

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO

ANNO XV

**Nuova Serie**

**1/2006**

CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO  
COSTITUZIONE EUROPEA E SISTEMA DELLE FONTI DEL DIRITTO:  
LA PROBLEMATICHE DELLA GERARCHIA E DEL COORDINAMENTO  
DELLE FONTI ED IL RUOLO DEL GIUDICE

*Atti del Convegno di  
Enna, 21-22 ottobre 2005*

NUOVE AUTONOMIE

bia considerato alla stregua del giudicato la menzionata tipologia di decisione "patteggiata" indica un'apertura verso prospettive di definizione del procedimento, con effetti preclusivi, senza la garanzia giurisdizionale.

Da questo angolo visuale, i timori prima espressi a proposito delle due aree tematiche trattate finiscono per assumere maggiore consistenza.

Quanto al primo profilo esaminato, relativo all'archiviazione, infatti, la soluzione adottata dalla Corte di Giustizia indirizzerebbe a legittimare il valore preclusivo di rinunce all'esercizio dell'azione penale libere da un controllo giurisdizionale e a considerare, dunque, "amministrazione della giustizia" anche una definizione del procedimento priva dell'intervento del giudice.

In ordine al secondo profilo analizzato, sull'individuazione del giudice competente – pur tenendo presente che la procedura patteggiata cui la citata pronuncia faceva riferimento aveva avuto luogo nella fase delle indagini, e non nel giudizio – emergono preoccupazioni circa un possibile incremento di strategie processuali finalizzate al *forum shopping*. Infatti, data la "debole" forma di precostituzione del giudice a oggi prospettata, la garanzia del *ne bis in idem* potrebbe subire, nella prassi, distorsioni: potrebbe, cioè, incoraggiare espedienti diretti a creare competenze territoriali *ad hoc* per perseguire l'instaurazione del processo con forme pateggiate "allettanti" che verrebbero, poi, a impedire nuove possibilità di giudizio dinanzi alle autorità di altri Stati membri.

## Il giudice della libertà tra impulsi europei e diritto interno Riflessioni a margine di alcune recenti decisioni italiane

di Paola Maggio

SOMMARIO: 1. Gli apporti delle fonti e della giurisprudenza europea. 2. Il settore della libertà personale. 3. Atteggiamenti difformi della prassi italiana.

### 1. *Gli apporti delle fonti e della giurisprudenza europea.*

La tematica della libertà personale è stata fortemente condizionata dall'entrata in vigore nel 1955, per l'Italia, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>1</sup>.

Per rendersi conto di questo assunto è sufficiente il richiamo al disposto contenuto nell'art. 5 comma 4 della Convenzione secondo cui «ogni persona privata della libertà personale mediante arresto o detenzione ha diritto di indirizzare un ricorso ad un tribunale affinché esso decida, entro brevi termini, sulla legalità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegale». Un precetto centrale che, come si vedrà più avanti, ha certamente contribuito<sup>2</sup> ad influenzare, oltre il nostro sistema processuale, soprattutto la "cultura cautelare" nella predisposizione di un più pregnante sistema di controlli nel merito dei provvedimenti limitativi della libertà personale.

Ciò è avvenuto, nonostante riguardo al tema delle impugnazioni *de libertate* si fosse originariamente riscontrata addirittura una tendenza al *self restraint*, ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo. Così, a norma dell'art. 5 comma

<sup>1</sup> In argomento, cfr. M. PISANI, *Commento all'art. 5 C.e.d.u.*, in S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 116 ss.; ID., *Carazione e libertà personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 1 ss.; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2000, 93 ss.

<sup>2</sup> Significativo è anche l'art. 9 n. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, entrato in vigore nel nostro ordinamento alla fine del 1978, ma adottato dall'Assemblea generale dell'Onu già nel dicembre del 1966. In argomento, cfr. M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, 3° ed., vol. II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, 320, 356 ss.; E. MARZADURI, *Riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale*, in *Nov. dig. it.*, VI, Torino, 1986, 773. Per un confronto tra i precetti costituzionali ed i principi introdotti dalla Convenzione, V. ANDRIOLI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto*, in *Tem. rom.*, 1964, 455 ss.

4 C.e.d.u., la garanzia del controllo giurisdizionale sul provvedimento limitativo sarebbe stata soddisfatta ogni qualvolta l'emissione del provvedimento restrittivo avvenisse ad opera di un organo giurisdizionale<sup>3</sup>. In linea analoga, la Commissione europea aveva attribuito al ricorso per cassazione, di cui all'originario art. 111 comma 2 Cost., il significato di un rimedio di per sé soddisfacente delle esigenze espresse nella clausola europea<sup>4</sup>.

L'impulso interpretativo ha tuttavia mutato contenuto a seguito della adesione italiana alla clausola del ricorso individuale e a quella della giurisdizione obbligatoria dei diritti dell'uomo nel 1973, che hanno conferito maggiore effettività alle prerogative giurisdizionali europee. Un ulteriore consolidamento si è poi realizzato, per effetto della recezione normativa concreta, da parte del nostro Stato, dei principi enunciati dalla Carta europea dei diritti dell'uomo.

In particolare, il riconoscimento legislativo in Italia di un più articolato sistema di controllo cautelare di merito, con la L. 12 agosto 1982, n. 532, istituitiva del tribunale della libertà, ha concorso a potenziare il valore ermeneutico, offerto dalla giurisprudenza di settore della Corte europea. Un processo, per molti versi analogo, è avvenuto con la modifica dell'art. 111 Cost. ad opera della L. cost. n. 2 del 1999 che, costituzionalizzando (con talune eccezioni) tutti i principi del "giusto processo" legale<sup>5</sup> contenuti nell'art. 6 della Carta europea dei diritti dell'uomo, ha conferito un maggiore valore precettivo ai medesimi.

In questo senso, si potrebbe dire che lo sviluppo legislativo nazionale ha fatto assumere progressivamente alla fonte europea il valore di mappa ideale di principi fondamentali, cui le singole giurisdizioni statali sono tenute ad uniformarsi, ed alla Corte europea dei diritti dell'uomo, il ruolo di *sedes processuale*, nella quale sono destinate a saldarsi le differenti esperienze processuali dei paesi di *civil* e di *common law*<sup>6</sup>.

Attualmente, la tematica della libertà personale è stata arricchita e potenziata (sia pure con i ben noti limiti di operatività<sup>7</sup>) dai principi espressi nella Co-

stituzione europea. L'art. II - 66 del Trattato che adotta una Costituzione europea, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, afferma infatti che «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza». Tale scarna previsione, espressiva della peculiare tecnica normativa fondata sulla clausola di equivalenza dei diritti fondamentali corrispondenti, attribuisce ai diritti enunciati all'interno della Costituzione europea, che abbiano una diretta corrispondenza con quelli contemplati e garantiti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la medesima portata ed il medesimo significato di quelli previsti dalla precedente fonte internazionale, sebbene la clausola di equivalenza, contenuta nell'art. II-112 comma 3 della Costituzione europea, non precluda poi il diritto dell'Unione di concedere una protezione più estesa ai medesimi diritti.

La tecnica normativa utilizzata, inoltre, consente il richiamo al diritto vivente della Corte europea di Strasburgo.

Questa interpretazione<sup>8</sup> è sorretta da un dato normativo ineludibile, espresso nel Preambolo della parte II della Costituzione europea<sup>9</sup>, ma è confortata pure dall'evidente ispirazione che la Carta fondamentale ha tratto, nel corso del suo lavoro formativo, dagli esiti giurisprudenziali offerti dalla stessa Corte. Com'è noto, peraltro, un'ispirazione analoga si rinviene anche nella precisa direttiva del codice di rito penale, contenuta nell'art. 2 della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81, e mossa dall'esigenza di dare concretezza - su questo versante - agli enunciati delle Carte internazionali dei diritti umani.

A questo quadro devono aggiungersi, infine, gli impulsi normativi provenienti dalle più recenti linee di cooperazione giudiziaria e di armonizzazione dei sistemi processuali europei<sup>10</sup>, che sembrano confermare l'idea di un complesso normativo nazionale sempre più "aperto" alle influenze esterne.

Tuttavia, guardando più da vicino gli influssi che l'elaborazione giurispru-

<sup>8</sup>V. O. MAZZA, *La libertà personale nella costituzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Profili del processo penale*, cit., 45 ss. Con riguardo all'originario art. 6 della Carta di Nizza, v. M. CHIAVARIO, *Giustizia penale, Carta dei diritti e Corte europea dei diritti umani*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 23.

<sup>9</sup> Il quinto capoverso del preambolo precisa infatti: «la presente Carta riafferma (...) i diritti derivanti (...) dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...) nonché dalla giurisprudenza (...) della Corte europea dei diritti dell'uomo». Nei rapporti tra Carta e Convenzione europea, secondo M. BARGIS, *Costituzione*, cit., 151 ss., residua una certa difficoltà nello stabilire la corrispondenza tra i diritti garantiti dalla Convenzione e quelli della Costituzione. A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in A. MANZELLA - P. MELOGRANI - E. PACIOTTI - S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2000, 43 afferma la «superiorità in *melius*» della Carta, salvo il controlimito della «*non reformatio in peius*» rispetto alla Convenzione.

<sup>10</sup> Per una visione d'insieme delle cornici normative, F. RUGGERI, *«Prolegomeni» ad un diritto penale e processuale europeo*, in *Cass. pen.*, 2005, 2783; su temi più specifici, A. LANZI - F. RUGGERI - L. CAMALDO, *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, Padova, 2002 *passim*; G. LA GRECA - M.R. MARCHETTI, *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria*, Torino, 2003. Sui rischi sottesi ad una visione troppo *naïf* della armonizzazione processuale e sulla necessità di preservare i tratti caratterizzanti le singole legislazioni nazionali, E. AMODIO, *The accusatorial System Lost and Regained. Reforming Criminal procedure in Italy*, in *American Journal of Comparative Law* (vol. 52) 2004, 500.

<sup>3</sup> Cfr., in particolare, Corte eur. dir. umani, 18 giugno 1971, De Wilde, Ooms e Versyp, in *Foro it.*, 1971, IV, 193.

<sup>4</sup> In questi termini, Comm. eur. dir. umani, 19 marzo 1981, sul caso Bonazzi (7955/77), in *Decisions and Reports of European Commission of Human Rights*, XVII, 35. Gli sviluppi giurisprudenziali sul tema sono analizzati da M. DE SALVIA, *Privazione di libertà e garanzie del processo penale nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, 140 ss.

<sup>5</sup> Cfr. D. SIRACUSANO - A. GALATI - G. TRANCHINA - E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2004, 17 ss., 19.

<sup>6</sup> Per una visione globale degli effetti della normativa europea si rinvia ad E. AMODIO, *L'impatto della normativa europea sul processo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, 665 ss. ed ora in *ID.*, *Processo penale, diritto europeo e common law*, Milano, 2000, 79 ss.

<sup>7</sup> Sul tema, per ampi spunti critici, M. BARGIS, *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 144 ss.; M. G. COPPETTA, *Verso un processo penale europeo*, in M. G. COPPETTA (a cura di) *Profili del processo penale nella costituzione europea*, Torino, 2005, 12 ss.; B. NASCIBENE, *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente e orientamenti futuri nel quadro della Costituzione europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 1295 ss.

denziale europea ha esercitato sul sistema interno, ci si avvede del fatto che, sebbene i precetti europei siano stati utilizzati nella fase della predisposizione legislativa di determinati istituti, nel diritto concretizzato casisticamente, è invece assai difficile scorgere argomentazioni dei giudici nazionali, mutate in modo diretto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>11</sup>.

Del resto, è ben noto come sia stata soprattutto la migliore dottrina italiana ad accorgersi dei "contenuti" interpretativi, offerti dalla giurisdizione europea. Non v'è dubbio, infatti, che gli istituti del processo penale creati con la Convenzione di Roma siano stati vissuti, nella elaborazione dottrinale, alla stregua di criteri ermeneutici imprescindibili e di linee guida per le successive riforme processuali del nostro Paese, ed in questa veste sono stati proposti anche agli "operatori interni"<sup>12</sup>. Per converso, a livello giurisprudenziale, la cogenza delle fonti europee e il flusso degli insegnamenti della Corte dei diritti dell'uomo hanno stentato – e forse stentano ancora – ad assumere una significativa effettività.

Le ragioni di questa divaricazione sono molteplici e non tutte possono essere analizzate in questa sede. Per lungo periodo, ha contribuito l'esiguità di ricorsi provenienti dall'Italia, ed un analogo effetto deterrente può essere ravvisato nel difficile e lento accoglimento, a livello giudiziario, di modelli di pensiero legati alle fonti ed alla giurisprudenza sovranazionale.

Al di là della formale esistenza, il catalogo europeo dei c.d. *human rights* non è stato percepito come diritto vivente, tant'è che, anche sul fronte della libertà personale, risulta difficile scorgere decisioni nelle quali vengono utilizzati argomenti tratti dalle fonti normative o dagli esiti giurisprudenziali europei<sup>13</sup>.

In quest'ambito, un ulteriore ruolo – per così dire "inibente" – ha rivestito la situazione normativa interna che, con le spinte contrastanti dell'emergenza e del garantismo di risposta, ha accentuato la "miopia" rispetto alle fonti soprannazionali e ai relativi esiti applicativi.

Ma nel rapporto tra la giurisprudenza italiana e le fonti soprannazionali si sono inseriti pure fattori più controversi, il cui significato esula dall'ambito strettamente giuridico.

Nel corso di questo dibattito è già emersa, infatti, la tendenza più recente ad un utilizzo strumentale degli *input* europei, al fine di consolidare in termini potestativi il ruolo dell'interprete interno, rispetto alle fonti e alla giurisprudenza soprastatale. Sotto questo profilo, a riprova di quanto già detto, non può non

<sup>11</sup> Sul punto v., espressamente, E. AMODIO, *L'impatto*, cit., 80, 81.

<sup>12</sup> Imprescindibili i contributi di E. AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967, 884 e di M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 224.

<sup>13</sup> V. E. AMODIO, *L'impatto*, cit., 80. In argomento, pure, M. DEL TUFO, *La tutela della libertà della persona e l'Europa*, in *Quest. giust.*, 2004, 274 ss.

farsi menzione della recente decisione sul principio di interpretazione del diritto nazionale in maniera conforme a quello comunitario<sup>14</sup> che ha, in sostanza, attribuito al giudice nazionale il compito esiziale di "pesare" gli interessi in gioco.

## 2. Il settore della libertà personale.

Fatta questa premessa di fondo, è ora possibile tornare al tema prescelto per individuare meglio i controversi, e non sempre decifrabili, rapporti tra fonti europee, giurisprudenza della Corte europea e decisioni nazionali. Infatti, come si vedrà, l'angolazione adottata – che tiene conto paradigmaticamente di una decisione di legittimità recente, in tema di mandato d'arresto europeo, e di un intervento delle sezioni unite sull'interrogatorio di garanzia – consente di avvedersi dell'ambiguità delle linee tendenziali.

Sotto il primo profilo si è registrato (forse anche a ragione delle esigenze di difesa sociale, correlate al contrasto del terrorismo internazionale e legate al mandato d'arresto) un evidente ripudio degli insegnamenti europei.

Diversa, invece, la soluzione offerta dalla seconda sentenza che, in tema di nullità dell'interrogatorio di garanzia, ha mostrato una maggiore attenzione e propensione per i precetti garantistici, contenuti della Convenzione europea.

Le tematiche prescelte, proprio perché caratterizzate da esiti difformi, dimostrano dunque come non possa ancora dirsi diffusa, all'interno del panorama giurisprudenziale italiano, una cultura *de libertate* europea, ma semmai si possa parlare di atteggiamenti sporadici, particolarmente proclivi ad utilizzi interpretativi degli esiti giurisprudenziali europei e – più di sovente – di decisioni del tutto indifferenti rispetto agli impulsi "esterni".

Eppure sono oltremodo noti i rilevanti contributi esegetici, in termini di garanzia, rinvenibili nei precedenti europei sul tema in analisi.

Guardando infatti alla tassatività delle ipotesi di privazione della libertà personale, alla riserva di legge o di legalità, al diritto all'informazione tempestiva sui motivi di privazione della libertà, emerge una serie di apporti interpretativi della Corte europea dei diritti dell'uomo, meritevole di attenzione.

<sup>14</sup> Cfr. Corte di giustizia Europea, grande sezione, 16 giugno 2005, C-105/2003, Pupino, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 26, 67 con note di G. FRIGO, *Solo un intervento del legislatore è idoneo a colmare la lacuna* e E. SELVAGGI, *L'incidente probatorio apre le porte all'audizione «protetta» senza limiti*. Secondo l'interpretazione fornita in tema di incidente probatorio, quanto all'audizione protetta dei testimoni, compete al giudice la decisione sull'adozione di tale procedura a tutela della vittima, anche con riferimento a tipologie di reato non espressamente contemplate dall'art. 392 comma 1-bis c.p.p. Il giudice è chiamato a questo compito, verificando che l'applicazione delle misure controverse non infici l'equità del processo a carico dell'imputato (in particolare, ai sensi dell'articolo 6 C.e.d.u) ed interpretando le norme dell'ordinamento nazionale nel loro complesso, alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 15 marzo 2001 n. 2001/220/Gai, relativa alla posizione della vittima nel processo penale.

Ad esempio, grande sviluppo in questa sede ha avuto la nozione di "privazione" della libertà personale, contemplata nell'art. 5 comma 1 primo periodo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; essa, in quanto diritto assoluto, può subire soltanto eccezioni tassative. In particolare, la privazione è stata ritenuta differente rispetto alla restrizione, per grado ed intensità, e la sua stessa sussistenza<sup>15</sup> è stata collegata alla concreta situazione in cui il soggetto versa. Ovviamente, infatti, lo stato di privazione sussiste nelle ipotesi di coercizione fisica diretta<sup>16</sup>, ma può essere caratterizzato anche da vincoli alla libertà di circolazione dell'individuo come quelli imposti dalla misura del soggiorno obbligato<sup>17</sup>.

Assai severa è stata anche la lettura della "riserva di legge" fornita dalla Corte europea, per evitare che la clausola di legalità scada nell'arbitrio nazionale dei singoli Stati membri, mediante la semplice creazione espressa di «situazioni privative» della libertà. La Corte, in argomento, ha rafforzato enormemente il proprio sindacato sul diritto interno, imponendo l'indicazione puntuale della data, del luogo, dell'ora di inizio, nel provvedimento limitativo, ed esigendo la puntuale consacrazione dei motivi che lo giustificano<sup>18</sup>. La scure censoria si è in particolare abbattuta sulla chiarezza delle prescrizioni interne, al fine di consentire a tutti i cittadini di prevedere le conseguenze dei propri atti, imponendo anche la provenienza del provvedimento impositivo, da una autorità qualificata<sup>19</sup>, ed il controllo del medesimo da parte di un ulteriore organo, per escludere qualsivoglia forma di arbitrio<sup>20</sup>. In quest'ambito, dunque, non sono state ritenute sufficienti le regole interne dei singoli Stati, che potrebbero anche non rispettare i diritti individuali, ed è stato imposto ai Paesi membri il rispetto dello scopo primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ossia la protezione dell'individuo contro ogni abuso<sup>21</sup>.

Con riguardo a questi profili, il giudice europeo non soltanto ha controllato l'osservanza delle singole previsioni legislative ma si è, per così dire, attribuito anche un penetrante potere di verifica dei contenuti della stessa normativa

<sup>15</sup> Per l'analisi del concetto di privazione, si rinvia a G. UBERTIS, *Principi*, cit., 73 ss. ed all'ampia casistica ivi riportata.

<sup>16</sup> Cfr. Corte eur. dir. umani, grande camera, 8 aprile 2004, Assanidzé c. Georgia, §169.

<sup>17</sup> Cfr. Corte eur. dir. umani, 6 novembre 1980, Guzzardi c. Italia, § 95 che ha riconosciuto la privazione della libertà anche relativamente alla misura del soggiorno obbligato presso l'isola Asinara, assimilando tale situazione ad una prigione aperta.

<sup>18</sup> Cfr. Corte eur. dir. umani, grande camera sent. 8 luglio 1999, Çakici c. Turchia, § 104-105; in dottrina, G. UBERTIS, *Principi*, cit., 76.

<sup>19</sup> Corte eur. dir. umani, 23 settembre 1998, Steel ed altri c. Regno Unito, § 54.

<sup>20</sup> Corte eur. dir. umani, 24 novembre 1994, Kemmache c. Francia (n. 3), § 37. In tema di controlli della legalità sulla carcerazione preventiva in Italia, si registra una recente condanna a carico del nostro Paese, per il mancato rispetto dell'obbligo di celerità, previsto dalla Convenzione europea: Corte eur. dir. umani, sez. III, 19 maggio 2005, Rapacciuolo c. Italia, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 913.

<sup>21</sup> Cfr. Corte eur. dir. umani, grande camera, 8 luglio 2004, Ilascu ed altri contro Moldova e Russia, § 461.

applicata. Lo si evince dalle decisioni nelle quali l'apparente clausola di stile, secondo cui spetta sempre al giudice nazionale interpretare ed applicare la normativa rilevante per il caso specifico, ha condotto la Corte europea a constatare come la privazione della libertà difetti di una effettiva base legale, ogniqualvolta non consenta al cittadino di operare una ragionevole previsione dei propri comportamenti<sup>22</sup>.

Peraltro, secondo la dottrina più accreditata, l'espressa esigenza di legalità, contenuta nel periodo iniziale dell'elencazione concernente i casi in cui una persona può essere sottoposta all'arresto o alla detenzione (art. 5, comma 1 C.e.d.u.), deve essere posta in correlazione con l'art. 5 comma 1 lett. a, b, c, d, e, f, della stessa Convenzione, laddove il concetto di "legalità" (versione inglese) o "regolarità" (versione francese), abbraccia sia gli aspetti sostanziali, sia i profili procedurali della misura cautelare<sup>23</sup>. In quest'ambito, i giudici di Strasburgo non hanno lesinato critiche alla mancanza di intervento di un organo giurisdizionale, nella fase dell'adozione e del successivo controllo del provvedimento restrittivo<sup>24</sup>.

Anche le coordinate entro cui la custodia cautelare è chiamata ad operare sono state descritte dalla Corte sia in negativo sia in positivo, relativamente alla necessità di uno scopo esclusivamente processuale del limite alla libertà, che non può interessare, ad esempio, un procedimento volto ad irrogare misure di prevenzione<sup>25</sup>, nonché con riguardo alla riconosciuta possibilità che la custodia tocchi un procedimento estradizionale, anche nella fase successiva alla decisione relativa alla consegna dell'estradando<sup>26</sup>.

Particolarmente pregnante è risultata la clausola di tassatività espressa, contemplata nell'art. 5 comma 1 lett. c) C.e.d.u., che subordina la detenzione cautelare a «ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato» o «a motivi fondati per ritenere necessario di impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso». In argomento, nonostante la confusione con-

<sup>22</sup> Corte eur. dir. umani, sez. IV, 13 luglio 2004, Ciszewski c. Polonia, § 23; sez. II, 28 ottobre 2003, Minjat c. Svizzera, §39. Sul punto, si rinvia alla disamina di O. MAZZA, *La libertà*, cit., 49.

<sup>23</sup> Il concetto è posto in risalto da G. UBERTIS, *Principi*, cit., 77 che sottolinea l'esistenza dell'aggettivo *lawful* dell'arresto o della detenzione, contenuto nella versione inglese dell'art. 5 comma 1 lett. a, b, c, a rafforzamento letterale delle garanzie richiamate dal 1 comma dell'articolo 5 in ordine alle «*procedures prescribed by law*». In un quadro sinottico dei diversi commi l'autore – in linea con le indicazioni della giurisprudenza europea – ritiene che questo concetto di legalità non presupponga soltanto la conformità al diritto interno, bensì imponga anche specifiche finalità alle limitazioni consentite dalla Convenzione.

<sup>24</sup> Corte eur. dir. umani, sez. IV, 13 luglio 2004, Ciszewski c. Polonia, § 30; Corte eur. dir. umani, grande camera, 8 luglio 2004, Ilascu ed altri c. Moldova e Russia, § 461.

<sup>25</sup> Questo aspetto è stato chiarito proprio in un procedimento relativo al nostro Paese (Corte eur. dir. umani, 22 febbraio 1989, Ciulla c. Italia, § 38).

<sup>26</sup> Corte eur. dir. umani, 24 settembre 1992, Kolompar c. Belgio, § 40.

attuale fra i gravi indizi di colpevolezza e le esigenze cautelari, trattati a livello europeo alla stregua di sinonimi e presupposti, tra loro alternativi, per l'emissione di una misura, si è precisato come le ragioni di sospetto non devono essere intese in senso alternativo alla ricorrenza di esigenze cautelari di prevenire la commissione dei reati, per cui il *fumus commissi delicti* deve rappresentare il presupposto ineludibile, che precede ed accompagna le esigenze suddette. Nell'interpretazione rigorosa fornita dalla Corte, la sussistenza dei ragionevoli sospetti è immanente all'intero procedimento e non si esaurisce nella fase della iniziale applicazione della misura, dovendo persistere per tutta la durata della privazione della libertà<sup>27</sup>. Quanto al contenuto di tali sospetti, essi, in un quadro globale di elementi valutabili, devono risultare tali da indurre, in un osservatore obiettivo, il convincimento che la persona possa effettivamente avere commesso il reato di cui è sospettata<sup>28</sup>. Ovviamente, il loro livello persuasivo sarà diverso da quello necessario a giustificare una sentenza di condanna o anche la sola formulazione dell'imputazione, in quanto nella primissima fase di applicazione dell'arresto o del fermo non si potrebbe pretendere, per esempio, che la polizia disponga già di prove sufficienti a sostenere l'accusa in giudizio<sup>29</sup>. È evidente, tuttavia, che i gravi indizi di colpevolezza non possano neppure scadere al livello di meri sospetti<sup>30</sup>.

Si può notare subito come queste indicazioni garantiste, lette unitamente alla modifica legislativa italiana dell'art. 273 comma 1-bis del codice di rito penale<sup>31</sup>, che ha addirittura imposto una parificazione tra il piano valutativo cautelare

<sup>27</sup>L'affermazione si rinviene già in Corte eur. dir. umani, 10 novembre 1969, Stögmüller c. Austria, § 4.

<sup>28</sup>Corte eur. dir. umani, 27 novembre 1997, K.-F. c. Germania, § 57. Il principio è stato peraltro ribadito (Corte eur. dir. umani, 30 agosto 1990, Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito, § 32) nell'ambito dei reati di terrorismo. In un contesto che ammette alcune deroghe sull'obbligo di rivelare la fonte informativa su cui si fonda l'arresto, è necessario ancorare pure la nozione di indizi plausibili ad elementi che non incidano sulla sostanza della garanzia contemplata dall'art. 5 comma 1 lett. c) C.e.d.u. Gli elementi di sospetto, beninteso, differiscono dalle prove per sostenere l'accusa in giudizio; pertanto il fatto che i primi non si traducano nei secondi e non diano luogo ad alcun giudizio nei confronti dell'arrestato non toglie validità all'azione originaria degli inquirenti.

<sup>29</sup>Corte eur. dir. umani, 29 novembre 1988, Brogan e altri c. Regno Unito, § 53. In argomento, Corte eur. dir. umani, sez. IV, 27 luglio 2004, İncinsoy c. Turchia, § 96.

<sup>30</sup>Sulla valutazione complessiva delle circostanze giustificatrici della misura, v. la Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (R 80, 11), in *Ind.pen.*, 1981, 820, nonché Corte eur. dir. umani, 30 agosto 1990, Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito, § 32 e 35. Deve inoltre essere ricordata Corte eur. dir. umani, 6 aprile 2000 Labita c. Italia, in *Corr. giur.*, 2000, 1435, a proposito della necessità di maturazione dei motivi plausibili di sospetto che – utili legittimare in un primo momento la detenzione dell'accusato – perdono rilevanza con il passare del tempo e devono essere confermati da elementi obiettivi.

<sup>31</sup>Potrebbe dirsi dunque che il legislatore italiano sia andato ben oltre i presidi di garanzia richiesti dalla giurisprudenza della Corte. Per rilievi positivi sulla modifica legislativa, avuto riguardo però alla specifica finalizzazione dei provvedimenti cautelari, v. E. MARZADURI, *Giusto*

e quello del merito<sup>32</sup>, rendano oramai imprensibile un serio sostegno dimostrativo per l'emissione di una misura cautelare.

### 3. *Atteggiamenti difformi della prassi italiana.*

Non si comprende pertanto (alla luce del riformato quadro legislativo interno e delle coordinate tracciate dalla Corte europea), il risultato cui è pervenuta la recente decisione italiana sugli indizi cautelari, necessari per emettere il mandato d'arresto europeo<sup>33</sup>. In questo caso, si è affermato infatti che il giudice italiano si deve limitare a verificare che il mandato, per il suo contenuto intrinseco o per gli elementi raccolti in sede investigativa o processuale, sia fondato su un compendio indiziario che l'autorità giudiziaria emittente ha ritenuto seriamente dimostrativo di un fatto-reato, commesso dalla persona di cui si chiede la consegna». In altre parole, per la nostra Corte di legittimità «il controllo indiziario sufficiente», che spetta all'autorità italiana richiesta del mandato d'arresto, sarebbe relegato soltanto ad un vaglio formale, del tutto distante dagli insegnamenti della Corte europea, ed in grave contrasto rispetto alle coordinate indiziarie, tracciate dalla legge attuativa del «giusto processo». Infatti, l'indagine necessaria per il mandato d'arresto – pure differendo dall'area del giudizio «interno» in materia cautelare e rappresentando una sorta di duplicazione dell'analisi già effettuata dall'autorità richiedente – dovrebbe comunque essere condotta in modo da consentire una qualche verifica sostanziale dei contenuti del quadro indiziario, da parte del giudice italiano richiesto della consegna.

Peraltro, la totale «amnesia» dei precedenti europei sul tema, appare qui tanto più negativa e criticabile, perché è destinata proprio a muoversi sul fronte delegato a porre le basi della c.d. «procedura penale europea».

Del pari disattesi in tema di mandato d'arresto europeo<sup>34</sup> sembrano i pre-

*processo e misure cautelari*, in R.E. KOSTORIS (a cura di) *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, 258. In argomento un'ampia disamina è compiuta da D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 285 ss. B. PETRALIA, *Gravi indizi di reato e della colpevolezza: i modelli probatori delle indagini preliminari e l'integrazione difensiva del patrimonio indiziario*, in *Cass. pen.*, 2005, 2455 ss.

<sup>32</sup>Autorevoli critiche sulla blanda configurazione dei «plausibili sospetti» sono state espresse da G. CONSO, *I diritti dell'uomo e il processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 319.

<sup>33</sup>Cass. sez. VI, 26 settembre 2005, n. 3435, I, in *Dir. e giust.*, quotidiano on line, 29 settembre 2005. In argomento cfr., pure, E. SELVAGGI, *Un'interpretazione in linea con lo spirito della decisione quadro*, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 38, 75.

<sup>34</sup>F. R. DINACCI, *Mandato d'arresto europeo, libertà personale e principio di eguaglianza*, in G. PAN-SINI – A. SCALFATI (a cura di) *Mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2005, 21 ss. Sul tema cfr., anche, G. DALIA, *L'adeguamento della legislazione nazionale alla decisione quadro tra esigenze di cooperazione e rispetto delle garanzie fondamentali*, in L. KALB (a cura di) *Mandato d'arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, 2005, 53 ss.; M. PEDRAZZI, *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, 8 ss.

cedenti che si riferiscono al diritto ad una informazione tempestiva, ed in una lingua comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa elevata a carico dell'indagato ( art. 5, comma 2 C.e.d.u.).

Infatti, la triplice connotazione della tutela (di tipo sostanziale, formale e temporale), che promana da tale principio, ha ricompreso – nell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo – sia l'oggetto della informativa, sia l'aspetto formale della medesima, sia, infine, i tempi in cui essa deve essere comunicata. Sul punto, la giurisprudenza europea si è mostrata alquanto severa, superando altresì ogni equivoco derivante dal pleonaso contenuto nel precetto ove si richiamano tanto i «motivi dell'arresto», quanto l'«accusa» e chiarendo l'esigenza imprescindibile che all'interessato vengano forniti dati dettagliati circa la definizione della regiudicanda ed ogni altro elemento utile a discutere davanti al giudice la legalità dell'arresto<sup>35</sup>. Relativamente all'aspetto formale, sotteso al diritto di conoscere contenuto e motivi della privazione della libertà, la Corte ha, invece, optato per una chiave di lettura più «realistica»: l'idioma infatti, sebbene non materno, deve risultare comprensibile e pertanto, pur nella non indispensabilità della forma scritta<sup>36</sup>, in più occasioni si è ribadito il diritto all'interprete<sup>37</sup>. Guardando poi all'aspetto cronologico, imposto dalla necessità di una informazione tempestiva, è stata rimarcata la correlazione tra questo profilo e l'arresto, a conferma della impossibilità di ritardare la comunicazione fino a quando la privazione della libertà raggiunga la durata della detenzione<sup>38</sup>.

Peculiare e meritevole di censura, rispetto a questi insegnamenti, appare la sopra richiamata decisione della Corte di cassazione secondo cui la motivazione in tema di mandato d'arresto europeo non deve, invece, essere «parametrata» strettamente alla nozione di motivazione che fa parte della tradizione giuridica italiana e che indica una «sposizione logico-argomentativa del significato e delle implicazioni del materiale probatorio». Ciò che importa è che l'autorità giudiziaria che ha emesso il mandato europeo ne «dia ragione», anche attraverso «la puntuale allegazione» dei fatti a carico della persona di cui si chiede la consegna<sup>39</sup>. Un tale alleggerimento dell'onere motivazionale, già stridente rispetto ai

<sup>35</sup> Cfr. la ricostruzione operata in questi termini da G. UBERTIS, *Principi*, cit., 83, 84; nonché, tra la giurisprudenza ivi richiamata, Corte eur. dir. umani 30 agosto 1990, Fox, Campbell, e Hartley c. Regno Unito, § 40.

<sup>36</sup> Cfr. Corte eur. dir. umani, 30 marzo 1989, Lamy c. Belgio, § 31 che ha però ritenuto inconsistente l'obbligo di comunicare all'interessato il contenuto del fascicolo ad esso relativo.

<sup>37</sup> Corte eur. dir. umani, 19 dicembre 1989, Kamasinski c. Austria, § 74; più di recente, sez. II, 19 ottobre 2004, Makhfi c. Francia, § 32.

<sup>38</sup> Corte eur. dir. umani, 21 febbraio 1990, van der Leer c. Paesi Bassi, § 30-31, che ha censurato la modifica del titolo custodiale, comunicato soltanto dieci giorni dopo la decisione del giudice.

<sup>39</sup> Espressamente, Cass. sez. VI, 26 settembre 2005, I., *cit.* In argomento, cfr. A. SCALFATI, *La procedura passiva di consegna*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 952, che si riferisce alla necessità di un vago della consistenza indiziaria della decisione d'origine.

precetti nazionali<sup>40</sup>, conferma la premessa interpretativa iniziale di decisioni del tutto incuranti dei principi espressi dalla giurisprudenza europea, tradendo forse anche la strumentalità di valutazioni eccessivamente sorrette da esigenze di difesa sociale.

Un discorso diverso merita l'*habeas corpus*, nella nozione ricavabile dall'art. 5 comma 3 Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che si estrinseca sostanzialmente nel diritto di ogni persona arrestata o detenuta a essere tradotta davanti ad un giudice o ad altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie<sup>41</sup>. Tale diritto si combina con la riconosciuta alternativa tra l'esigenza che il soggetto venga giudicato in un tempo ragionevole o venga posto in libertà durante l'istruttoria; inoltre, esso si coniuga pure con la garanzia che assicura la comparizione personale all'udienza per la scarcerazione<sup>42</sup>. Assai importanti risultano, nell'elaborazione di contenuti offerti dalla Corte europea in proposito, anche i caratteri di automaticità e rapidità della verifica della detenzione. A differenza della previsione contenuta nel comma 4 dell'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che prescrive l'istanza dell'interessato, nell'ipotesi di cui al comma 3, il controllo sulla legalità scatta in modo necessario e deve realizzarsi in tempi strettissimi<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Sul rafforzamento dell'obbligo di motivazione dell'ordinanza custodiale, che deve fornire dimostrazione da parte del giudice della validità delle sue conclusioni, tramite argomentazioni e ragioni di fatto e di diritto, in una materia presidiata da garanzie costituzionali, come quella della libertà personale, cfr., *ex plurimis*, Cass. sez. VI, 5 marzo 2003, Rinella, in *Guida al dir.*, 2003, fasc. 18, 70. Analogo rafforzamento dell'onere motivazionale per i rimedi *de libertate* si rinviene in Cass., sez. un., 26 novembre 2003, Gatto, in *Riv. pen.*, 2004, 899.

<sup>41</sup> La giurisprudenza della Corte ha specificato i caratteri dell'organo dinanzi al quale comparire, ritenendo non necessario il possesso di tutti i requisiti della giurisdizionalità, purché sussistano l'indipendenza dall'esecutivo e dalle parti in causa (Corte eur. dir. umani, 28 ottobre 1998, Assenov e altri c. Bulgaria, § 146), e, soprattutto si realizzi una netta separazione tra le funzioni dell'accusa e quelle della decisione *de libertate* (per Corte eur. dir. umani, 26 maggio 1988, Pauwels c. Belgio, § 38 violava il precetto convenzionale la possibilità che il magistrato competente in tema di libertà potesse assumere, in un momento successivo, le funzioni di organo d'accusa).

<sup>42</sup> Sull'esigenza di un tempestivo contatto tra imputato e giudice: Corte eur. dir. umani, sez. IV, 27 luglio 2004, İkincişoy c. Turchia, § 100. Pure nella diversità di ambito, si è ritenuto che l'assenza di decisione da parte del tribunale di sorveglianza, sui reclami introdotti avverso i provvedimenti del Ministro della Giustizia adottati ai sensi dell'articolo 41-bis della L. 26 luglio 1975, n. 354, violasse il diritto a un tribunale dei soggetti sottoposti a restrizione della libertà personale: Corte eur. dir. umani, 30 ottobre 2003, Ganci c. Italia, in *Guida al dir.*, 2003, fasc. 49, 91 ss.

<sup>43</sup> Nella ricostruzione di G. UBERTIS, *Principi*, cit., 87, viene dato risalto ad una sentenza in tema di reati terroristici (Corte eur. dir. umani, 29 novembre 1988, Brogan e altri c. Regno Unito, § 62), che censurava l'illegalità di una custodia protrattasi senza controllo del giudice rispettivamente, a seconda degli interessati, per quattro giorni e sei ore, e per sei giorni e sedici ore e mezza. Anche nelle ipotesi derogatorie, infatti, resta saldo in capo alla Corte un potere di controllo sui tempi di traduzione del soggetto davanti all'autorità giudiziaria (cfr., in materia di reati terroristici, Corte eur. dir. umani, 18 dicembre 1998, Assenov e altri c. Bulgaria, § 146; quest'ultima decisione rappresenta un precedente che la Corte ha costantemente richiamato: Corte eur. dir. umani, sez. II, 2 novembre 2004, Abdülşamet Yaman c. Turchia, § 74 sul limite temporale massimo di quat-

Sotto questo profilo, il sistema italiano parrebbe già censurabile per due ordini di motivi: sia perché ritarda la presa di contatto tra il giudice e l'imputato detenuto sino all'inizio del dibattimento, giacché l'assorbimento dell'esigenza di interrogatorio nella celebrazione del dibattimento non soddisfa l'esigenza di automaticità del controllo, sia perché pregiudica la rapidità di incontro nella fase di indagine tra detenuto e giudice, in quanto la scelta di cui all'art. 294 comma 1 c.p.p., di fissare in cinque giorni dall'esecuzione della custodia cautelare il limite temporale in cui deve svolgersi l'interrogatorio di garanzia, pare oltrepassare il confine massimo, individuato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in quattro giorni e sei ore<sup>44</sup>.

Anche le proiezioni processuali di questo diritto sembrano condizionare fortemente le caratteristiche del controllo sulla custodia. La prevalente giurisprudenza europea ha chiarito come, già in prima battuta dopo l'arresto, il soggetto abbia il diritto di essere sentito personalmente dall'autorità giudiziaria, anche se non necessariamente alla presenza del suo difensore<sup>45</sup>; devono inoltre essere valutate nel merito le circostanze a carico o a discarico dell'imputato e di esse deve essere fornita congrua motivazione<sup>46</sup>; infine, dinanzi al difetto di elementi accusatori, il magistrato deve potere ordinare la liberazione del fermato<sup>47</sup>.

A tale proposito, vale la pena menzionare (in controtendenza rispetto alla decisione richiamata in tema di mandato d'arresto) la recente decisione della Corte di Cassazione a sezioni unite, che ha mostrato di propendere per una lettura costituzionalmente orientata del contraddittorio cautelare, richiamandosi espressamente anche alle fonti europee. In questa direzione si è ritenuta la nullità dell'interrogatorio, ex art. 294 c.p.p., e la conseguente perdita d'efficacia della misura che non sia stata preceduta dal previo deposito di tutte le risultanze delle indagini<sup>48</sup>.

tro giorni e sei ore; analogamente, sez. III, 22 aprile 2004, Sarikaja c. Turchia, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 783). Più in generale, sull'esame in breve termine della legalità della detenzione, Corte eur. dir. umani, 25 ottobre 1989, Bazicheri c. Italia, in *Cass. pen.*, 1990, I, 1243.

<sup>44</sup> In questi termini O. MAZZA, *La libertà*, cit., 62. Cfr. Corte cost. 8 giugno 2005, n. 230, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 640 ss., che ha ritenuto infondata la questione di legittimità degli artt. 294 comma 1 e 302 c.p.p., nella parte in cui non prevedono l'obbligo dell'interrogatorio di garanzia della persona in stato di custodia cautelare anche dopo la dichiarazione di apertura del dibattimento, avuto riguardo alle peculiarità della fase processuale e alla adeguatezza del livello di garanzia *de libertate* apprestato in esso dal sistema.

<sup>45</sup> Corte eur. dir. umani, grande camera, 29 aprile 1999, Aquilina c. Malta, § 50.

<sup>46</sup> Corte eur. dir. umani, grande camera, 18 febbraio 1999, Hood c. Regno Unito, § 60.

<sup>47</sup> Corte eur. dir. umani, 22 maggio 1984, Duinhof e Duijf c. Paesi Bassi, § 32.

<sup>48</sup> Cass., sez. un. 28 giugno 2005, 26798/V, in *Dir. e giust.*, quotidiano *an line*, 22 luglio 2005, nel richiamare l'art. 5 comma 2 C.e.d.u., ha enunciato il seguente principio di diritto: «l'omesso deposito dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare, della richiesta del pubblico ministero e degli atti allegati, compromette ingiustificatamente il debito esplicarsi del diritto di difesa e pertanto determina la nullità dell'interrogatorio dell'indagato (o dell'imputato), ai sensi degli articoli 178, comma 1, 180, 182 c.p.p., nullità a regime intermedio che deve essere eccepita al compimento dell'atto, ossia dell'interrogatorio».

Con particolare riguardo a questo profilo, le sezioni unite si sono mosse sulla scia del riformato art. 111 Cost. ed hanno dunque dato risalto all'adempiimento del deposito degli atti precedente l'interrogatorio di garanzia, accogliendo *in melius* le indicazioni, offerte dalla fonte europea<sup>49</sup> sulla necessaria ed immediata conoscenza degli elementi fondanti la richiesta di misure restrittive. Questa decisione, che mira ad assicurare una più ampia e condivisibile esplicazione dei diritti difensivi nella fase cautelare, appare dunque meritevole di segnalazione, giacché può dirsi espressiva di un metodo interpretativo del quale sarebbe auspicabile una sempre maggiore diffusione, nei futuri rapporti tra giurisdizione interna *de libertate* e fonti europee.

<sup>49</sup> Sui rapporti tra interrogatorio ed obbligo imposto dall'art. 5 comma 3 C.e.d.u., v. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, Torino, 2005, 494.