

I diritti fondamentali e la cautela personale nel processo

1. I principi fondamentali, le fonti e le contraddizioni.

Le disposizioni fondamentali in tema di libertà personale e, quindi, di cautela, di solito, dopo avere proclamato il diritto alla libertà, fanno riferimento ai *divieti* rivolti all'Autorità piuttosto che al diritto medesimo e ciò comporta che, invece dell'indagine sull'ampiezza del diritto, siano proprio i divieti a coprire l'intero ambito di considerazione dell'interprete. Secondo un andamento che, in sostanza, tende a recuperare dal divieto il diritto e non pure individuare nel primo soltanto il limite che in relazione all'ampiezza del secondo deve essere specificato, il diritto si dà per scontato e poco si indugia, appunto, sull'*ambito di portata* di esso e sul principio (o sui principi) fondamentali che lo sorreggono. Si tratta, come evidenziato dalla migliore dottrina, di un retaggio del non recente passato che ha ormai raggiunto il livello di costume interpretativo: se “*tradizionalmente carte e costituzioni [hanno regolato] le libertà in relazione ai poteri che possono o non possono turbarle*” ⁽¹⁾, è chiaro che ancora oggi l'antagonismo tra individuo e potere, particolarmente evidente nel caso della libertà personale, sia considerato dal punto di vista di un limite all'azione del potere piuttosto generico che non dall'individuazione dell'ampiezza del diritto sottostante rispetto al quale il limite deve essere rigoroso per evitare di compromettere espressioni del diritto al di là della giustificazione della cautela.

Tale l'ottica, il portato innovativo del Patto, della C.e.d.u. e della Carta costituzionale, nonostante il passare degli anni, sembra rimanere ancora mortificato – e proprio nella parte maggiormente propositiva e, quindi, *di base* per la definizione del diritto di libertà – dall'intreccio di affermazioni e divieti che lo compongono.

Si ha, così, che nell'interpretazione delle disposizioni fondamentali e, quindi, nell'applicazione in concreto della legge secondo lo spirito che le anima, ciò che precede i divieti (il diritto, cioè) rimanga pressoché nell'ombra (quasi fosse un'aspirazione cui tendere e non l'unica situazione concreta con la quale confrontarsi) ed espressioni, quali: “*Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza della propria persona*” (così l'art. 9 del Patto); “*Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza*” (art. 5 C.e.d.u.); “*La libertà personale è inviolabile*” (art. 13 Cost.), pur affermando senza ombra di dubbio il riconoscimento positivo della *fondamentalità* del diritto alla libertà personale, non sono considerate più di tanto rispetto alla specula-

⁽¹⁾ AMATO, *Art. 13*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, II, Bologna, 1977, 2.

zione sui divieti conseguenti, dei quali, sovente, non si coglie altro che quanto necessario a giustificare la compressione.

Secondo tali fonti, però, la compressione della libertà in taluna delle sue espressioni deve essere, innanzi tutto, *predefinita nei casi e nei modi che la giustificano*; poi, *conseguente a provvedimento qualificato dell'autorità*; infine, ma non per ultimo, *sempre improntata al minimo sacrificio per l'individuo che la sopporti*.

La situazione è plasticamente definita dall'art. 5, par. 1 C.e.d.u. e dalla relativa giurisprudenza della Corte europea. Dopo avere esordito che *“Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza”*, la norma definisce e sviluppa un il distinguo, secondo cui *“Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge”*: i casi che legittimano la violazione del diritto alla libertà sono predefiniti dalla stessa norma (par. 1, lett. a-f), mentre i modi devono essere previsti dalla legge dallo Stato. Tanto per gli uni che per gli altri, però, elettivamente nell'ipotesi considerata alla lett. c (*“se [l'individuo] è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di ritenere che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso”*), la norma esprime la regola, per la quale ogni privazione della libertà deve essere giustificata dalla *necessità*.

La Corte europea è davvero esplicita, sul punto: *“per applicare una misura privativa della libertà personale, non basta che siano soddisfatte le condizioni generali previste dal diritto interno, né che tali condizioni siano, nell'ambito nazionale, chiaramente definite in modo da permettere ad ogni cittadino di conoscerle”*, posto che *“ai fini della legittimità convenzionale della privazione della libertà è necessario, in ogni caso, accertare che la detenzione sia compatibile con la disciplina pattizia e con gli scopi dell'art. 5, par. 1, C.e.d.u., che sono quello di evitare una privazione arbitraria della libertà personale e di ponderare la congruenza alla Convenzione della legge nazionale, compresi i principi generali”* ⁽²⁾. E può certamente affermarsi che allorquando si attendi all'applicazione di una cautela, non può non considerarsi che essa ha parametri di definizione e di riferimento precisi, costituiti essenzialmente dal duplice giudizio: a) di conformità della privazione al principio di legalità interno; e, b) *sempre e comunque* di conferenza col *principio di necessità*, secondo il quale ogni limitazione della libertà può essere giustificata solo in presenza di specifiche e concrete esigenze.

⁽²⁾ V., *ex multis*, Corte eur., 23.6.2002, Butkevicius c. Lituania; Id., 21.3.2002, Stasaitis c. Lituania.

La disposizione convenzionale accomuna la libertà alla *sicurezza* della persona e, com'è noto, nella previsione di essa ricadono tutti i tipi di limitazione della libertà (fermo, arresto, custodia disposta nell'ambito di procedimento penale, misura di sicurezza o prevenzione, detenzione dovuta a disturbi mentali o a fini estradizionali) e tale vastità ha imposto la definizione dell'ambito entro il quale possa ragionevolmente parlarsi di "*privazione della libertà*". In proposito, la Corte europea ha statuito che la distinzione tra la *privazione della libertà di movimento* e le altre forme di limitazione della libertà, si riferisce solo "*al grado e all'intensità della privazione e non alla natura ed alla sostanza della stessa*", cosicché, per stabilire se ricorre il "*grado o l'intensità*" che rende operabile l'art. 5 occorre avere riguardo all'intero campo che copre le limitazioni e, così: a) il *tipo di limitazione della libertà*; b) la *durata di essa*; c) gli *effetti che la limitazione produce o può produrre*; d) il *modo di attuazione della limitazione* ⁽³⁾.

Data tale ampiezza, può dirsi davvero che nella disposizione convenzionale *libertà e sicurezza* costituiscono un unico principio e, anzi, l'endiadi libertà personale-sicurezza compone un sistema di tutela nel quale è la garanzia di riserva di legge interna a subire uno scossone, posto che, anch'essa, in relazione a *casi e modi* che legittimano la limitazione della libertà, deve pur sempre *fare i conti* con la previsione convenzionale. Si tratta, come da più parti sostenuto, di una riserva di legge che può dirsi *rafforzata* e che rende ancor più manifesto il senso della libertà personale come diritto conculcabile soltanto in presenza di una *necessità* superiore corrispondente al rispetto della libertà e della sicurezza di ognuno e di tutti.

La disposizione convenzionale è chiara e nonostante nella legislazione e nella prassi interna si tenda spesso a sminuirne la portata attraverso marchingegni normativi che si risolvono in inaccettabili automatismi tra gravità indiziaria e compromissione della libertà, i concetti di libertà e sicurezza in relazione alla *necessità* esprimono un'esigenza di *proporzione* che risulta malamente relazionata ai soli *modi* della custodia cautelare. Diversamente da quanto si crede, è la compressione della libertà *in sé* a dovere essere proporzionata, secondo parametri e rapporti che ne definiscano la necessità in relazione alle esigenze del processo e non pure da questo occasionate. E si ha, dunque, che, a seguire ancora la Corte europea, se "*l'esistenza di un interesse pubblico di intensità tale da controbilanciare il diritto alla libertà, come presupposto della misura cautelare, può certamente risiedere nell'esistenza di un ragionevole sospetto di colpevolezza nei confronti dell'arrestato, ciò, in mancanza di un'altra esigenza, non può*

⁽³⁾ Tali parametri sono stati richiamati da Corte eur. 6.11.1980, Guizzardi c. Italia. La Corte, nel caso, ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 5, C.e.d.u., in quanto il soggetto, sottoposto a soggiorno obbligato ai sensi della legge antimafia, è stato costretto a vivere per sedici mesi in una isola remota al largo della Sardegna.

essere sufficiente a legittimare la detenzione”⁽⁴⁾, posto che, evidentemente, l’esigenza successiva non può essere riproposta nel medesimo interesse considerato *sub specie* di tutela sociale.

Pare evidente che ciò costituisca la base per l’individuazione dei limiti della cautela nella considerazione dell’essenza stessa di essa, in quanto *situazione necessitata* che esprime in sé (e realizza) un’idea di *strumentalità cautelare* relazionata a finalità che abbiano ragioni esclusivamente processuali: è la cautela in sé, dunque, non solo il modo di essa a dovere essere proporzionato alle esigenze da soddisfare, e, queste, non possono che essere individuate in relazione al corretto svolgersi della progressione processuale.

Da tale prospettiva, la previsione di canoni di giudizio – quali, ad esempio, la *concretezza* e la *attualità* nella valutazione delle situazioni costitutive delle esigenze – pare del tutto insufficiente senza la predeterminazione di un catalogo di tali esigenze che sia strettamente corrispondente all’unico parametro sotteso al concetto stesso di cautela: la necessità di garanzia di ordine nello svolgimento (e per lo svolgimento) del processo.

Tale *finalismo*, nonostante le molte deviazioni conseguenti ad eccezionalità mai rientrate, è chiaramente indicato nelle disposizioni del codice di procedura, dalle quali risulta in modo abbastanza evidente come l’adozione di misure restrittive nei confronti dell’individuo accusato della commissione di un reato è legittima allorché essa risulti *concretamente necessaria*. Il problema che rimane in ombra, invece, in quelle disposizioni è la *direzione* della necessità: necessaria *a che cosa*, la compressione della libertà personale? Se la *fisiologia* della cautela processuale impone che essa sia necessaria al processo e che, quindi, la compressione, fino alla privazione, della libertà dell’imputato o dell’indagato sia correlata soltanto alla possibilità che, libero, possa nuocere al corretto procedere fino a che punto la sicurezza dell’individuo contro gli attentati alla sua libertà può dirsi garantita dall’individuazione di esigenze cautelari che, col processo, nulla hanno da spartire, quali ad esempio, quelle che elevano il processo ad *occasione* di tutela sociale come avviene nella previsione dell’art. 274, lett. c, c.p.p.,

⁽⁴⁾ Così, Corte eur., 6.6.2000, Cesky c. Repubblica Ceca. Nello stesso senso, Corte eur., 19.10.2000, Wloch c. Polonia. Il tema è stato ripreso pure da Corte eur., 26.9.2002, Grisez c. Belgio, secondo cui “*la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza che legittima la detenzione ante iudicatum, con il trascorrere del tempo non è più sufficiente a legittimare il mantenimento della cautela*” e spetta all’Autorità procedente “*addurre ulteriori ragioni che per la loro ‘pertinenza’ e ‘sufficienza’ siano tali da giustificare la legittimità del protrarsi della misura*”, in quanto “*il protrarsi nel tempo di una detenzione ante iudicium non si giustifica se non in riferimento ad una reale esigenza di interesse pubblico che sia tale da prevalere, nonostante la presunzione d’innocenza, sul diritto al rispetto della libertà personale tutelato dall’art. 5, C.e.d.u.*”. Più di recente, Corte eur., 8.8.2006, Huseyn Esen c. Turchia, ha ribadito siffatta conclusione, specificando che la sussistenza della “*concreta permanenza*” del pericolo di fuga e di quello di inquinamento probatorio posti a base della custodia, va, col protrarsi del tempo, verificata e giustificata.

laddove si considera il pericolo che l'indagato o l'imputato commetta altri "gravi delitti", addirittura sganciati per specie da quello per cui si procede?

Si è soliti affermare, seguendo le norme positive, che tre sono i principi generali che governano la disciplina delle misure cautelari: il principio di *giurisdizionalizzazione*; quello di *legalità* (o "tassatività") e l'altro, il principio *della domanda* ⁽⁵⁾. Evidente che il catalogo proposto sia del tutto condivisibile, da quanto fin qui detto emerge, però, che il rispetto dei diritti fondamentali della persona impone l'individuazione di una *necessità cautelare*, non solo sganciata dall'arbitrio, ma viepiù fondata sulla *strumentalità* della situazione determinata dall'adozione della cautela.

La *strumentalità* nel caso della cautela personale assume una connotazione affatto particolare rispetto, ad esempio alla cautela reale, non già soltanto per la diversa importanza dei diritti in gioco, ma, come s'è detto, per la *finalità* cui tende. Qui, infatti, la strumentalità, in quanto situazione necessariamente *temporanea* volta alla tutela del processo, si relazione in maniera diretta con l'ordine del procedere piuttosto che col provvedimento definitivo conseguente al processo, come avviene, ad esempio, nel caso delle misure reali, per cui è il concetto di stesso di *cautela-garanzia* della situazione che creerà il provvedimento conclusivo del processo a venire meno. La *garanzia* che siano effettivamente raggiunti gli scopi della sentenza all'esito del processo, in relazione alla cautela personale, non rileva affatto, perché, in tal caso, le esigenze da tutelare sono del processo e non dell'esito di esso.

Nonostante tale conclusione discenda chiaramente dalle disposizioni fondamentali e dalla formula dell'art. 274 c.p.p., la strumentalità della cautela nel processo è di solito affrontata dall'ottica della *provvisorietà* piuttosto che della *temporaneità*. Infatti, seguendo un' impostazione consolidata, si è soliti affermare che la cautela personale nel processo, così come ogni cautela, trova la sua ragion d'essere nel fatto che il processo, siccome "*categoria di fattispecie complesse a formazione successiva*" ⁽⁶⁾, implica necessariamente un evolversi nel tempo, per cui "*si appalesa la necessità di stabilire una continuità tra la situazione iniziale e la situazione finale, attraverso la creazione di una serie di situazioni intermedie*" ⁽⁷⁾, tra le quali, appunto, i provvedimenti cautelari. In tal modo, il protrarsi del procedimento in tempi e momenti diversi determinerebbe "*inevitabilmente, uno scorrere del tempo tra l'origine del processo e la sua definizione, nel corso del quale il verificarsi di eventi pregiudizievoli può mettere in*

⁽⁵⁾ Esaustivamente sul punto, APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, 2003, 61 ss.

⁽⁶⁾ CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 121.

⁽⁷⁾ DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953, 27.

pericolo la compiuta realizzazione dell'interesse giuridico protetto"⁽⁸⁾. Da ciò, l' "inevitabile esigenza di un intervento in forma immediata al fine di garantire le fattispecie giuridiche lese che solo con il provvedimento finale potranno dirsi integralmente reintegrate"⁽⁹⁾ e la conseguente fissazione della funzione di tutti i provvedimenti cautelari nella "relazione che passa tra due termini: la necessità che il provvedimento, per essere praticamente efficace, sia emanato senza ritardo e la inettitudine del processo ordinario a creare senza ritardo un provvedimento definitivo"⁽¹⁰⁾. Da tale impostazione, anche la cautela personale corrisponderebbe, dunque, all'esigenza di garantire che l'emanazione del provvedimento finale espliciti i suoi effetti su una situazione di fatto corrispondente a quella operante al momento della domanda giudiziale.

Non si crede di sbagliare, sostenendo, invece, che qualsivoglia tesi che intenda anche la cautela personale come preordinata all'emissione del provvedimento definitivo sconta all'origine l'evidente disinteresse verso la particolarità di siffatta cautela in rapporto al sistema dei diritti e delle garanzie che la definiscono come strumentale soltanto al processo. E laddove tale sistema non si consideri adeguatamente, le deviazioni paiono essere consequenziale, in quanto, alla luce della riproduzione, nel caso, di schemi che possono andar bene per altro genere di cautela, risulterà evidentemente consentito quanto pure si proclama inaccettabile: dalla strumentalità, intesa come necessità di intervento immediato in vista degli effetti del procedimento futuro, sarà addirittura naturale far discendere che la misura cautelare sia destinata a *coprire* la pena che sostanzialmente *anticipa*; mentre considerando la strumentalità non puntualmente fissata rispetto alle esigenze dei singoli momenti processuali, qualsivoglia esigenza di tutela sociale correlata alla situazione soggettiva dell'imputato o dell'indagato potrà essere considerata *esigenza processuale* e, contrariamente ad ogni criterio logico, sarà tale anche quella di *togliere di torno* l'individuo socialmente pericoloso, come purtroppo accade vigendo la regola dell'art. 274, lett. c, c.p.p.

Ognuno vede come, in tal modo, si sia ontologicamente ben oltre il limite della cautela. E se, proprio in prospettiva di definizione della strumentalità della custodia, ad essa è stato dedicato tutto un libro del Codice, nella considerazione dogmatica di essa, soprattutto per ciò che riguarda quella personale, non pare si sia andati molto al di là delle costruzioni proposte sui

⁽⁸⁾ CASTELLANO - MONTAGNA, *Misure cautelari reali*, Digesto Pen., VIII, Torino, 1994, 99.

⁽⁹⁾ CASTELLANO - MONTAGNA, *Misure cautelari*, cit., 99.

⁽¹⁰⁾ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 19. Nello stesso senso, SIRACUSANO, *Tutela provvisoria e giustizia penale differita*, Pol. d. Dir., 1981, 88; GAITO, *Incidente di esecuzione e procedimenti incidentali*, Riv. Dir. Proc., 1989, 52.

“vecchi quadri legislativi [cui] mancava una prospettiva organica della tutela cautelare [costituendo] le norme sulla custodia preventiva un capitolo dell’istruzione”⁽¹¹⁾.

Né pare si siano finora adeguatamente considerate le remore che, sulla cautela, sono imposte dal sistema delle garanzie fondamentali, tra le quali, in particolare, oltre al diritto alla libertà, il divieto di considerare colpevole chi è ancora imputato o addirittura indagato e il diritto a non accusare sé stessi. La combinazione di siffatte garanzie, infatti, definisce in senso positivo il concetto di cautela, relazionandolo alle esigenze del processo nel rispetto delle posizioni soggettive che lo compongono, per cui dalla considerazione di esse la strumentalità della cautela personale trova un autonomo spazio nella teoria della cautela processuale, appunto finalizzandola alle esigenze del processo e non alla situazione che sarà determinata dalla decisione definitiva. Volendo specificare: la presunzione di non colpevolezza contribuisce a qualificare la strumentalità della cautela in senso oggettivo – per cui ogni privazione della libertà personale, non solo non deve essere un’anticipazione della pena, ma, coerentemente, non deve oltrepassare i limiti di quanto necessario all’ordinato procedere, i cui confini sono segnati appunto da quanto l’imputato (o indagato) potrebbe porre in essere per recar danno al processo; il diritto a non accusare se stesso (ovvero di tacere), si pone, invece, come canone fondamentale di interpretazione al fine di evitare che la compromissione della libertà personale, da misura cautelare degeneri in strumento di coartazione della volontà.

Per altro, è la naturale essenza di istituto processuale ad essere intaccata allorché la cautela personale sia piegata verso finalità diverse da quelle (processuali) sue proprie. E già Carrara, nel suo *Programma*⁽¹²⁾, ammoniva che “*Siffatta custodia [che allora era carcerazione preventiva, n.d.r.] considerata rispetto ai bisogni della procedura, non potrebbe essere che brevissima: tanto quanta necessaria per interrogare l’imputato, ed avere dalla sua viva voce tutti quegli schiarimenti che la istruzione può desiderare: Dopo di ciò non vi sarebbe per questo lato ragione di ritenerlo. Laonde il suo prolungamento in faccia alla rigorosa ragione sarebbe ingiusto, perché pecca di petizione di principio*”. Non c’era ancora la presunzione di non colpevolezza, né il diritto al silenzio era codificato; oggi, nonostante tali *fondamenti*, le esigenze non direttamente riferibili a situazioni processuali da tutelare dilatano la possibilità di compromissione della libertà oltre il senso stesso della cautela processuale, finendo, così, con l’impoverirne la naturale relazione strumentale col processo.

3. Le disposizioni codicistiche “di garanzia”: gli artt. 272 e 277 c.p.p.

⁽¹¹⁾ CORDERO, *Procedura penale*, Sesta ed., Milano, 2001, 468.

⁽¹²⁾ CARRARA, *Programma, Parte generale*, § 897.

Allorquando si afferma che l'art. 272 c.p.p., norma di esordio alle disposizioni sulle cautele – “*Le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo*” – esprime *in positivo* una garanzia che le carte fondamentali dei diritti proclamano di regola facendo leva sulla formula negativa si dice cosa solo parzialmente esatta. Il risalto *in positivo* indubbiamente colpisce, ma soltanto per ragioni di esposizione. Si è visto, infatti, che basta considerare l'affermazione del diritto alla libertà personale esplicitamente riconosciuto al 1° co. della norma costituzionale, oltre che dalle dette disposizioni sovranazionali per avvedersi di come esso, non soltanto “*lascia ancora piuttosto in ombra quel rapporto di regola ad eccezione che sempre dovrebbe presiedere alla definizione dei confini tra il diritto di libertà e le sue restrizioni*”⁽¹³⁾, ma appare *ictu oculi* inutile, almeno laddove non si riesca a cogliere in essa un qualche elemento di novità, dal quale trarre, in ricaduta, conseguenze giuridicamente rilevanti, non foss'altro che in prospettiva di interpretazione.

In rapporto alle disposizioni fondamentali, invero, la norma in esame si pone come inutilmente ripetitiva e risulta del tutto vuota. Inutilmente ripetitiva, stante il contesto segnato da un sistema costituzionale chiuso che ovviamente esclude l'esistenza di poteri extralegali; del tutto vuota, in quanto non impegna, né implica alcunché. Per altro, “*arresto in flagranza e fermo stanno altrove; e fuori dal codice esiste una giurisdizione volontaria coercitiva, latu sensu cautelare*”⁽¹⁴⁾ che incide – eccome – sulla libertà di intere categorie di soggetti⁽¹⁵⁾. In prospettiva di garanzia, è indubbiamente più rilevante l'art. 214 disp. att., che ha abrogato ogni disposizione concernente la possibilità di arresto e cattura da parte di organi giurisdizionali “*che non esercitano funzioni penali*”. Tanto nella rubrica quanto nel testo dell'articolo si parla, poi, non di libertà personale bensì, più genericamente, di “*libertà della persona*” e da ciò consegue immediatamente che l'area di operatività del principio di legalità si estende a tutte le cautele personali: oltre a quelle propriamente coercitive (anche a contenuto prescrittivo od obbligatorio) vengono così in considerazione anche le misure interdittive⁽¹⁶⁾.

Forse al solo fine di evitare l'inevitabile giudizio di vacuità, si è soliti sostenere che attraverso di essa, il legislatore ha inteso “*dare - secondo lo schema delle regole di tassatività - una por-*

⁽¹³⁾ GREVI, *Misure cautelari*, in CONSO, GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2003, 365; v. altresì, CHIAVARIO, Art. 272, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, III, Torino, 1990, 27.

⁽¹⁴⁾ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 469.

⁽¹⁵⁾ Si pensi al sistema delle misure di prevenzione, ex L. 1423 del 1956 e, soprattutto, ex L. 575 del 1965, laddove, a fronte di proclami inutili in tema di concretezza della situazione legittimante la limitazione della libertà, è sufficiente il mero indizio di appartenenza a consorceria mafiosa o di contiguità ad essa a comprimerla.

⁽¹⁶⁾ MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Digesto pen.*, VIII, Torino, 1994, 63.

tata, in via di principio esaustiva alla disciplina codicistica, sia quanto a presupposti legittimanti (i 'casi' di cui all'art. 13 Cost.), sia quanto a dinamica esplicativa del potere cautelare (i 'modi' del suo esercizio, sempre per dirla con la terminologia della norma costituzionale)⁽¹⁷⁾; cosa che, nonostante non impedisca di costruire fuori dal sistema cautele in deroga, dovrebbe comunque imporre al legislatore "speciale" di manifestare "espressamente questa volontà sia nell'individuazione degli istituti sia per tutto quanto concerne la loro concreta modellazione", restando, ogni aspetto non diversamente disciplinato, regolato dalle disposizioni del codice di rito⁽¹⁸⁾.

Ora, se l'affermazione tenta un estremo recupero, nella norma, di un qualche contenuto precettivo, l'intento è indubbiamente lodevole; se, invece, vuole essere un' indicazione-monito rivolta al legislatore "speciale", l'augurio è che di legislazioni speciali non ci sia più bisogno, fermo restando il fatto che, in tal caso, sarebbe il sistema fondamentale che pone gli stessi limiti richiamati dalla norma.

Le ipotesi, nelle quali è stata prospettata la violazione della norma in esame offrono, però, una possibilità diversa per darle un senso. Esse sono essenzialmente due: l'applicazione congiunta di diverse cautele, quanto ai "casi" nei quali risulterebbe violata; la destinazione del custodito ai circuiti di carcerazione differenziata, quanto ai "modi" che essa vieterebbe. E' il caso di soffermarsi, per tentare, così, per altra via, di sfruttare la disposizione che, pur all'apparenza vuota, propone un'accezione della libertà, al plurale, che s'è visto costituire momento di particolare attenzione verso lo sviluppo di un concetto di libertà coinvolgente le diverse posizioni soggettive di vantaggio "riconosciute" che, componendola sempre quale *unicum*, comporta comunque la compressione della totalità di essa anche laddove sia compromessa soltanto una delle dette posizioni soggettive. Ecco, seguendo tale via, il riferimento alle libertà, piuttosto che alla libertà, pare definire l'ambito di ciò che, in ogni caso, deve rimanere intangibile nonostante la custodia, in quanto estraneo all'incidenza di essa nella sfera complessiva della libertà dell'individuo imputato o indagato.

Si tratta, in sostanza, dei limiti entro i quali, la custodia deve essere eseguita, in relazione all'aspetto della libertà che essa, per la sua ontologica struttura, naturalmente comprime. Nel caso della custodia carceraria, ad esempio, essa, non può essere attuata in modo talmente stringente, sì da risultare illegittima, laddove oltre a privare il soggetto della possibilità di disporre liberamente del proprio essere fisico, lo deprima psichicamente, tanto da costringerne la volontà ovvero lo mini nella salute.

⁽¹⁷⁾ CHIAVARIO, *Art. 272*, cit., 24.

⁽¹⁸⁾ CHIAVARIO, *Art. 272*, cit., 25.

L'esempio rivela come è soprattutto in relazione ai "modi" della custodia che risulta appropriato il richiamo ad essa, entro i limiti segnati dall'aspetto della libertà considerato dalla norma di riferimento; nondimeno, ciò è possibile anche in relazione ai "casi", laddove, appunto, nonostante la tassatività individui una relazione più diretta rispetto ai modi concreti attraverso i quali la custodia si realizza, l'esistenza di vuoti (le c.d. "maglie" della legge) sembrerebbe consentire eccessi che il richiamo alle libertà (*rectius*: ai vari aspetti della libertà) invece esclude.

L'ipotesi dell'applicazione congiunta è emblematico esempio di quest'ultima situazione. E si ha, dunque, che solo di recente la giurisprudenza di legittimità ha posto fine all'equivoco di ritenere che, nonostante l'ipotesi cumulativa fosse considerata soltanto in alcuni casi, l'assenza di espressa esclusione ne legittimava l'applicazione.

A siffatto indirizzo, per il quale, appunto, *"In tema di misure cautelari, sebbene la sola disposizione che prevede il cumulo tra le stesse sia quella di cui all'art. 276 relativa all'ipotesi della trasgressione delle prescrizioni, non può tuttavia escludersi che la necessità di un'applicazione congiunta possa prospettarsi sin dall'inizio, al fine di una più efficace tutela delle esigenze alle quali è preposta altra meno grave misura, ovvero possa essere ravvisata, in un secondo momento, dal giudice del riesame in tema di appello 'de libertate', per cui è legittima l'applicazione, anche simultanea, di due misure coercitive che siano tra loro compatibili"* ⁽¹⁹⁾, le Sezioni unite hanno opposto che *"In ossequio al principio di legalità e tassatività delle misure cautelari personali, sancito dall'art. 272, c.p.p., l'applicazione cumulativa nei confronti di un medesimo soggetto di diverse misure cautelari personali può essere disposta nei soli casi espressamente previsti dagli artt. 276, comma 1, e 307, comma 1-bis, c.p.p."*, precisando in motivazione che, in mancanza di previsione espressa, *"non sono ammissibili né l'imposizione 'aggiuntiva' di ulteriori prescrizioni non previste dalle singole disposizioni regolanti le singole misure, né l'applicazione 'congiunta' di due distinte misure, omogenee o eterogenee, che pure siano tra loro astrattamente compatibili"* ⁽²⁰⁾.

S'è detto che è soprattutto in relazione ai "modi" della custodia che l'indicazione, al plurale, della libertà costituisce momento di estremo rilievo. Il problema della destinazione del custodito "in vinculis" ai circuiti di carcerazione differenziata è stata risolta negativamente dalla giurisprudenza di legittimità, nonostante sia oltremodo evidente come la essa costituisca mi-

⁽¹⁹⁾ Cass., Sez. V, 14.4.2000, Goglia ed altri, *Riv. Pen.*, 2001, 202.

⁽²⁰⁾ Cass., Sez. Un., 30.5.2006, n. 29907, La Stella, *Giur. It.*, 2007, 11, 2567. In tal senso, in precedenza, Cass., Sez. II, 29.11.2001, Colella ed altri, in *Cass. Pen.*, 2003, 2573.

sura cautelare atipica, quindi “*in aperto contrasto con i principi di tassatività (art. 272) e di giurisdizionalità cautelari (art. 279)*”⁽²¹⁾.

Il tema è scottante e va detto che, in punto di garanzie, tutele e controlli, si è determinata una situazione per cui neppure il giudice che ha emesso la misura cautelare ha potere di intervento alcuno. Investita di una questione di illegittimità costituzionale sul punto, la Corte costituzionale è intervenuta, sostanzialmente depotenziando il giudice della cautela e – va detto – confondendo pure il concetto di “*giudice che procede*”: “*E’ manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 41-bis, co. 2-bis, ord. penit., sollevata, in riferimento agli art. 3, 32 e 101 cost., nella parte in cui non prevede l’esistenza del potere del giudice, che procede al giudizio penale nel cui ambito è stato emesso il titolo cautelare in esecuzione, nei limiti in cui tale verifica si renda assolutamente necessaria ai fini di tutela del diritto alla salute dell’imputato detenuto, in quanto, ove il sindacato sul contenuto del provvedimento ministeriale di sospensione venisse attribuito anche al giudice che procede, ne deriverebbe una sovrapposizione delle competenze del giudice di cognizione e del tribunale di sorveglianza, che potrebbe dare luogo a contrasti di pronunce tra i due organi ed anche tra diversi giudici che procedono nei confronti del medesimo imputato*”⁽²²⁾.

Per altro, la legge 23.12.2002, n. 279 ha ridisegnato il regime speciale per detenuti considerati pericolosi, e la nuova disciplina, nel suo complesso, ha davvero segnato la fine della “*temporaneità del carcere duro*”, per cui “*anziché eliminare l’anomalia*” l’ha “*ingessata*”⁽²³⁾.

La previsione, mantenuta dalla riforma, relativa all’applicazione della disciplina *de qua* anche agli imputati è stata oggetto di varie osservazioni critiche in dottrina. A chi, nella specie, ha individuato una “*grave lesione dei principi generali del processo*” – dal momento che il titolo di detenzione di tali soggetti è “*sottoposto al controllo di giudici del tutto estraniati dalla procedura applicativa e di controllo del carcere duro, ma ne possono in concreto essere negativamente condizionati*” cosicché essi diventano “*imputati ‘di serie B’, presunti un po’ meno innocenti degli altri*”⁽²⁴⁾ – ha fatto eco chi ha rilevato, più decisamente, che le particolari modalità di esecuzione “*nascondono chiaramente una finalità punitiva ed affittiva estra-*

⁽²¹⁾ FIORIO, *Giusto processo e fenomenologia della detenzione*, in CERQUETTI, FIORIO, *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, Padova, 2004, 172.

⁽²²⁾ Corte cost., ord. 23.07.2002, n. 390, in *Cass. Pen.*, 2002, 3752.

⁽²³⁾ Così FRIGO, *La deroga a regole generali impoverisce il sistema*, in *Guida Dir.*, 2003, 1, 40. In tema, pure, BOTTI, *Riforma del 41-bis, il fine non sempre giustifica i mezzi*, in *Dir. e Giust.*, 2003, 3, 9.

⁽²⁴⁾ FRIGO, *La deroga a regole generali impoverisce il sistema*, cit., 43.

nea alla misura cautelare”⁽²⁵⁾, non mancando, comunque, i richiami alle “*problematiche di vastissima portata sociale e culturale*” che l’intero regime comporta⁽²⁶⁾.

Da una circolare del Dipartimento dell’Amministrazione penitenziario⁽²⁷⁾ emergono dati significativi in merito alla violazione delle sfere di libertà, oltre quella connaturale alla custodia *in vinculis*, che dovrebbero far propendere per l’incompatibilità del regime speciale con la norma di garanzia di cui all’art. 272 c.p.p. Si ha, infatti, che, secondo l’Amministrazione penitenziaria, la sottoposizione al regime speciale è da intendere “*come una misura di prevenzione, finalizzata alla attenuazione dei contatti tra gli esponenti detenuti della criminalità organizzata ed i componenti della consorteria operanti all’esterno, allo scopo di impedire la commissione di reati*”, per cui, oltre ad essere limitato ad un colloquio mensile controllato la vita di relazione familiare e sottoposta a censura la corrispondenza, “*la collocazione dei detenuti all’interno delle sezioni avverrà sempre rigorosamente in cella singola*”; “*sarà inoltre necessario prestare molta attenzione ai contatti tra detenuti all’interno dell’istituto durante le ore di permanenza all’aperto e di socialità*” e, a tal proposito, “*i nuovi decreti, emessi sulla base della riforma, prevedono che i detenuti possono permanere all’aperto per non più di 4 ore al giorno, di cui due da trascorrere in appositi locali adibiti a biblioteca, palestra, ecc., e in gruppi che non possono superare le cinque persone*”, ma, siccome “*tale limite di partecipanti è stato posto dal Legislatore quale tetto massimo... il numero ottimale di persone che potrebbero comporre i gruppi dovrebbe essere di tre-quattro*”.

La libertà-le libertà: questo – lo si ribadisce – è il tema e, dunque, l’ambito della libertà concuabile a seconda della misura. Che la custodia carceraria comporti l’impedimento del soggetto di disporre fisicamente di sé è ovvio, il di più, non. La compressione fino all’annullamento delle libertà di comunicazione e di riservatezza⁽²⁸⁾, l’esposizione a pericolo della libertà di stare bene fisicamente e psichicamente, la soggezione a stringenti forme di pressione che limitano la libertà di autodeterminazione non sono implicite alla custodia carceraria *ex art. 285 c.p.p.* e, in quanto “*aggiuntiva*” a questa, si pongono dunque come modalità non consentita (*rectius*: illegittima) ai sensi della norma in esame. Per altro, tali aspetti della libertà costituiscono altrettanti diritti riconosciuti della persona e la loro salvaguardia dovrebbe essere garantita, all’interno del sistema cautelare, dalla disposizione di cui all’art. 277 (“*Le modalità di esecuzione delle misure devono salvaguardare i diritti della persona ad esse sot-*

⁽²⁵⁾ BOTTI, *Riforma del 41-bis, il fine non sempre giustifica i mezzi*, cit., 9.

⁽²⁶⁾ DI GIOVANNI, *Ordinamento penitenziario, la riforma non è solo 41-bis*, in *Dir. e Giust.*, 2003, 1, 9.

⁽²⁷⁾ La circolare D.A.P. 9.10.2003, n. 3592-6042.

⁽²⁸⁾ Per la Corte europea, diversamente che per la giurisprudenza italiana, la cella di detenzione è privata dimora, v. Corte eur., 20 dicembre 2005, Wisse c. Francia. Cfr., pure, Corte eur., 17 luglio 2003, Perry c. Regno Unito.

toposta, il cui esercizio non sia incompatibile con le esigenze cautelari del caso concreto) che non a caso esplicitamente si riferisce alle “*modalità*” di esecuzione delle misure, rapportando la sostenibilità di esse appunto ai diritti della persona.

E’ naturale – lo si è detto – che l’esercizio di alcuni diritti e facoltà spettanti ad ogni persona libera e riconosciuti possono risultare in qualche misura limitati per effetto dell’applicazione di una misura cautelare. Nondimeno, la cautela imposta deve pur sempre tenere in doverosa considerazione il rispetto dei limiti posti dalle disposizioni fondamentali in ordine al contenuto di queste sotto il profilo delle lesioni di diritti “*non comprimibili*”. Vero ciò, ogni qualvolta le limitazioni imposte appaiono totalmente sproporzionate rispetto alle esigenze da tutelare e incidenti oltre misura su quei diritti e libertà fondamentali riconosciuti anche al soggetto sottoposto alla misura cautelare, ci sempre si pone in stridente contrasto con la prescrizione imposta dall’art. 277.

E’ stata efficacemente evidenziata la portata di tale norma che, in quanto “*elementare canone di civiltà giuridica*”, è volta a garantire “*la personalità dell’indiziato – ancorché assoggettato a misura cautelare – dal particolare punto di vista dell’esercizio dei diritti che gli competono come persona*” ⁽²⁹⁾. In tale scia, si è posto in luce come, attraverso di essa, si intenda ulteriormente “*salvaguardare – con i soli limiti derivanti (e nella stretta misura in cui possono derivare) da effettive esigenze cautelari – il godimento di tutti i diritti di cui la persona sia titolare nel momento in cui viene sottoposta al regime di cautela*” ⁽³⁰⁾. Pare potersi dire che, in lettura combinata con l’art. 272, l’art. 277 definisca l’ambito tollerabile delle limitazioni cautelarmene imposte alla libertà della persona, non in relazione alla scelta, tra le cautele possibili, di quella adeguata ⁽³¹⁾, ma, specificamente, alla compressione della libertà consentita a seconda della misura applicata.

Se ciò è vero, il problema della compatibilità della cautela con la sottoposizione a regimi speciali di detenzione non può risolversi richiamando la necessaria coordinazione della norma di garanzia con le specifiche norme dell’ordinamento penitenziario, rinviando *in toto* a queste e dimenticando, così, il portato dell’art. 272 e la conseguente individuazione della cautela “*adeguata*” solo tra quelle previste. Se è vero che, diversamente dalle altre misure cautelari (artt.

⁽²⁹⁾ GREVI, *Misure cautelari*, cit., 381. Nello stesso senso, sostanzialmente, CHIAVARIO, *Art. 277*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, III, Torino, 1990, 86, che richiama i “*diritti ‘comuni’ dell’individuo persistenti o comunque indipendenti dal processo, a cominciare da quelli fondamentali riguardanti la sfera privata e pubblica della sua personalità*”.

⁽³⁰⁾ CHIAVARIO, *Art. 277*, cit., 85.

⁽³¹⁾ AMATO, *Art. 277*, in AMODIO, DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, III, Milano, 1990, 58, in proposito ne rileva l’inutilità stante l’art. 275 c.p.p.

281-284 c.p.p.) – tutte strutturate a forma vincolata ⁽³²⁾ – solo per quella carceraria la legge non predefinisce forme di esecuzione, da ciò non pare essere consequenziale che, applicato tale tipo di custodia, le modalità di esecuzione di essa siano totalmente rimessa all’Autorità amministrativa, posto che, in proposito il limite intrinseco proprio è dato dall’art. 285, 1° co., secondo cui col provvedimento che dispone la custodia in carcere il giudice ordina che l’imputato sia catturato e immediatamente condotto in un istituto di custodia “*per rimanervi a disposizione dell’autorità giudiziaria*”.

Tale “*finalizzazione*” – rimanere a disposizione di chi procede –, non può essere interpretare nel senso del disimpegno assoluto verso l’esecuzione della cautela, né, tampoco, essere ritenuta priva di rilievo. Essa, invece, intanto smentisce l’assunto che ha sorretto le conclusioni della Corte costituzionale delle quali s’è detto, poi vale a richiamo diretto delle esigenze cautelari e conseguentemente dei limiti di tollerabilità di ogni cautela in relazione all’ordinato procedere, sicché modalità di cautela particolarmente stringenti, non soltanto non sono previste da alcuna norma che relazioni cautela e processo, ma, anche laddove non abbiano comportato l’effettiva violazione dei diritti dell’imputato, esse, appunto come prassi esecutiva, restano al di fuori del sostenibile, in quanto estranee alla ragione cautelare e alla finalizzazione della scelta di quella che, maggiormente restrittiva, ha comunque come unico scopo la sospensione del libero agire dell’individuo e non il perseguimento di alcun altro risultato.

E’ il senso della locuzione “*disporre la cattura per rimanere a disposizione dell’autorità giudiziaria*” che, stabilendo ciò che si persegue, definisce l’ambito del sostenibile in rapporto al sistema cautelare. Se tale locuzione null’altro significa che questo: “*impedire la possibilità di disporre liberamente del proprio essere fisico per esigenze di correttezza del processo*”, proprio da essa è dato cogliere immediatamente il limite alle modalità d’esecuzione nella garanzia del corretto procedere, per cui tutto ciò che può turbare l’esercizio (nel processo) dei diritti riconosciuti e delle facoltà concesse è vietato in quanto al di fuori della costrizione legittimata dall’esigenza di cautela. Il principio di cui all’art. 277, in combinazione a quello espresso dall’art. 272, dunque, definisce tale limite – o “*regola d’uso*” ⁽³³⁾, se più piace – sostanzialmente vietando ogni forma di coazione “*addizionale*” rispetto a quella coesistente alla cautela per le esigenze considerate.

1. La compromissione della libertà: limiti normativi e facili derive.

⁽³²⁾ Per cui “*ope legis vel iudicis*”, così CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, 317.

⁽³³⁾ CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, cit., 317.

Nonostante l'inquadramento organico offerto dall'attuale Codice di procedura penale, la cautela personale e, prima ancora, la tutela della libertà personale, sono ancora, forse più di ieri, il luogo, nel quale la definizione di un sistema di regole generali ed astratte risulta impermeabile alle contingenze. Come altrove sostenuto ⁽³⁴⁾, spinte e motivazioni diverse, alcune volte sollecitate da fenomeni delinquenziali già radicati o in via di radicamento nel territorio nazionale, altre volte, favorite invece dallo strepito di qualche eclatante *caso giudiziario* determinano interventi che rendono sempre “*congiunturale*” ⁽³⁵⁾ ogni approccio normativo.

Nel corso degli anni dall'entrata in vigore dell'attuale procedura, non sono stati pochi gli interventi che hanno inciso decisamente sull'originario assetto della cautela personale, fino a sconvolgere sensibilmente il concetto stesso di *cautela che giustifica la limitazione della libertà personale* e, con esso, purtroppo i principi costituzionali e sovranazionali relativi alla presunzione di non colpevolezza, alla strumentalità della cautela rispetto alle esigenze del processo, alla proporzionalità ed adeguatezza delle limitazioni in relazione alle esigenze di tutela.

I recenti interventi *correttivi* della Corte costituzionale ⁽³⁶⁾ e le sollecitazioni alla stessa Corte in attesa di risoluzione ⁽³⁷⁾, sono precisi *segnali* di un *malessere normativo* che, esiziale ai fini del rispetto dei principi-guida che le norme fondamentali propongono in tema di libertà personale, proprio il legislatore sembra non riuscire a raccogliere, consentendo, così, il perpetuarsi di vaste sacche di prassi decisamente illiberali che di fatto appaiono insensibili alla considerazione dello *spirito* che anima le decisioni del Giudice delle leggi e la scarsa giurisprudenza più avveduta.

Il panorama normativo è alquanto inquietante. E si ha, solo per fermare qualche esempio tra i più evidenti, che, di contro al principio di non colpevolezza, il legislatore del Duemila, involvendo la *ratio* della cautela in termini sempre più prossimi all'anticipazione della pena, ha introdotto nel corpo dell'art. 275 il co. 1-*bis* ⁽³⁸⁾ che eleva la sentenza di primo grado a parametro significativo dell' “*esito del processo*” e, quindi, a “*prognosi cautelare*”, secondo un ragionamento che, incredibilmente, prende le mosse da un assurdo: che man mano che si avvanza

⁽³⁴⁾ FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in SPANGHER - SANTORIELLO, *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009, 1 ss.

⁽³⁵⁾ Sulla pericolosità dell'interpretazione congiunturale del diritto alla libertà personale, ELIA (a cura di), *La libertà personale*, Torino, 1977, *Premessa*, XVIII.

⁽³⁶⁾ V., ad es., Corte cost., 22.7.2011, n. 231, in *Sito Uff. Corte cost.*, 2011; Corte cost., 12.5.2011, n. 164, *ivi*, 2011; Corte cost., 21.7.2010, n. 265, *ivi*, 2010, tutte in tema di *presunzione* di cui all'art. 275, co. 3. C.p.p.

⁽³⁷⁾ V., ad es., Cass., Sez. Un., 19.7.2012, L.M., in www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com., ancora sulla *presunzione* di cui all'art. 275, co. 3, in relazione alle ipotesi *ex art. 7*, d.l. n. 152 del 1991.

⁽³⁸⁾ Aggiunto dall'art. 16, co. 1, d.l. 24.11.2000, n. 341, conv. con mod. in L. 19.1.2001, n. 4 e successivamente sostituito dall'art. 14, co. 1, lett. a, L. 26.3.2001, n. 128.

nelle decisioni di merito la presunzione di non colpevolezza progressivamente vien meno, per cui la decisione di condanna in primo grado impone di riconsiderare le esigenze cautelari; e che, di contro alla stessa *ratio* che nel sistema cautelare disgiunge la gravità indiziaria dalla sussistenza delle esigenze cautelari, si è via via fatta strada l'interpretazione, secondo la quale nei casi considerati dall'art. 273, co. 3 c.p.p. “*in presenza di gravi indizi di colpevolezza deve applicarsi la custodia cautelare in carcere senza la necessità di accertare le esigenze cautelari, la cui sussistenza è presunta per legge*”⁽³⁹⁾, come se davvero l'inciso contenuto nella stessa norma, secondo cui la scelta carceraria è obbligata “*salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari*”, non si ponesse in relazione con quanto imposto dall'art. 292, lett. c, c.p.p. in termini di valutazione *in concreto* (e non *per presunzioni*) delle esigenze cautelari e nulla avesse detto sul punto la Corte costituzionale, per la quale, invece, se da un lato, possono essere previste delle ipotesi nelle quali la scelta della misura da applicare viene effettuata “*in termini generali dal legislatore, nel rispetto del limite della ragionevolezza e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti*” sottraendo al giudice la valutazione in ordine al “*quomodo della cautela*”, dall'altro lato, “*la sussistenza in concreto di una o più delle esigenze cautelari prefigurate dalla legge (l'an della cautela) comporta, per definizione, l'accertamento, di volta in volta, della loro effettiva ricorrenza*”⁽⁴⁰⁾.

Proprio il legislatore, poi, non solo ha avallato la prassi di ritenere applicabile il *carcere duro* di cui all'art. 41-*bis* dell'Ord. Penit. anche ai sottoposti a misura cautelare – e, quindi, come autorevolmente detto, il ritorno a quell' “*arte psico-compulsiva intesa al discorso confessorio*”⁽⁴¹⁾ che si credeva superata – ma ha vietato al giudice che ha emesso la misura alcun potere di potere di intervento in proposito⁽⁴²⁾, quasi che non sia il “*giudice che procede*” ad ordinare che taluno sia condotto in un istituto di custodia “*per rimanervi a disposizione dell' autorità giudiziaria*” (art. 285, co. 1, c.p.p.).

Si potrebbe continuare negli esempi ma è il caso di fermarsi su una constatazione: se come sempre è accaduto (e forse sempre accadrà) spinte inquisitorie ed evidenti esigenze di tutela

⁽³⁹⁾ Così, da ultimo, Cass., Sez. VI, 22.1.2008, L.S., in *Mass. Uff.*, 239211. Sostanzialmente nello stesso senso, in dottrina, ROMBI, *Art. 274*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda e Spangher, Milano, 2007, 2090.

⁽⁴⁰⁾ Così, tanto Corte cost., ord., 16.4.2003, n. 130, in *Sito uff. Corte cost.*, 2003, quanto, Corte cost., ord. 6.3.2002, n. 40, *ivi*, 2002.

⁽⁴¹⁾ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 457.

⁽⁴²⁾ La L. 23.12.2002, n. 279, come si sa, ha ridisegnato il regime speciale per detenuti considerati pericolosi, e la nuova disciplina, nel suo complesso, ha segnato la fine della “*temporaneità del carcere duro*”, per cui, come autorevolmente sostenuto, “*anziché eliminare l'anomalia*” l'ha davvero “*ingessata*”: così, FRIGO, *La deroga a regole generali impoverisce il sistema*, in *Guida Dir.*, 2003, 1, 40; v., pure, BOTTI, *Riforma del 41-bis, il fine non sempre giustifica i mezzi*, in *Dir. & Giust.*, 2003, 3, 9.

sociale trovano nella cautela personale penale terreno fertile di sfogo, proprio per tale ragione l'individuazione dei principi che entrano in discussione allorquando si affronti la cautela personale nel processo si impone e, con esso, l'ambito delle libertà dell'individuo compromesse. Va detto, in proposito, che è l'art. 272 c.p.p. che, sin dal titolo, parla al plurale delle libertà della persona (*“Le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente capo”*), lasciando chiaramente intendere quali siano quelle che considera: si tratta, in sostanza, delle libertà nell'individuo di potersi spostare nello spazio e di qualche facoltà connessa alla posizione che la persona assume nel contesto in cui vive. A leggere la norma, dunque, tutto qui, anche se v'è da prendere atto di come (e quanto) solo a fermarsi alla libertà di spostamento l'implicazione del pregiudizio di altre libertà risulti palese. La norma generale, da sola, dunque non dice nulla e il problema della giustificazione della cautela e della compromissione della libertà molto più vasto e complesso proprio a considerare l'ambito dei diritti coartati allorquando si parli di cautela.

Ognun vede, infatti, come sia estremamente riduttivo considerare, ad esempio, la custodia in carcere alla stregua di impedimento a disporre del proprio essere fisico, dimenticando quanto ciò abbia implicazioni rilevanti nella sfera psichica e, dunque, quanto peso abbia, in termini di autodeterminazione, il vincolo fisico. Basta davvero ampliare di poco lo sguardo e nell'impedimento fisico non è affatto difficile cogliere il momento di compromissione della libertà di scelta dell'individuo del comportamento da assumere nella disputa processuale. Relegare tutto ciò in una sorta di *non liquet*, magari evocando una regola mai sottoposta a verifica – la permanenza della *libertà morale* del soggetto *in vinculis* – significa evidentemente affrontare in maniera del tutto parziale la problematica delle libertà e, in sostanza, dimenticare la libertà come essenza della personalità dell'individuo. E quanto sia esiziale per la tutela della libertà della persona l'abitudine a fare esclusivo riferimento a ciò che normalmente è compromesso dalle varie forme di cautela risulta palese solo a considerare l'estrema difficoltà con la quale, in tempi recenti, si sta faticosamente affermando la tutela di alcune espressioni della libertà personale apparentemente non comprese dalle limitazioni imposte ad altre dalla cautela.

Emblematica, in proposito, la libertà di vivere la propria intimità in relazione alla custodia carceraria. Nessuno nega l'esistenza di un diritto alla propria *“vita privata”* ⁽⁴³⁾, ma, nonostante ciò, l'esplicazione di tale aspetto della libertà, soprattutto laddove sia compromessa, come nel caso della carcerazione, la libertà di spostamento dell'individuo è tutt'altro che consequenziale, registrandosi, invece, sacche di resistenza al riconoscimento di *spazi di riserva-*

⁽⁴³⁾ Autonomamente considerato dall'art. 8 C.e.d.u., accanto al diritto al domicilio e a quello sulla riservatezza delle comunicazioni.

tezza dell'individuo *in vinculis* diversi da quelli coperti dalle garanzie costituzionali del domicilio (art. 14, Cost.) e dalla segretezza delle comunicazioni (art. 15, Cost.).

Lo stesso è a dirsi a proposito della custodia in regime di *carcere duro*, alla quale già s'è fatto cenno, laddove il *tipo* particolare di carcerazione sollecita propone un problema ben più grave: quello della effettiva *libertà di autodeterminazione* dell'indagato/imputato in relazione alle possibili scelte collaborative. In tal caso, non può certo continuare a sostenersi che il *tipo di custodia* non ha rilievo sulle altre espressioni del diritto di libertà diverse dalla libertà di spostamento e di comunicazione, se la destinazione del custodito nei circuiti di massimo rigore carcerario costituisce una vera e propria perversione del concetto di cautela e un evidente svilimento della natura processuale dell'istituto, cui rifugge qualsiasi finalità afflittiva o, peggio, di insinuante coazione verso scelte di collaborazione. Registrare come un Osservatore sovranazionale – Alvaro Gil-Robles nella sua visita in Italia del Luglio 2005 – abbia *visto* la situazione ⁽⁴⁴⁾ è un tutt'uno col considerare ciò che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha in più occasioni affermato in tema di violazione dell'art. 3, C.e.d.u. (il divieto della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti): che, cioè, che la norma ha il suo ambito di applicazione anche in relazione all'autodeterminazione e alle c.d. *tecniche probatorie*, risultando, così, illegali atteggiamenti e condotte che, “*pur non costituendo tortura in senso stretto, ne integrino in qualche modo i connotati, in quanto capaci di suscitare nel soggetto sensazioni di paura, angoscia ed inferiorità che causano di fatto umiliazione e degradazione fisica, psichica e morale*” ⁽⁴⁵⁾.

Appunto ove si tengano presenti le invasioni degli spazi di libertà rese sempre più possibili dal progressivo ampliarsi delle possibilità invasive offerte dal progresso e dalla tecnica è necessario accostarsi al diritto fondamentale dell'individuo alla propria libertà – e, quindi, alle compromissioni giustificabili nel processo – non già fermandosi a questa o a quella espressio-

⁽⁴⁴⁾ Scrive Gil-Robles: “*Secondo quanto esposto da un responsabile dell'amministrazione penitenziaria da me incontrato, esistono solo tre mezzi perché un detenuto si veda sospendere il regime 41-bis: la collaborazione con le autorità, una decisione giudiziaria di revoca o il decesso. Se ne deduce quindi un'altra finalità della severità del regime di 41-bis. L'articolo 41-bis serve evidentemente a interrompere i rapporti tra un padrino della mafia e la sua organizzazione. La lotta condotta dall'Italia contro una criminalità organizzata particolarmente potente è fondamentale per garantire e tutelare la sicurezza di tutti. In tale contesto, un regime quale il 41-bis può giustificarsi, ma unicamente se il suo obiettivo non va oltre quello di evitare il persistere dell'influenza del detenuto sulle strutture criminali esterne, e in tal modo di prevenire che vengano commessi altri crimini. Nel visitare la sezione 41-bis del carcere di Rebibbia, non ho potuto fare a meno di sospettare che questo regime non sia stato unicamente elaborato per tagliare i legami dei detenuti con l'esterno, ma anche per spezzarne la volontà, per incoraggiare la loro cooperazione (che consente di revocare le restrizioni) e per mostrare la forza dello Stato*” (ALVARO GIL-ROBLES, *Rapporto sulla sua visita in Italia 10 - 17 giugno 2005*, 24, sul quale, esaustivamente, BOCCHINI, *Commento al “Rapporto di Alvaro Gil-Robles, Commissario per i diritti umani, sulla sua visita in Italia 10 - 17 giugno 2005”*, in www.foroeuropa.it).

⁽⁴⁵⁾ In tal senso, Corte eur., 18.1.1978, Irlanda c. Regno Unito; Corte eur., 12.5.2005, Ocalan c. Turchia. In tema, CERESA GASTALDO, *Diritto al silenzio, aspettative di «collaborazione» dell'imputato e controlli sull'impiego della custodia cautelare*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993, 1161.

ne di esso, ma muovendo dall'individuazione (e dalla definizione) della *libertà personale* come *condizione fondamentale dell'individuo*. Infatti, come altrove detto ⁽⁴⁶⁾, solo muovendo dalle implicazioni che ogni impedimento comporta in relazione alla complessità della libertà della persona, è possibile, quindi, pur restando nello specifico del sistema *condito*, cogliere spunti per migliorarne l'interpretazione, almeno nel senso della stretta riconduzione della cautela alle esigenze effettive del processo, nel rispetto dei diritti riconosciuti e delle facoltà concesse dall'ordinamento al soggetto imputato o indagato. che costituisca la base per i distinguo successivi e per la verifica di come tali distinguo risultino a volte esiziali per la tutela effettiva della libertà dell'individuo anche laddove espressioni di essa siano legittimamente compromesse.

Nel rapporto individuo-autorità la locuzione *libertà personale* esprime la situazione essenziale del soggetto nella società organizzata e copre tutte le indefinite *facoltà* che egli può esercitare per esprimere la sua "*personalità*" e, quindi, il suo proprio modo di essere, in quanto individuo ⁽⁴⁷⁾. Proprio da tale posizione fondamentale si coglie il senso della "*inviolabilità*" dei diritti della personalità cui fa riferimento, senza specificarli, l'art. 2 della Carta fondamentale: "*al centro*" di ogni aggregato sociale è sempre la persona, lo sviluppo della quale, nella società, determina l'ampliamento della sfera delle possibilità e quindi l'espandersi di espressioni della libertà personale, ma non di questa in quanto situazione di base che è il *costituto essenziale* della personalità. Se l'essere "*dinamico*" della persona comporta che, a volte, l'ordinamento consideri positivamente questa o quell'altra espressione della libertà, ciò non significa che in tal modo si *creino* altre libertà, ma, semplicemente, che in un certo tempo ha maggior rilievo interessarsi di determinati aspetti della fondamentale posizione di vantaggio della persona e, quindi, di alcune espressioni *connaturali* alla personalità dell'individuo e alla sua libertà.

Va ribadito, dunque, che la libertà personale va intesa, non già soltanto in relazione alla "*possibilità [dell'individuo] di disporre in via esclusiva del proprio essere fisico*", ma, più concretamente, in quanto "*piena disponibilità, non solo fisica, ma anche psichica e morale di se stessi*" ⁽⁴⁸⁾.

Da tale prospettiva risulta evidentemente più difficile l'individuazione delle espressioni della libertà personale di volta in volta comprese dalle forme di cautela processuale, anche se, nel

⁽⁴⁶⁾ FURFARO, *op. loc. cit.*

⁽⁴⁷⁾ Sull'importante differenza tra "*libertà-facoltà*" e "*libertà-situazione*", v. AMATO, *Art. 13*, cit., 3.

⁽⁴⁸⁾ Così, PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 287.

contempo, è indubbiamente più facile cogliere come una qualsiasi forma di cautela possa risultare *odiosa* oltre le limitazioni che implica e le esigenze concrete ed effettive del processo. Quanto fin qui detto, soprattutto a proposito di alcuni dei casi di *compromissione* di espressioni della libertà conseguenti alla compressione legittima di altre espressioni di essa a seguito di sottoposizione dell'individuo a cautela impone, come si diceva, il recupero dell'ampiezza del diritto di libertà sottostante e, con esso, delle *norme-principio* di riferimento.

Le condizioni per l'applicazione di misura cautelare da parte dell'autorità giudiziaria

⚖ Le linee fondamentali che la Corte europea ha tracciato per definire i limiti entro i quali l'Autorità Giudiziaria può privare della libertà un soggetto al fine di «garantire l'esecuzione di un obbligo previsto dalla legge», possono ricondursi alla necessità che il giudizio consegua all'«equo bilanciamento tra l'esigenza di assicurare l'adempimento dell'obbligo giuridico e il rispetto del diritto alla libertà personale» ([C. eur., 25.9.2003](#), Vasileva c. Danimarca), così che «l'esistenza di un interesse pubblico di intensità tale da controbilanciare il diritto alla libertà, come presupposto della misura cautelare, può certamente risiedere nell'esistenza di un ragionevole sospetto di colpevolezza nei confronti dell'arrestato, ma ciò, in mancanza di un'altra esigenza cautelare specificamente indicata dalla legge nazionale, non può essere sufficiente a legittimare la detenzione» ([C. eur., 6.6.2000](#), Cesky c. Repubblica Ceca; [C. eur., 19.10.2000](#), Wloch c. Polonia). Ciò non esaurisce l'ambito entro il quale la privazione della libertà può dirsi legittima in relazione all'art. 5, CEDU, dal momento che, non soltanto viola l'art. 5, par. 1, lett. c la mancata specificazione delle ragioni per le quali, in caso di arresto convalidato dall'Autorità giudiziaria, deve ritenersi sussistente "in concreto" il pericolo di fuga voluto dalla legge interna per disporre la cattura ([C. eur., 3.6.2003](#), Pantea c. Romania), ma «una restrizione della libertà personale disposta senza fornire alcuna esplicitazione circa le motivazioni che la giustificano, senza rendere noto il luogo e le modalità con cui questa si sta svolgendo e senza un'adeguata verifica da parte dell'autorità circa la legittimità della stessa, integra una vera e propria negazione di quanto statuito all'art. 5, parr. 1, 2, 3, 4, 5» ([C. eur., 27.2.2001](#), Cicek c. Turchia).

L'assenza della formulazione di un'imputazione o di rinvio a giudizio, invece, non implica necessariamente che la privazione della libertà non persegua un obiettivo difforme al dettato dell'art. 5, par. 3, lett. c, CEDU, né tale norma presuppone che l'Autorità giudiziaria abbia raccolto prove sufficienti per formulare un'accusa ([C. eur., 6.4.2000](#), Labita c. Italia), anche se nell'ambito di un procedimento penale la sottoposizione a misura cautelare «è legittima solo sulla base di un "ragionevole sospetto" della commissione di un reato, basato su fatti o informazioni obiettive», intendendosi con ciò che «è comunque necessario che i fatti o le informazioni siano tali da convincere un osservatore imparziale che la persona interessata possa aver commesso un reato» ([C. eur., 26.10.2000](#), Kudla c. Polonia; [C. eur., 19.10.2000](#), Wloch c. Polonia; [C. eur., 22.10.1997](#), Erdagoz c. Turchia). L'organo deputato a statuire sulla privazione della libertà personale di un imputato deve offrire garanzie di indipendenza dal potere esecutivo e di imparzialità nell'ambito del procedimento penale ([C. eur., 4.7.2000](#), Niedbala c. Polonia).

4. La durata della custodia cautelare

⚖ Va preliminarmente segnalato che, a mente della giurisprudenza sopranazionale, la permanenza delle esigenze cautelari va sempre riconsiderata già a motivo del mero passare del tempo. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, infatti, censurando in più occasioni anche lo Stato italiano (da ultimo, [C. eur., 3.6.2003](#), Pantera), ha ritenuto che il semplice decorso del tempo non può non modificare "in sé" le esigenze di cautela sottostanti alla custodia, stante il fatto che il tempo necessariamente fa evolvere ogni situazione e comporta, anche nel suo vano trascorrere senza attività processualmente rilevante, la verifica «in termini di concretezza e attualità» della permanenza delle esigenze di custodia originariamente ritenute. Tale impostazione, determina conseguentemente che il protrarsi nel tempo di una detenzione *ante iudicium* non si giustifica se non in riferimento ad una reale ed attuale esigenza di interesse pubblico che sia tale da prevalere, nonostante la presunzione d'innocenza, sul diritto al rispetto della libertà personale tutelato dall'art. 5, CEDU. Devono essere le autorità nazionali in primo luogo, ad accertare che ciascuna misura di custodia cautelare non ecceda una durata congrua, ponderando attentamente tutte le circostanze atte a confermare o ad escludere la sussistenza di un pubblico interesse che legittimi una deroga all'intangibilità di tale libertà. La sussistenza dei "gravi indizi di colpevolezza", sebbene sia tale da legittimare una detenzione *ante iudicium*, con il protrarsi del tempo perde rilevanza, dovendo l'Autorità procedente addurre ulteriori ragioni che, per la loro "pertinenza" e "sufficienza", siano tali da giustificare la legittimità del protrarsi della misura. Una volta disposta la privazione della libertà, dunque, il mantenimento della detenzione *ante iudicium*, è convenzionalmente legittimato alla duplice condizione: che permangano le esigenze cautelari originariamente sufficienti a giustificare la misura ([C. eur., 13.2.2001](#), Gombert e Gochgarian c. Francia; [C. eur., 13.2.2001](#), Richet c. Francia; [C. eur., 27.8.1992](#), Tomasi c. Francia) e che le indagini abbiano confermato l'originario "sospetto", sicché, per fermare un esempio concernente l'esperienza giudiziaria italiana vagliata dalla Corte europea, seppure le dichiarazioni di un collaboratore di giustizia siano state reputate sufficienti in un primo tempo a sostenere validamente la custodia cautelare, «nel momento di valutazione del mantenimento di essa, quelle stesse dichiarazioni, soprattutto [ma non solo, n.d.r.] se integranti testimonianze indirette, perdono di pertinenza se nel trascorrere del tempo il prosieguo delle indagini non abbia condotto ad ulteriori riscontri probatori» ([C. eur., 6.4.2000](#), Labita c. Italia).

Il mantenimento della detenzione preventiva in carcere, legittimamente disposta, deve comunque essere sempre giustificato dalla permanenza delle esigenze di custodia e se sono state inoltrate istanze di scarcerazione, dall'adeguata motivazione dei provvedimenti di rigetto e della necessità di mantenere la custodia in carcere anziché una misura alternativa meno afflittiva ([C. eur., 26.9.2002](#), Grisez c. Belgio; [C. eur., 22.2.2001](#), Szeloch c. Polonia).

Ovvio che la detenzione legittimata dal dettato convenzionale termina «il giorno in cui è intervenuta decisione di infondatezza dell'accusa», la detenzione di un individuo dopo la sua assoluzione non può essere giustificabile ai sensi dell'art. 5, par. 1, CEDU, anche se un certo lasso di tempo per l'esecuzione di una decisione di rimessione in libertà è spesso inevitabile. In relazione a tale periodo si riscontra una oscillazione da parte della Corte, in relazione a vicende concernenti l'esperienza italiana. In una occasione, la Corte, pur criticando la scarsa sollecitudine tenuta dalle autorità nazionali per la messa in libertà della ricorrente, ha ritenuto insussistente la violazione all'art. 5, par. 1, lett. c, CEDU sostenendo che il periodo di tempo trascorso in carcere, di tre ore e mezzo dalla notifica della decisione del tribunale, appariva destinato ad essere defalcato dal numero di giorni della pena detentiva da scontare ([C. eur., 1.7.1997](#), Manzoni c. Italia). In altra occasione, ha, invece, ritenuto sussistente la violazione

della disposizione convenzionale, sul presupposto che non fosse giustificabile la ritardata liberazione conseguente ad inadempienze imputabili all'autorità amministrativa competente, consiste nell'assenza del personale penitenziario che avrebbe dovuto occuparsi di una serie di formalità amministrative tra cui la verifica di eventuali altre cause di detenzione (C. eur., [6.4.2000](#), Labita c. Italia).

La legittimità convenzionale della durata della custodia *ante delictum* deve essere valutata secondo criteri di «ragionevolezza» e ciò comporta che essa debba essere accertata con riferimento al singolo caso. In proposito, pare potersi dire soltanto che, "tendenzialmente", la Corte europea ritiene che una detenzione prolungata possa essere giustificata soltanto da un'autentica esigenza di pubblico interesse che prevalga sul rispetto della libertà personale, malgrado la presunzione d'innocenza ([C. eur., 5.4.2005](#), Nevmerzhitsky c. Ucraina; [C. eur., 17.2.2005](#), Sardinias Albo c. Italia; [C. eur., 8.2.2005](#), Panchenko c. Russia). Per altro, le autorità nazionali sono deputate a vagliare l'esistenza di tale esigenza e renderne conto nelle decisioni relative alle istanze di rilascio ([C. eur., 21.3.2002](#), Stasaitis c. Lituania; [C. eur., 26.3.2002](#), Butkevicius c. Lituania). La valutazione della ragionevolezza è, comunque, condizionata dall'atteggiamento tenuto dall'Autorità procedente nel tempo della detenzione, così che sono stati ritenuti eccessivi e, quindi illegittimi ai sensi dell'art. 5, par. 3, lett. c, CEDU, quattro mesi di detenzione senza che il giudice procedesse alla verifica delle esigenze sottese all'arresto (C. eur., 12.5.1999, Pantea c. Romania), sette giorni senza che la situazione complessiva dell'arrestato sia stata esaminata da un magistrato ([C. eur., 12.5.2005](#), Ocalan c. Turchia), in tutti i casi di ritardo ingiustificato nella conduzione dell'istruttoria anche in presenza delle esigenze cautelari ([C. eur., 9.11.1999](#), Debboub *alias* Hussein Alì c. Francia). Diversamente, la durata della detenzione preventiva, anche eventualmente prorogata per far fronte alla concreta complessità delle indagini, non è stata ritenuta in contrasto con l'art. 5, par. 3, CEDU, nel caso di accertate esigenze di cautela per l'intera durata delle indagini preliminari e per una considerevole parte del dibattimento ([C. eur., 24.8.1998](#), Contrada c. Italia). Ovvio comunque che, nei casi in cui la durata massima di privazione della libertà è fissata dalla legge in modo inderogabile, ogni prolungamento della detenzione oltre il termine fissato integri violazione dell'art. 5, par. 1, CEDU ([C. eur., 27.11.1977](#), K.F. c. Germania).