene criterio informatore cui deve conformarsi l'intera disciplina della macchina cautelare. Essa, infatti, avverando il paradosso di una presunzione di innocenza non incompatibile con un internamento carcerario precedente la condanna, abbisogna della costante opera di monitoraggio della Corte costituzionale, affinché a legislatore ed a giudice non sfuggano dal cilindro soluzioni che concretizzino la tentazione del punire, anzi tempo, ed il disagio dell'attendere.

Non potrebbe essere accettata, infatti, una versione eminentemente psicologica della presunzione di non colpevolezza, che si avrebbe laddove si intendesse assegnare rilievo alla prevalenza, sul piano probabilistico, di una prospettiva di proscioglimento <sup>(410)</sup>. Se il contenuto e la caratterizzazione del diritto dipendessero, infatti, dalla diversa articolazione della prognosi di condanna – quando concreta, quando probabile, quando solo paventata -, potrebbero non apparire distoniche forme di anticipazione della esecuzione della pena giustificate dal ricorrere, *rebus sic stantibus*, di un quadro indiziario estremamente preciso e grave, ancorché non definitivo. Un contesto investigativo sufficientemente maturo potrebbe invero condurre verso significative riduzioni dello spazio riservato al principio in parola, laddove si ritenesse di far dipendere dal concreto svolgersi della dinamica probatoria l'ampiezza assegnata allo stesso.

Il quale, al contrario, ha una sua costante dimensione, impermeabile, fino alla definizione conclusiva del procedimento, a qualsiasi conferma dell'imputazione, e valido proprio a prescindere da essa <sup>(411)</sup>.

L'adesione ad una concezione psicologica della presunzione di non colpevolezza, dipendente, come detto, dal convincimento che l'autorità giudiziaria abbia formato sul materiale probatorio prodotto, potrebbe suggerire soluzioni volte ad anticipare, al momento della emissione della sentenza di primo grado, la definitiva cessazione ovvero una significativa riduzione del principio nonché a giustificare e legittimare differenziazioni di trattamento tra imputati in ragione dei diversi livelli di avanzamento processuale.

---

<sup>(410)</sup> Critico nei riguardi di una tale concezione del principio della presunzione di non colpevolezza, E. MARZADURI, *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato ed attuazione della presunzione di non colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2000, 232 e ss.

<sup>(411)</sup> In tal senso, E. MARZADURI, *Accertamenti non definitivi*, cit., 232 e ss.

Vi è da dire che mentre il nostro ordinamento, quanto meno sulla carta, assicura una tutela effettiva al principio della presunzione di non colpevolezza, bandendo qualsiasi tentativo di anticipazione della esecuzione della pena ad un momento preliminare rispetto a quello della conclusione definitiva del processo, la Corte europea è, nell'affermazione del contrario, *tranchant*: la presunzione di innocenza – o, il che è lo stesso, la custodia cautelare – cessa con la pronuncia della sentenza di primo grado che viene ad essere uno spartiacque per il cambiamento di *status* giuridico: il detenuto non sarà più ristretto ai sensi dell'art. 5, §1, lett. c), ma ai sensi della precedente lett. a), dunque, *after conviction*.

Fu la sentenza emessa all'esito del caso *Wemhoff c. Germania* <sup>(412)</sup> ad aprire il varco a siffatto principio non più smentito. La ricostruzione degli organi europei trovava allora e trova oggi riparo sulla base di cinque argomenti: *i*) innanzi tutto la colpevolezza del ricorrente è stata accertata sulla base di una decisione emessa all'esito di un processo giusto sulla scorta dell'art. 6 Cedu; *ii*) in secondo luogo, parrebbe quasi ovvio, esiste una connessione causale tra sentenza di condanna e privazione di libertà; *iii*) del resto la detenzione *after conviction* non è emessa allo scopo di condurre la persona ristretta innanzi ad una autorità giudiziaria, come nel caso di *detention on remand* ; *iv*) se la detenzione non fosse basata sull'art. 5, lett. a) non troverebbe spiegazione l'istituto dell'arresto in udienza; *v*) infine, considerare la detenzione eseguita all'esito di una sentenza di condanna in primo grado ancora alla stregua di una misura cautelare, potrebbe ingenerare, a detta della Corte, significativi problemi di coordinamento tra le diverse discipline degli Stati contraenti <sup>(413)</sup>.

---

<sup>(412)</sup> Corte EDU, 27 giugno 1968, *Wemhoff c. Germania*, § 9, sub A.

<sup>(413)</sup> Decisamente critico, S. TRECHSEL, *Human rights*, cit., 519 – 520, sottolinea come una siffatta ricostruzione lusinghi paesi come quello anglosassone che prevedono l'immediata esecuzione delle sentenze di primo grado, ma finisce con l'accettare un livello davvero minimo di garanzie, giustificato, tra l'altro, sulla scorta di argomenti decisamente poco persuasivi. Di certo non consola, per l'A., la circostanza che la sentenza di primo grado sia emessa all'esito di un processo *fair*. Basti pensare che le censure proposte con l'atto di appello mirerebbero a sconfessare proprio un tale assunto. Parimenti priva di pregevolezza l'individuata connessione causale tra sentenza di primo grado e detenzione, atteso che in caso di appello del pubblico ministero avverso tale decisione, lo stato detentivo potrebbe comunque permanere (si tratta di una prospettiva, quest'ultima del tutto estranea al nostro ordinamento ispirato alla inversa logica dell'effetto sospensivo della impugnazione anche con riguardo all'appello del pubblico ministero: in tali casi potrebbe al più essere giustificato lo stato detentivo proprio in ragione del ricorrere dei presupposti di natura cautelare). Non solo, pongono non pochi problemi ermeneutici quelle situazioni nelle quali l'impugnazione conduca ad un risultato opposto rispetto a quello proposto dal primo giudice. In caso di annullamento con rinvio, infatti, non sarebbe facilmente interpretabile come *detention after conviction* la privazione di libertà dell'imputato.

Pur non ponendosi la Corte il problema di stabilire se una tale soluzione possa condurre ad una compromissione dello spazio assegnato al principio della presunzione di innocenza ed aprire così una breccia sulla complessiva tenuta del sistema di garanzie delineato dalla Carta convenzionale, non vi è dubbio che, al cospetto di un tale risultato, la garanzia offerta dall'art. 27 Cost., costituisca un'indubitabile passo avanti, da proteggere se non altro ricorrendo alla clausola di salvaguardia dell'art. 53 Cedu.

Ciò detto, a fronte della sacralità dell'affermazione «*l'imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva*» contenuta nell'art. 27 Cost., occorre verificare se la disciplina attuale, che pur consente un certo margine di differenziazione del regime cautelare, man mano che, nel passaggio da una fase processuale all'altra, si verifica un progressivo consolidamento dell'ipotesi d'accusa, possa considerarsi rispettosa del precetto costituzionale o non finisca, piuttosto, con lo svuotarne il significato, laddove assegna alle sentenze non ancora definitive una utilizzazione in chiave cautelare che ben potrebbe stimolare più di un dubbio circa la perfetta aderenza di tale sistema al modello rigoroso fatto proprio dalla Carta fondamentale.

Il riferimento è al principio di assorbimento del *fumus commissi delicti* in tutti quegli atti che sanciscono il passaggio da una fase all'altra del processo penale nonché a quegli istituti che valorizzano l'incidenza cautelare di talune progressioni procedimentali, quali l'art. 303, comma 1, lett. d), c.p.p.. Tale disposizione, infatti, nel prevedere che in caso di doppia conforme la durata della custodia relativa all'ulteriore grado di giudizio debba essere commisurata non in relazione all'ordinario termine di fase, ma con riguardo a quello complessivo fissato nel comma 3 dello stesso art. 303 c.p.p., collega unicamente al ricorrere di una duplice conferma dell'ipotesi di accusa una modifica *in peius* del regime cautelare, a prescindere da una verifica circa la pretestuosità o meno della impugnazione.

Ricorrendo al principio dell'assorbimento, la giurisprudenza di legittimità e costituzionale hanno infatti inteso evitare che la pretesa autonomia del procedimento incidentale potesse, con il progredire della vicenda processuale, condurre verso esiti magari contraddetti da contestuali o successive decisioni afferenti al merito di una ipotesi d'accusa che, seppur vagliata ad altri fini, risulta, tutto sommato, perfettamente coincidente con quella oggetto della parallela

indagine incidentale <sup>(414)</sup>). Di conseguenza, l'apprezzamento sui gravi indizi di colpevolezza viene considerato precluso, in mancanza di elementi sopravvenuti, quando sia intervenuta una decisione sul merito a tal punto approfondita da assorbire la valutazione del requisito. In sostanza, più ci si avvicina al probabile epilogo di una condanna definitiva e più si assiste ad una crescita delle previsioni che collegano effetti negativi per la libertà dell'imputato ad accertamenti non definitivi. Si pensi all'art. 275, comma 1- *bis*, c.p.p. ed al successivo comma 2 – *ter* c.p.p. che in certo qual modo confermano sul piano normativo la tendenza giurisprudenziale ricordata. In tali casi, l'obbligo di condurre la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza *tenendo conto dell'esito del processo* alleggerisce di molto l'indagine complessiva del giudice della cautela al quale resta di fatto preclusa ogni valutazione circa la correttezza dell'esito decisorio raggiunto con la sentenza non definitiva. Da ciò deriva la sostanziale immotivabilità del provvedimento successivo alla condanna, nonché, la sufficienza, nell'onorare all'obbligo di trasmissione degli atti, del parziale invio della sola sentenza. Resta, ovviamente salva, la ricorrenza di un *novum*.

---

<sup>(414)</sup> Corte cost., sent. 7 marzo 1996, n. 71, per esempio, non mancò di esplicitare come l'esame sul presupposto cautelare stabilito dall'art. 273 c.p.p. può considerarsi precluso solo qualora intervenga una decisione che contiene una valutazione nel merito di tale incisività da assorbire l'apprezzamento dei gravi indizi di colpevolezza. In tal modo si veniva ad escludere, dichiarando illegittimi gli artt. 309 e 310 c.p.p., che il decreto di rinvio a giudizio potesse avere analoga portata. In dottrina, per una critica al principio dell'assorbimento della valutazione inerente il *fumus* contenuta in un decreto che dispone il giudizio, precedente alla L. 479/1999, S. BUZZELLI, *I gravi indizi di colpevolezza nel sistema delle misure cautelari tra probabilità e certezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1146. Analoghe prese di posizione critiche, pur dopo l'entrata in vigore della L. 479/1999 che condiziona l'emissione della sentenza di non luogo a procedere finanche a situazioni di dubbio, poteva suggerire, di contro, che l'emissione del decreto che dispone il giudizio presupponesse una situazione di certezza tale da ritenere in esso assorbita la valutazione del *fumus*, M. DANIELE, *Fumus delicti ex art. 273 c.p.p. e decisione di rinvio a giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1027 e ss., nota di commento a Cass. pen., Sez. un., 30 ottobre 2002, n. 39915, ivi, 1014; D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., 298 e ss, ritiene che il decreto di cui all'art. 429 c.p.p. in astratto non possa prestarsi ad assorbire la valutazione del *fumus commissi delicti*, in quanto la strutturale mancanza di motivazione dello stesso ne rende impossibile conoscere il percorso logico seguito dal giudice; G. DIOTALLEVI, *La possibilità di rivalutare i gravi indizi di colpevolezza per il reato per cui è stata applicata una misura cautelare dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio: le Sezioni unite ricompongono il quadro giurisprudenziale tra pronunce della Corte costituzionale e arretrati di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2003, 405 e ss; per una disamina della evoluzione giurisprudenziale in materia, A. BASSI, *Sulla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza dopo il decreto che dispone il giudizio*, in *Cass. pen.*, 2002, 3725. Prima della citata sentenza a Sezioni unite, che ha definitivamente sciolto ogni dubbio sulla riconducibilità al decreto che dispone il giudizio di una attitudine ad assorbire una valutazione sul *fumus* secondo il modello preteso dall'art. 273 c.p.p. escludendola, la giurisprudenza di legittimità aveva a riguardo mostrato atteggiamenti piuttosto rigidi. In tal senso, Cass. pen., sez. II, 14 novembre 2000, *Tavanxhiu*, in *Cass. pen.*, 2001, 3485 con nota di M.L. DI BITONTO, *Gravi indizi di colpevolezza ex art. 273, comma 1, c.p.p. e decreto che dispone il giudizio: torna in auge la giurisprudenza meno garantista*, ivi, 3489 e ss.

Non vi è dubbio che una siffatta tendenza a sovrapporre i risultati del processo di merito a quelli della cautela man mano che ci si sposti verso l'epilogo definitivo potrebbe di fatto comportare la rinuncia a pretendere, fin tanto che il processo non sia giunto alle battute conclusive, un identico trattamento cautelare dell'imputato *in vinculis* ed a porsi in possibile tensione con il principio di non colpevolezza.

Battere una tale strada sulla base dell'idea che l'accertamento condotto in primo grado, all'esito di un dibattimento, giunga ad un approdo di maggiore affidabilità del successivo, eventuale, riesame di quei risultati probatori condotto *ex actis*, proprio perché nel primo caso la decisione risulta preceduta dal dispiegarsi di un contraddittorio reale <sup>(415)</sup>, rischia di tralasciare alcuni aspetti. Il primo: non può tacersi che analogo *deficit* di oralità si avrebbe anche nel secondo grado di merito, la cui esistenza si giustifica proprio perché si dubita che la decisione del primo grado, nonostante emessa all'esito di un dibattimento, sia effettivamente *fair*. Non solo, ma se in assenza di un *novum* o di una questione non dedotta, risulti persino preclusa la strada della revoca del provvedimento, una sentenza ingiusta, potrebbe essere rovesciata solo con un giudizio di secondo grado e finire con il giustificare la permanenza in carcere per tempi estremamente lunghi.

Forse, proprio in una tale logica, è possibile apprezzare il monito della famosa pronuncia della Corte costituzionale <sup>(416)</sup>, allorché affermava che la presunzione di non colpevolezza non si esprime solo nel divieto di punire prima di un epilogo decisorio definitivo, ma si estrinseca anche nella riduzione, quanto più è possibile, del pericolo di una limitazione della libertà personale di un imputato che non subirà pena.

L'imputato condannato in base ad una sentenza resa all'esito di un processo *unfair*, non dovrebbe subire pena e, si ritiene, neppure una cautela sottratta ad un rigoroso regime di verifica.

---

<sup>(415)</sup> D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., 291.

<sup>(416)</sup> Corte cost., sent. 23 gennaio 1980, n. 1, in *Giur. Cost.*, 1980, 3.

Bibliografia:

AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.

AMATO G., *sub. art. 13 Cost.*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna, 1975

AMBROSETTI E., *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme favorevoli al reo*, in *Cass. pen.*, 2007, 424.

AMODIO E., *Riforme urgenti per il recupero della celerità processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1269.

AMODIO E., *La tutela della libertà personale dell'imputato nella convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 851.

AMODIO E., *Nuove norme sulle misure cautelari e sul diritto di difesa*, Milano, 1996.

ANGELETTI C., *Il problema dell'integrazione probatoria nel giudizio d'appello avverso la misura cautelare*, in *Giur. it.*, 1994, 457.

- APRILE E., *Deposito o lettura della richiesta del p.m. e degli atti prima dell'udienza di convalida dell'arresto e validità dell'interrogatorio di garanzia*. in *Cass. pen.*, 2009, 231.
- BALSAMO A., *La Cassazione e il caso Dorigo: nuovi orizzonti della giurisdizione penale nella tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1073.
- BARBERA A., *La valutazione probatoria della chiamata in correità in sede cautelare: variazioni giurisprudenziali sul tema del riscontro "individualizzante"*, in *Giur.it.*, 1999, 1053.
- BARBIERI D., (voce) *Interrogatorio nel processo penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1992.
- BARGIS M., *Procedimento de libertate e giudicato cautelare*, in Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale tenutosi a Mattinata il 25-27 settembre 1998 su presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni, Milano, 2000.
- BASSI A., *Sulla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza dopo il decreto che dispone il giudizio*, in *Cass. pen.*, 2002, 3725.
- BONINI V., *Chiamata di correo, riscontri esterni e sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 1996, 467.
- BONINI V., *La Corte costituzionale e la centralità dell'interrogatorio di garanzia nella disciplina delle misure cautelari personali*, in *Leg. pen.*, 1997, 863.
- BRESCIANI L., (voce) *Libertà personale dell'imputato*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993.
- BRICCHETTI R., *Così il legislatore colma i vuoti normativi e l'interprete si ritrova con più certezze* in *Guida dir.*, 1999, 23.
- BULTRINI A., GRANATA S., nota a Corte EDU Grande Camera, 10 ottobre 2001, in *Corr. Giur.*, 2000, 1444.

- 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, 2843.
- BUZZELLI S., *I gravi indizi di colpevolezza nel sistema delle misure cautelari tra probabilità e certezza* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1132.
- BUZZELLI S., *Gravi indizi cautelari, chiamata in correità e riscontri individualizzanti dopo la L. n. 63 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2002, 3706.
- CAIANIELLO M., *La riapertura del processo ai sensi dell'art. 625- bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2009, 1465.
- CALVANESE E., *Ordinanza di custodia in carcere nei confronti dello straniero e diritto alla traduzione del provvedimento*. in *Cass. pen.*, 2004, 1577.
- CAPRIOLI F., *Limiti all'appello del pubblico ministero e parità delle parti nel giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2007, 3112.
- CARTABIA M., *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 223.
- CARTABIA M., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in A.A. V.V., a cura di A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008.
- CARTABIA M., *Le sentenze «gemelle»: i diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564.
- CATALDI G., *La natura self-executing delle norme della CEDU e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in A.A. V.V. a cura di A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO, *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova, 2010.
- CELOTTO A., *Il Trattato di Lisbona ha reso la Cedu direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

- CERESA GASTALDO M., *Una inedita interpretazione della Corte costituzionale circa la decorrenza del termine ex art. 309, comma 5, c.p.p. nel procedimento di riesame de libertate*, in Cass. pen., 1998, 2850.
- CERESA GASTALDO M., *I limiti massimi di carcerazione preventiva*, in AA.VV., a cura di G. CONSO, *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- CERESA GASTALDO M., *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993.
- CERESA GASTALDO M., *Sull'operatività del termine «massimo di fase» ex art 304, comma, 6, c.p.p. in caso di regressione del procedimento: è costituzionalmente illegittimo l'art. 303, comma 2, c.p.p. nella parte in cui non consente il computo della custodia cautelare sofferta nelle fasi diverse.*, in *Giur. cost.*, 2005, 2940.
- CHIAVARIO M., *Il nuovo 'riesame': quale dosaggio di garanzie?*, in *Leg. Pen.*, 1983, 563.
- CHIAVARIO M., *La Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969.
- CHIAVARIO M., *La scarcerazione automatica tra la «scure» della Corte Costituzionale e la «restaurazione» legislativa*, in *Giur. cost.*, 1970, 665.
- CHIAVARIO M., *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1964.
- CHIAVARIO M., *Profili di disciplina della libertà personale nell'Italia degli anni settanta*, in A.A. V.v. a cura di L. ELIA, M. CHIAVARIO, Torino, 1997.
- CHIAVARIO M., *sub art. 6 Cedu*, in AA. VV., a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.
- CIAMPI A., *Processo non equo secondo la Corte europea dei diritti dell'Uomo e rinnovazione del giudizio secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2008, 793.

- COCOZZA F., *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994.
- COLAVITTI G, PAGOTTO C., *Il Consiglio di Stato applica direttamente la Cedu grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)
- COLELLA A., *Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell'integrazione della Cedu nell'ordinamento italiano*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).
- CONFALONIERI A., *I controlli sulle misure cautelari*, in A.A.V.V. a cura di A. GAITO, *Le impugnazioni penali*, Torino, 1995.
- CONTI C., *La sospensione dei termini di custodia cautelare, modelli rigidi e flessibili a confronto*, Padova, 2001.
- COPPETTA M.G, *Presupposti e garanzie in tema di riparazione per ingiusta detenzione*, in A.A.V.V. a cura di G. CONSO, *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- COPPETTA M.G., *La riparazione per ingiusta detenzione*, Padova, 1993.
- COSSIRI A., *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo secondo la prassi più recente*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)
- CRISTIANI A., *Misure cautelari e diritto di difesa (l. 8 agosto 1995 n. 332)*, Torino, 1995.
- CURTOTTI NAPPI D., *La spinta garantista della Corte costituzionale verso la difesa dello straniero non abbiente*, in *Cass. pen.*, 2007, 4442.
- D'ANGELO L., *"Comunitarizzazione" dei vincoli internazionali CEDU in virtù del Trattato di Lisbona? No senza una expressio causae*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).
- D'ATENA A., *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Enc. Giur.*, vol I, Roma, 1988, 1.

DANIELE M., *Fumus delicti ex art. 273 c.p.p. e decisione di rinvio a giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1014.

DE CARIA R., *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L'obbligo per gli Stati di «conformarsi alle sentenze definitive della Corte» Edu nella prospettiva italiana*, in *Giur. Cost.*, 2009, 2191.

DE CARO A., *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000.

DE CARO A., (voce) *Libertà personale (profili costituzionali)*, *Dig. disc. pen.*, III Agg., I, Torino, 2005.

DE CARO A., *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV a cura di G. DEAN, A. SCALFATI, G. GARUTI, L. FILIPPI, L. KALB, *Trattato di procedura penale*, Vol. II, Tomo II - Le misure cautelari -, Torino, 2008.

DE FILIPPI C., *sub art. 5 Cedu*, in AA.VV. a cura di C. DE FILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali commentata ed annotata*, Napoli, 2006.

DELL'ANNA T., (voce) *Tribunale della libertà*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, 1997, 1740.

DI BITONTO M.L., *Gravi indizi di colpevolezza ex art. 273, comma 1, c.p.p. e decreto che dispone il giudizio: torna in auge la giurisprudenza meno garantista*, in *Cass. pen.*, 2001, 3489.

DI BITONTO M.L., *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 865.

DI CHIARA G., *Il contraddittorio nei riti camerati*, Milano, 1995.

DIOTALLEVI G., *La possibilità di rivalutare i gravi indizi di colpevolezza per il reato per cui è stata applicata una misura cautelare dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio: le Sezioni unite ricompongono il quadro giurisprudenziale tra pronunce della Corte costituzionale e arretrati di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2003, 405.

DONATI F., *La Cedu nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it).

DRZEMCZEWSKI A., sub.art. 46 ,in AA.VV. a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI, G.RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001.

ELIA L., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1964, 950.

EPIDENDIO T.E., *La trasmissione degli atti*, in A. BASSI, T.E. EPIDENDIO, *Guida alle impugnazioni dinanzi al Tribunale del Riesame*, Milano, 2008.

FERRAIOLI M., (voce) *Misure cautelari*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990.

FERRAIOLI M., *Il riesame dei provvedimenti sulla libertà personale*, Milano, 1989.

FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, II ed., Bologna, 2007.

FERRUA P., ( voce) *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989.

FIORAVANTI M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne, le libertà fondamentali*, Torino, 1995.

FOSCHINI G., *Il principio di tassatività delle cause di incompatibilità e le ipotesi "sopravvenute"*, in *Cass. pen.*, 1990, 1222.

FRIGO G., *La Corte costituzionale estende le garanzie alla fase degli atti preliminari al dibattimento*, in *Guida dir.*, 1997, 59.

GAITO A., *'Proroga' e 'rinnovazione' delle misure cautelari: il problema dei modi e dei tempi del contraddittorio*, in *Giur cost.*, 1994, 1825.

GAITO A, FURFARO S., *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, in *Giur. cost.*, 2010, 1065.

GAMBINI MUSSO R., (voce) *Habeas corpus*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 1992.

- GANZI G., *Incidenti e procedimenti incidentali diritto processuale penale*), in *Enc. dir.*, Roma, XXI, 1971, 5.
- GIANNONE A., (voce) *Riesame in materia di misure cautelari personali*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1997.
- GIARDA A., *Un'altra tessera di garantismo per la libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1015.
- GIULIANI L., *Misure restrittive della libertà personale e diritto di difesa dell'imputato*, in AA. VV., a cura di G. CONSO, *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- GIULIANI L., *Nullità dell'interrogatorio di garanzia per omesso deposito degli atti ex art. 293, comma 3, c.p.p.: le Sezioni unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare*. in *Cass. pen.*, 2005, 3260.
- GREVI V., (voce) *La libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974.
- GREVI V., *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Milano, 1976.
- GREVI V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in AA.VV. a cura di V. GREVI., *Processo penale e criminalità organizzata*, Roma-Bari, 1993.
- GUAZZAROTTI A., *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo secondo la prassi più recente*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)
- HARRIS D.J., O'BOYLE M., WARBRICK C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Londra, 1998.
- ILLUMINATI G., *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*, in *Giur. cost.*, 2008, 3753.
- ILLUMINATI G., *Presunzione di innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 919.

- ILLUMINATI G., *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in AA.VV. a cura di G. CONSO, *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale. I cinquant'anni della Corte costituzionale*, Napoli, 2007.
- INSOLERA G., *Il processo lungo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 913.
- KAFKA F., *Il processo*, Torino, 1995.
- LA PERGOLA A., *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1961.
- LONATI S., *Una norma tre volte irragionevole*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2027.
- LUPO E., *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*, in *Giur. cost.*, 1993, 66.
- MACOVEI M., *The right to liberty and security of person*, in [http://www.coe.int./TEhuman\\_rights/nrhb.pdf](http://www.coe.int./TEhuman_rights/nrhb.pdf).
- MANTOVANI G., *Corte Europea dei diritti dell'uomo e criminalità organizzata: un delicato equilibrio tra garanzie ed efficienza*, in *Leg. Pen.*, 2008, 49.
- MANTOVANI G., *Dalla Corte Europea una "legittimazione" alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia*", in *Leg. pen.*, 2004, 513.
- MANZINI V., *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912.
- MARCHETTI M.R., *Mandato d'arresto europeo: riaffermata l'equivalenza tra detenzione all'estero e custodia cautelare in Italia*, in *Giur. cost.*, 2008, 1758.
- MARZADURI E., *sub art. 275 c.p.p.*, in *Commentario Chiavario, III Agg.*, Torino, 1998.
- MARZADURI E., (voce) *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1994.

- MARZADURI E., *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato ed attuazione della presunzione di non colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2000, 232.
- MARZADURI E., *Giusto processo e misure cautelari*, in A.A. V.V. a cura di R.E. KOSTORIS, *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002.
- MARZADURI E., *In attesa di regole sullo sciopero dei difensori si va avanti a colpi di interpretazione*, in *Guida dir.*, 1997, 22, 76.
- MARZADURI E., *Premessa al commento articolo per articolo del d. lgs 19 febbraio 1998, n. 51*, in *Leg. pen.*, 1998, 371
- MARZADURI E., *Riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale*, in *Noviss. dig. it.*, App. VI, Torino, 1986.
- MAZZA O., *Interrogatorio ed esame dell'imputato: identità di natura giuridica e di misure cautelari nell'insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 1995, 2843.
- MOLINARI F.M., *Sui rapporti tra deposito degli atti ex art. 293, comma 3, c.p.p. ed interrogatorio di garanzia ex art. 294 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1998, 3025.
- MOLINARI F.M., *Considerazioni in tema di riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 974.
- MONTANARI L., *Giudici comuni e corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, in A.A.V.V. a cura di P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENURA, *La corte costituzionale e le corti d'Europa*, Torino, 2003.
- MORI P., *Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, Patto delle Nazioni unite e Costituzione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1983, 306.
- MOSCARINI P., *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 611.

NEGRI D., *Corte costituzionale, chiamata di correo e riscontri nel nel procedimento incidentale de libertate*, in *Cass. pen.*, 1997, 1266.

NEGRI D., *Fumus commissi delicti, la prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004.

NOBILI M., *Diritti difensivi, poteri del pubblico ministero durante la fase preliminare e legge 8 agosto 1995, n. 332*, relazione presentata con il titolo «*La difesa nel corso delle indagini preliminari: i rapporti con l'attività del pubblico ministero*» al XX Convegno nazionale di prevenzione e difesa sociale, Cagliari 29 settembre – 1 ottobre 1995, in *Cass. pen.*, 1996, 347.

NOBILI M., *L'immoralità necessaria*, Bologna, 2009.

NOBILI M., *Storie di una illustre formula: il libero convincimento negli ultimi trent'anni*, appunti per una relazione svolta al convegno – in memoria di Antonino Galati – dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale, su «*Il libero convincimento del giudice penale: vecchie e nuove esperienze*», Siracusa, 6-8 dicembre 2002 anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 71.

NUZZO F., *L'estensione dell'interrogatorio di garanzia per l'imputato in vinculis*, in *Cass. pen.*, 1999, 1728.

PAULESU P.P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009.

PEDRAZZI M., *La CEDU nell'ordinamento italiano*, in A.A.V.V. a cura di A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO, *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova, 2010.

PIERRO G., *Il giudicato cautelare*, Torino, 2000.

PISANI M., *sub. art. 5 Cedu*, in A.A.V.V., a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

POTETTI D., *Riesame appello e revoca in tema di misure cautelari: una convivenza difficile*, in *Cass. pen.*, 1994, 2934.

QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico*, Milano, 1968.

- RAFARACI T., *Le garanzie del procedimento de libertate; il diritto ad ottenere in un termine congruo le decisioni sulla libertà personale*, in AA.VV. a cura di A. BALSAMO, R. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008.
- RISPOLI V., *Natura della mancata consegna al difensore delle registrazioni dei difensori ex art. 268, comma 6, c.p.p.*, in *Dir. e giust. on line*, 11 giugno 2010.
- RIVELLO P.P., *Con la sentenza n. 155/96 si avvia verso la conclusione una travagliata, ma feconda «stagione» di interventi additivi della Corte costituzionale sulla tematica delle incompatibilità*, in *Cass. pen.*, 1996, 2858.
- RIVELLO P.P., *Il giudicato cautelare e le interconnessioni tra processo penale e processo penale militare*, in *Cass. pen.*, 1996, 2673.
- RIVELLO P.P., *Un'ulteriore dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 34 comma 2 c.p.p: l'incompatibilità alla funzione di giudizio dei componenti del «tribunale della libertà»*, in *Cass. pen.*, 1996, 2107.
- RIVELLO P.P., (voce) *Riparazione per ingiusta detenzione*, in *Dig. disc. pen.*, XII, 1997.
- ROSI E., *Imputati stranieri: la traduzione del verbale non è sempre necessaria. Scusi, lei parla italiano? No. E io l'arresto lo stesso*, in *Dir. giust.*, 2003, 44, 15
- RUGGERI A., *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in [www.forum costituzionale.it](http://www.forum costituzionale.it).
- RUGGERI A., *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it).
- SACCUCCI A., *La riapertura del processo penale quale misura individuale per ottemperare alle sentenze della Corte europea*, in AA.VV a cura di R. KOSTORIS., A. BALSAMO, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008.

- SALVADORI M., *L'applicazione della Convenzione europea e l'integrazione dei processi interpretativi*, in AA. VV. a cura di R. GAMBINI, M. SALVADORI, *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, ESI, 2009.
- SANDRO P., *Alcune aporie e mutamento di paradigma nel nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 855.
- SANTORIELLO C., *La riparazione per ingiusta detenzione*, in AA.VV. a cura di G. SPANGHER, C. SANTORIELLO, *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009.
- SANTORIELLO C., *Un'opportuna precisazione in tema di ingiusta detenzione*, in *Giur. cost.*, 1999, 961.
- SATTA S., *Il mistero del Processo*, Milano, 1994.
- SCHELLINO D., *sub art. 275 c.p.p.*, in *Commentario Chiavario*, I Agg., Torino, 1993, 114.
- SORRENTINO F., *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corr. Giur.*, 2/2010, 145.
- SPAGNOLO P., *I poteri cognitivi e decisorii del Tribunale della Libertà investito dell'appello de libertate del pubblico ministero: i confini tra devolutum e novum*, in *Cass. pen.*, 2004, 2756.
- SPAGNOLO P., *Il Tribunale della libertà tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano, 2008.
- SPANGHER G., *Le sezioni unite sui rapporti tra riesame e richiesta di revoca*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 69.
- 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, 4265.
- TONINI P., CONTI C., *Custodia cautelare e struttura del processo: come perseguire una durata ragionevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 359.

TONINI P., *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 949.

TONINI P., *Manuale di Procedura Penale*, Milano, 2007.

TONINI P., *Manuale di Procedura penale*, Milano, 2010.

TRECHSEL S., *Liberty and security of person*, in A.A. V.V., a cura di MACDONALD, MATSCHELL, PETZOLD, *The European system of Human rights*, Dordrecht, 1993.

TRECHSEL, S. *Human Rights in criminal proceedings*, Oxford, 2007.

UBERTIS G. *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione per violazione dell'equità processuale* in A.A.V.V a cura di A. BALSAMO, R. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008.

UBERTIS G., *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, 1091.

UBERTIS G., *La corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 371.

UBERTIS G., *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra Cedu e Trattato di Lisbona*, in *Cass pen.*, 2010, 2494.

UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea, le regole del giusto processo*, Milano, 2000.

VALENTINI E., *Principio di proporzionalità e durata della cautela*, in *Giur. mer.*, 2010, 446

VAN KALMTHOUT A.M., KNAPEN M.N., MORGESTEN C., *Pre-trial detention in the European Union, an analysis of minimum standards in Pre- Trial detention and the grounds for Regular Review in the Member States of The EU*, WLP, 2009.

VARRASO G., *Interrogatorio in vinculis dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1387.

VASSALLI G., *Libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali – estratto dagli scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1956.

VITALE A., *Udienza di convalida e diritto del difensore alla conoscenza degli atti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 627.

ZAGREBELSKY V., *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

#### RINGRAZIO

Il prof. Enrico Marzaduri, consapevole del privilegio di aver seguito i suoi insegnamenti.

La mia famiglia, le amiche e gli amici di sempre, per il loro instancabile appoggio.

Nicola, per avermi attesa.