

LIBERTÀ PERSONALE E PROCESSO

di Paola Spagnolo

(Professore ordinario di Diritto processuale penale,
Libera Università Maria Ss. Assunta di Roma)*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il concetto di “libertà personale”: dalla libertà dagli arresti alle cautele surrogatorie. – 3. La ragionevole durata della custodia cautelare e i presupposti cautelari. – 4. La ragionevole durata e i termini di durata delle misure cautelari. – 5. Conclusioni.

1. Nell’opera *Processo e garanzie della persona* il capitolo dedicato alla libertà personale si apre con una affermazione di estrema attualità: «la questione della tutela della libertà personale è certamente ad un crocevia nevralgico dell’intera rete di rapporti tra la tematica dei diritti fondamentali della persona e la tematica del processo»¹. Molteplici ed evidenti sono infatti le interrelazioni tra la libertà personale e i meccanismi processuali che, in quel testo, vengono tratteggiate con una particolare attenzione alla tematica cautelare, senza dimenticare lo *status* e i diritti delle persone detenute in via definitiva. L’ampiezza del tema non consente di rileggere nella prospettiva del testo tutte le lucide considerazioni allora svolte sul codice del 1930, che pur mantengono una loro attualità, evidenziando già quei nervi scoperti che avrebbero caratterizzato la tematica della libertà personale fino ai nostri giorni. In particolare, la spiccata sensibilità per la giurisprudenza europea, a quei tempi appannaggio di pochi illuminati giuristi, si impone oggi con una forza dirompente, allargandosi all’allora inedito ambito dell’Unione europea.

Attualmente il processualista è sempre più impegnato a confrontarsi con i diversi sistemi giuridici, iniziando, se non una vera analisi comparata, almeno qualche incursione nel diritto straniero.

Tralasciando il campo della comparazione processuale e quello del diritto dell’Unione, tra mutuo riconoscimento e armonizzazione, qui l’attenzione sarà dedicata all’evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo e all’influenza che questa può continuare ad avere anche in un sistema, come quello della libertà personale, improntato a canoni di stretta legalità.

* Intervento con discussant Prof. Marta Bargis.

¹ M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona, II, Le garanzie fondamentali*, Milano 1984, 299.

2. Tradizionalmente la libertà personale è intesa – ci dice Mario Chiavario – come «libertà dagli arresti». L'art. 13 Cost. e l'art. 5 Cedu nel riferirsi, con accezioni sovrapponibili, ad “arresto” e “detenzione” si richiamano ad una nozione strettamente fisica della libertà. In particolare, non rientrano nella tutela diretta dell'art. 5 Cedu tutte quelle misure che non comportano una “privazione” della libertà personale, ma una mera limitazione della stessa, quali, ad esempio, il divieto di espatrio e tutte le altre misure prescrittive previste nel nostro ordinamento. Per quest'ultime, però, può essere richiamato il IV Protocollo alla Convenzione europea il quale, nel riconoscere la libertà di circolazione, assicura una tutela che, seppur non paragonabile a quella prevista nell'art. 5 Cedu, sancisce espressamente il principio di legalità e di stretta necessità (e proporzionalità) delle restrizioni alla libertà di movimento.

Quanto al nostro diritto interno, invece, il codice del 1988 ha optato per un concetto ampio di libertà personale – il libro IV si apre con l'art. 272 Cpp che si riferisce alle *limitazioni alle libertà* della persona – ribadito anche dalla Corte costituzionale quando ha ricondotto all'art. 13 Cost. la misura coercitiva dell'art. 281 Cpp².

Questa non coincidenza di ambiti non si risolve però in vuoti di tutela o in minor garanzie assicurate dalla giurisprudenza europea; con sempre maggiore frequenza i giudici di Strasburgo ribadiscono l'eccezionalità della restrizione della libertà personale, mostrando attenzione alle misure “alternative” alla detenzione carceraria.

Innanzitutto, gli arresti domiciliari sono considerati misura privativa della libertà personale e non mera limitazione alla libertà di movimento, sicché godono di tutte le garanzie dell'art. 5 Cedu³. Attualmente, poi, in virtù di un'interpretazione evolutiva dell'art. 5 § 3 Cedu, non solo l'imputato ha il diritto di rimanere libero durante il processo penale⁴, ma le c.d. cautele surrogatorie o le alternative alla detenzione sono entrate a pieno titolo tra le misure che ogni Stato deve predisporre per rendere la custodia cautelare *extrema ratio*⁵. È particolarmente rilevante, infatti, quel filone giurisprudenziale europeo che interpreta il riferimento al rilascio della persona (il c.d. *bail*) non solo come un rimedio *ex post*, una condizione per la scarcerazione, ma come obbligo per il giudice di verificare se le condizioni che

² C. cost., 31.3.1994, n. 109, in GCos 1994, 937.

³ Tra le tante, C. eur. GC, 7.7.2016, *Buzadji c. Moldavia*, § 112, 113, 114.

⁴ Cfr. C. eur., 2.7.2009, *Vafiadis c. Grecia*, §50; vi è quindi una presunzione in favore del rilascio dell'imputato *in vinculis* quando la custodia non è più ragionevole: C. eur. GC, 10.3.2009, *Bykov c. Russia*, § 61.

⁵ L'art. 5 § 3 Cedu *obbliga* gli Stati a predisporre e a considerare l'esistenza di misure alternative alla detenzione (C. eur., 14.11.2006, *Osuch c. Polonia*, § 27) e a verificare se le esigenze poste alla base della detenzione non possano essere soddisfatte con misure diverse dalla custodia (C. eur., 13.12.2005, *Kozlowski c. Polonia*, § 44). Inoltre, le autorità giudiziarie, quando non ritengano di far ricorso a misure alternative alla detenzione, devono spiegare «nelle loro decisioni perché le altre misure non avrebbero assicurato il corretto svolgimento del processo»: C. eur., 20.1.2004, *G.K. c. Polonia*, § 85; C. eur., 3.4.2003, *Klamecki c. Polonia* (2), § 118.

giustificano la detenzione possano essere soddisfatte con misure non custodiali⁶.

In altri termini si impone al giudice di individuare *ex ante* misure alternative alla detenzione⁷.

Si chiarisce così anche per i Paesi, quale l'Italia, che non prevedono la cauzione, il ruolo delle cautele sostitutive alla detenzione e l'eccezionalità della privazione della libertà personale.

3. Ed è sempre ragionando di eccezionalità della privazione della libertà personale e di art. 5 § 3 Cedu che viene in rilievo un tema particolarmente caro a Mario Chiavario: la ragionevole durata della custodia cautelare.

Un tema allora tutto da esplorare, che, proponendo un modello flessibile di controllo – basato sul riscontro nel caso concreto della ragionevolezza della detenzione – appariva certamente nuovo in un sistema rigido, fermamente ancorato a termini di durata della custodia prefissati. Ma gli effetti di quel modello, come già evidenziava Chiavario⁸, sono destinati a spingersi oltre la tematica evocata dall'art. 13 comma 5 Cost.

L'analisi della giurisprudenza europea sull'art. 5 § 3 Cedu mostra, infatti, come il perdurante controllo sulla legittimità della detenzione non possa ridursi solo alla tematica dei termini di custodia⁹.

Dalla copiosa giurisprudenza europea può infatti cogliersi come a giustificare la misura cautelare non possa essere, se non nei primissimi momenti della detenzione, il solo ragionevole sospetto della commissione di un reato. È dalla verifica della ragionevolezza della durata della custodia cautelare che vengono in rilievo ulteriori indici: più si protrae la detenzione, maggiore è la necessità della presenza di ulteriori elementi che, nonostante la presunzione di innocenza, possano giustificare la perdurante restrizione della libertà personale¹⁰. Questi elementi evocano le esigenze cautelari contemplate dal nostro codice e, seppur non vi è una perfetta coincidenza tra le ragioni cautelari rilevanti per la giurisprudenza della Corte europea e le esigenze

⁶ C. eur. GC, 29.1.2008, *Saadi c. Regno Unito*, § 70; C. eur., 4.5.2006, *Ambruszkiewicz c. Polonia*, § 31.

⁷ C. eur., 19.5.2009, *Kulikowski c. Polonia*, § 48; C. eur., 2.7.2009, *Vafiadis c. Grecia*, § 50; C. eur., 18.3.2008, *Ladent c. Polonia*, § 55, 79; C. eur., 8.11.2007, *Lelievre c. Belgio*, § 97 e ss.

⁸ M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, II Le garanzie fondamentali, cit., 341 ss.

⁹ M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, II Le garanzie fondamentali, cit., 344 ss.

¹⁰ La protrazione della misura restrittiva può ammettersi solo in presenza di elementi concreti che ne rivelino un'effettiva necessità di interesse pubblico, la quale sia destinata a prevalere, nonostante la presunzione di innocenza, sulla regola del rispetto della libertà individuale: C. eur., 24.8.1998, *Contrada c. Italia*, § 54. M. Macovei, *The right to liberty and security of person. A guide to the implementation of Art. 5 of the European Convention of Human Rights*, Strasburgo 2002, 27-28; O. Mazza, *La libertà nella Costituzione europea*, in AA.VV., *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di M. G. Coppetta, Torino 2005, 65; P. Spagnolo, *Il tribunale della libertà tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano 2008, 167.

cautelari nostrane¹¹, non vi è dubbio che i *pericula* di cui all'art. 274 Cpp siano presi in considerazione anche dalla giurisprudenza europea e talvolta, come ad esempio per il pericolo di fuga, con una certa coincidenza tra giurisprudenza interna e giurisprudenza europea¹².

Peraltro, se consideriamo il c.d. pericolo di reiterazione della condotta criminosa, da sempre riconosciuto dalla Corte europea¹³, seppur non sono mancate alcune *dissenting opinion*¹⁴, sembra di poter ripercorrere il dibattito interno sulla legittimità costituzionale dell'art. 274 lett. c Cpp.

Ancora, è pienamente consolidata quella giurisprudenza europea secondo la quale la forza persuasiva degli elementi che giustificano la detenzione deve accrescere con il passare del tempo. Si afferma, infatti, che se in un primo momento un ragionevole sospetto di commissione di un reato può da solo legittimare la restrizione della libertà personale, con il passare del tempo debbono essere presenti ulteriori elementi che giustificano la perdurante limitazione della libertà personale¹⁵. Il vaglio è molto penetrante e deve emergere da una effettiva e convincente motivazione, escludendo quindi argomenti generali e astratti, formule stereotipate o la mera ripetizione dei criteri previsti dalla legge¹⁶.

Questo modo di ragionare, che implica un giudizio via via rafforzato nell'ottica dell'eccezionalità col trascorrere del tempo, segna una certa distanza con il nostro modo di verificare la perdurante legittimità della restrizione della libertà personale.

Nonostante alcuni richiami alla rilevanza del "fattore tempo" nell'art. 292 Cpp – l'uno riferito al tempo dalla commissione del reato, l'altro alla data di scadenza della

¹¹ Le ragioni prese in considerazione dalla Corte sono quattro: il pericolo di fuga, il pericolo di sviluppo dell'attività criminosa (riconducibile al pericolo di reiterazione), il pericolo di interferenze con l'attività criminosa (inquadrabile nel nostro pericolo di inquinamento probatorio) e la necessità di tutela dell'ordine pubblico (quest'ultima sconosciuta al nostro sistema ed espressamente esclusa dalla Corte costituzionale nella sentenza 21.7.2010 n. 265). La Corte europea ritiene che solo in circostanze eccezionali la tutela dell'ordine pubblico possa essere considerata rilevante e sufficiente a prostrarre la custodia (C. eur., 13.2.2001, *Gombert e Gocharian c. Francia*, § 46), così come in circostanze eccezionali la detenzione può risultare necessaria per garantire la sicurezza dell'imputato, proteggendolo dal rischio di rappresaglie (C. eur., 23.8.1998, *I.A. c. Francia*, § 108).

¹² Il pericolo di fuga, per la giurisprudenza europea, non può desumersi unicamente dal rischio di gravi sanzioni penali (C. eur., 27.8.1992, *Tomasi c. Francia*, § 98), ma deve fondarsi su elementi specifici e concreti (C. eur., 8.6.1995, *Mansur c. Turchia*, § 55).

¹³ Tra gli elementi da prendere in considerazione: la continuazione prolungata degli illeciti, l'entità dei danni cagionati, la pericolosità dell'imputato (C. eur., 31.5.2005, *Dumont-Maliverg c. Francia*, § 65; C. eur., 10.11.1969, *Matznetter c. Austria*, § 9).

¹⁴ Si vedano, in particolare, le *dissenting opinions* del giudice Bonello (condivisa dai giudici Strážnická e Tsatsa-Nikolovska nel caso *N.C. c. Italia* (11.1.2001) e del giudice Zekia nel caso *Matznetter c. Austra* (10.11.1969)).

¹⁵ C. eur., 6.4.2000, *Labita c. Italia*, § 159; C. eur. GC, 3.10.2006, *McKay c. Regno Unito*, § 45.

¹⁶ Fra le tante, C. eur., 26.9.2006, *Gerard Bernard c. Francia*, § 40-46; C. eur., 16.1.2007, *Solmaz c. Turchia*; C. eur., 27.9.2007, *Smatana c. Repubblica Ceca*, § 104. P. Spagnolo, *op. cit.*, 347.

misura disposta *ex art. 274 lett. a Cpp* – nella giurisprudenza interna ancora non si dà il giusto risalto al “tempo” come elemento che affievolisce di per sé le esigenze cautelari¹⁷. Mentre, quindi, per la giurisprudenza europea il vaglio sulle ragioni giustificatrici della cautela si fa più penetrante all’evolversi del procedimento, rilevando il tempo della detenzione oltre che quello dalla commissione del fatto, nel nostro sistema, complice il c.d. giudicato cautelare, la prospettiva sembra opposta. Se infatti si richiede al giudice, nel momento genetico della misura, il massimo impegno motivazionale – come può agevolmente ricavarsi dallo schema motivazionale dell’art. 292 Cpp – e la massima urgenza nel provvedere – si pensi ai termini dell’art. 309 Cpp – i successivi provvedimenti sono assistiti da oneri motivazionali più blandi (non vi è infatti una disposizione *ad hoc*, ma la motivazione si ricava dall’art. 13 Cost. che, riferendosi a *tutti* i provvedimenti sulla libertà personale non distingue tra i genetici e i successivi, e dal disposto dell’art. 125 Cpp che impone una generica motivazione) che tendono ad affievolirsi ulteriormente quando ci si richiama al discusso istituto del giudicato cautelare. L’esigenza della celerità della pronuncia è poi affidata a termini meramente ordinatori, sintomatici dello sfumare dell’urgenza di provvedere.

Inoltre, nell’art. 299 Cpp – disposizione funzionale ad assicurare il costante controllo sulla perdurante legittimità della detenzione – manca qualsiasi riferimento al tempo, quale fattore che incide di per sé sulla permanenza delle esigenze cautelari. Tuttavia, nonostante qualche pronuncia giurisprudenziale tenda a depotenziare la portata dell’art. 299 Cpp¹⁸, è possibile proporre una lettura del disposto normativo in linea con la giurisprudenza europea. In primo luogo, occorre ribadire che il comma 3 dell’art. 299 Cpp svolge, nel microcosmo del procedimento cautelare, lo stesso ruolo dell’art. 129 Cpp nel giudizio di cognizione, consentendo sempre l’intervento d’ufficio *in bonam partem*. Ogniqualvolta il giudice sia investito di cognizione *dove* procedere al controllo sulla legittimità della detenzione, consentendo così anche quel controllo

¹⁷ La giurisprudenza, infatti, attribuisce rilevanza al fattore tempo nel momento applicativo della cautela (v., ad esempio, Cass. SU, 24.9.2009, Lattanzi, in *CEDCass.*, m. 244377; Cass., 12.3.2015, Palermo, *ivi* m. 263772), mentre esclude che il mero trascorrere del tempo, non accompagnato da ulteriori elementi sintomatici dell’affievolimento delle esigenze, possa rilevare in sede di revoca o sostituzione della misura (cfr. Cass., 30.11.2011, Pantano, in *CEDCass.*, m. 252050. Per l’irrilevanza del mero trascorrere del tempo, tra le tante v. Cass., 29.5.2017, Saracino, *ivi*, m. 271119; Cass., 16.12.2015, Mangiaracina, *ivi*, m. 266161; Cass., 26.9.2007, n. 39785, in *CP* 2008, 4758; Cass., 17.10.2006, De Los Reyes, *ivi* 2007, 3823; Cass. 3.11.2005, Tamuzza, *ivi* 2006, 4144; Cass., 24.11.2003, Camilleri, *ivi* 2005, 2314; Cass., 15.5.2001, Mannino, *ivi* 2002, 2826).

¹⁸ Si veda ad es. Cass. 10.5.2013, n. 24897, in *CEDCass.*, m. 255832-01, secondo la quale ai fini della sostituzione della misura della custodia cautelare carceraria con quella degli arresti domiciliari e comunque con altra meno grave, il mero decorso del tempo non è elemento rilevante perché la sua valenza si esaurisce nell’ambito della disciplina dei termini di durata massima della custodia stessa, e quindi necessita di essere considerato unitamente ad altri elementi idonei a suffragare la tesi dell’affievolimento delle esigenze cautelari. V. anche le pronunce citate alla nota 16.

ad intervalli regolari più volte evocato dalla giurisprudenza europea¹⁹. Inoltre il comma 1 dell'art. 299 Cpp, consentendo la revoca del provvedimento «anche per fatti sopravvenuti», autorizza il provvedimento liberatorio fondato solo su una mera rivalutazione degli elementi già presi in considerazione. Quanto agli ulteriori commi dell'art. 299 Cpp, dove il mancato richiamo *anche* agli elementi sopravvenuti porta la giurisprudenza e parte della dottrina a ritenere necessario per la sostituzione della misura – anche *in melius* – la sopravvenienza di un *novum*²⁰, appare possibile procedere ad una lettura più in linea con la giurisprudenza europea. Da un lato, infatti, attraverso il richiamo alle esigenze cautelari potrebbe filtrare il giudizio sull'effetto che il trascorrere del tempo determina sulla legittimità della misura. Il legislatore richiama ora in ogni esigenza cautelare il concetto di “attualità” del pericolo, che ben si presta ad essere letto in connessione al “fattore tempo” sia con riferimento alla commissione del reato sia con riguardo alla durata della detenzione²¹. Dall'altro lato, la considerazione che l'interrogatorio sia obbligatorio nel caso in cui l'istanza si fondi su elementi nuovi, restando invece facoltativo negli altri casi, legittima una lettura che disancori la sostituzione *in melius* dalla presenza del *novum*²².

Quanto agli obblighi motivazionali, ogni sostituzione *in peius* deve essere adeguatamente motivata, così come il rigetto dell'istanza di revoca o sostituzione non può limitarsi a riproporre pedissequamente le ragioni di un precedente rigetto, quando il tempo trascorso sia comunque significativo²³.

È vero che gli indici normativi non sono particolarmente chiari, ma un'interpretazione adeguatrice alla giurisprudenza europea potrebbe modificare la “cultura” giurisprudenziale e attribuire alla restrizione della libertà personale il carattere eccezionale che le compete.

4. Ma non è solo sui presupposti cautelari che la giurisprudenza della Corte europea può giocare un ruolo decisivo. Come anticipato, comunemente si mette a confronto il sistema flessibile di controllo della perdurante legittimità della custodia cautelare, proprio della Corte europea, con quello rigido, ancorato a termini di custodia legislativamente predeterminati, proprio del nostro sistema. I due modelli

¹⁹ V. ad esempio C. eur., 28.10.1998, *Assenov e altri c. Bulgaria*, § 162; C. eur., 25.1.1989, *Bezicheri c. Italia*, § 20

²⁰ V., ad esempio, Cass. 2.10.2014, Femia, in *CEDCass.*, m. 261724; Cass. 9.9.2015, Masone, *ivi* m. 265555.

²¹ In questo senso, per la verifica dell'attualità anche in sede di revoca v. Cass. 18.12.2015, n. 15925, in *CEDCass.*, m. 266829.

²² Il *novum* sarebbe invece richiesto in caso di sostituzione *in peius* in quanto l'art. 299 co. 4 Cpp richiede che le esigenze cautelari risultino aggravate e non richiama il principio di proporzionalità (escludendo, quindi, un ripensamento sulla gravità del fatto).

²³ La giurisprudenza europea sottolinea l'importanza della motivazione: «la giustificazione per ogni periodo di detenzione, non importa quanto breve, deve essere convincentemente dimostrata dalle autorità»: C. eur., 8.4.2004, *Belchev c. Bulgaria*, § 82.

sono sempre stati visti come poli opposti, evidenziandosi da più parti *pro* e *contro* di ciascun modello.

Se infatti la presenza di termini prefissati consente di porre un limite insuperabile di legittimità della durata della custodia, e sotto questo profilo è sicuramente una garanzia²⁴, dall'altra parte, però, questo sistema non permette né di evitare scarcerazioni di soggetti ancora pericolosi, né di protrarre eccessivamente la durata della custodia. Peraltro, la presenza di termini massimi di custodia, spesso considerati come i termini ordinari di durata, finisce per legittimare il giudice a non porsi la questione della perdurante legittimità della custodia se non a ridosso della scadenza del termine²⁵.

Il sistema flessibile proprio della Corte europea, invece, richiede un controllo costante della perdurante legittimità della detenzione, pur non individuando termini massimi e pur riconoscendo che il controllo *ex art. 5 § 3 Cedu* possa arrestarsi alla pronuncia che statuisce sulla fondatezza dell'accusa, anche solo di prima istanza²⁶.

Due sistemi che sembrano inconciliabili. Tuttavia, anche in questo caso, appare possibile procedere ad una integrazione tra i due modelli.

Come si è anticipato, di fronte ad una perdurante detenzione, la Corte europea procede a due vagli. Innanzitutto verifica l'esistenza e il grado dei *pericula libertatis*. Accertata l'esistenza e la rilevanza delle ragioni cautelari, secondo i criteri che si sono indicati, la Corte europea valuta se le competenti autorità nazionali abbiano usato una «diligenza particolare» nella conduzione del procedimento²⁷. Nel compiere questo vaglio i giudici di Strasburgo prendono in considerazione: la complessità della causa in fatto e diritto; il comportamento dell'imputato e delle autorità competenti (con una particolare attenzione ai periodi di inattività del procedimento).

Se il primo vaglio dovrebbe essere compiuto attraverso l'*art. 299 Cpp*, il secondo tipo di vaglio sembrerebbe, a prima vista, sconosciuto al nostro sistema, imperniato su un intricato congegno di termini di custodia cautelare parametrati secondo la scansione di termini di fase, complessivi e finali ed ulteriormente complicato dalla presenza di cause di sospensione, proroga, congelamento dei termini, spesso sovrapposte le une alle altre.

Non si intende in questa sede affrontare la tematica della durata della custodia,

²⁴ Evitando che sull'imputato gravino le lungaggini processuali salvaguardandolo da detenzioni “preventive” a tempo indeterminato (M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona, II Le garanzie fondamentali*, cit., 334).

²⁵ E analogo discorso può farsi per le altre misure cautelari, i cui termini di durata, doppi rispetto alla custodia, appaiono lontani dalla stretta necessità e proporzionalità richiesta dal IV Protocollo.

²⁶ Tuttavia, nei Paesi, come l'Italia, in cui la presunzione sussiste fino a sentenza definitiva le garanzie dell'*art. 5 Cedu* devono valere per tutto il corso del processo.

²⁷ C. eur. GC, 10.3.2009, *Bykov c. Russia*, § 64; C. eur., 11.1.2001, *N.C. c. Italia*, § 59; C. eur., 6.4.2000, *Labita c. Italia*, § 159; C. eur., 24.8.1998, *Contrada c. Italia*, § 54.

ma tentare una lettura che inserisca, nei limiti del possibile, una certa flessibilità anche nel sistema dei termini che pure appare estremamente rigido, abbozzando una sintesi tra i due modelli, quello rigido e predeterminato, proprio del nostro sistema, e quello flessibile e legato al singolo caso concreto, tipico della Corte europea.

L'art. 13 Cost. e il sistema dei termini deve fungere da garanzia di chiusura, la presenza di termini di durata della misura non esime – come insegna la Corte europea – il giudice interno, *ex art. 299 Cpp*, dall'analizzare la perdurante sussistenza dei presupposti cautelari e dei connessi vagli di proporzionalità e adeguatezza. Del resto una detenzione che si prolunghi oltre i termini è di per sé illegittima e va riparata²⁸, una detenzione entro i termini va controllata e verificata.

Analizzando la struttura della normativa in tema di termini di custodia, si possono intravedere alcune somiglianze con i criteri di verifica della ragionevole durata della detenzione indicati dalla Corte europea. Complessità del caso, comportamento delle autorità, condotta dell'imputato si ritrovano nei termini di fase, nelle cause di sospensione e/o congelamento, nei richiami alla complessità del caso o alla gravità delle imputazioni.

Si pensi, per fare qualche esempio, all'art. 304 Cpp che ammette la sospensione dei termini durante il tempo in cui il dibattimento è sospeso per impedimento dell'imputato e del suo difensore²⁹, dando così rilievo al “comportamento dell'imputato”, o nel caso di dibattimenti e giudizi abbreviati particolarmente complessi, dove a rilevare è appunto la complessità in fatto e in diritto della causa. Ancora, all'art. 305 co. 2 Cpp che, consentendo la proroga della custodia cautelare solo in presenza di *gravi* esigenze cautelari che, in rapporto ad accertamenti *particolarmente complessi*, rendano *indispensabile* il protrarsi della custodia, sembra richiamare il doppio vaglio compiuto dalla Corte europea (ragioni cautelari e diligenza particolare). O, infine, all'art. 303 Cpp che, sia nel caso di evasione sia nelle ipotesi di regressione del procedimento, sembra “sanzionare”, da un lato, il comportamento dell'imputato, dall'altro, quello dell'autorità giudiziaria³⁰. In generale è la stessa previsione di termini di fase che appare funzionale ad imporre un certo ritmo al processo (i termini, infatti, sono calcolati dall'emissione dei provvedimenti – decreto che dispone il giudizio, sentenza, ecc. – e non dall'udienza o dal deposito della motivazione del provvedimento), addossando all'autorità giudiziaria le conseguenze di periodi di c.d. inattività.

²⁸ C. eur., 9.6.2005, *Picaro c. Italia*, § 44-45-47.

²⁹ V. al riguardo C. cost., 27.7.2018, n. 180, in *CP* 2018, 3693.

³⁰ Cfr., C. cost., 22.7.2005, n. 299, in *GCos* 2005, 2917, con nota di M. Ceresa Gastaldo, *Sull'operatività del termine «massimo di fase» ex art. 304 comma 6 c.p.p. in caso di regressione del procedimento: è costituzionalmente illegittimo l'art. 303 comma 2 c.p.p., nella parte in cui non consente il computo della custodia cautelare sofferta nelle fasi diverse.*

Si potrebbe quindi sostenere che i criteri individuati dalla Corte europea siano penetrati nella nostra legislazione che, in materia di libertà, è storicamente legata alla predeterminazione legislativa. Non vi sarebbe, quindi, un'inconciliabilità tra sistema rigido e sistema flessibile di controllo della durata della custodia, ma la giurisprudenza europea su quei criteri che già sono presi in considerazione dal legislatore nella tematica dei termini andrebbe a concretizzare la discrezionalità “guidata” o “vincolata” che il giudice esercita in ogni momento del procedimento cautelare, dall'applicazione alla verifica della perdurante legittimità della misura “nel tempo”.

In altri termini, il giudice, riappropriandosi della sua discrezionalità in materia cautelare, instaura un circolo virtuoso tra modelli, il rigido e il flessibile, dando rilievo a quella (minima) flessibilità che ritroviamo nella disciplina degli artt. 303 e ss. Cpp

5. Nel concludere queste brevi considerazioni non ci si può esimere dal rilevare che, nonostante lo scritto di Mario Chiavario che qui ricordiamo sia cronologicamente datato, le questioni di tutela della libertà personale che lui poneva allora restano un crocevia nevralgico della rete dei rapporti tra diritti fondamentali della persona e processo. Negli anni '70-80 vi era un sistema da ri-fondare anche sotto il profilo terminologico (essenziale l'abbandono del termine libertà provvisoria e del termine “beneficio” della libertà provvisoria); un sistema che si avviava alla seconda legge delega per il nuovo codice di procedura penale, in cui non si aveva ancora la consapevolezza del ruolo che la Corte europea avrebbe potuto svolgere nel processo penale. Oggi molte cose sono cambiate, abbiamo un codice postcostituzionale, la giurisprudenza europea è entrata a far parte delle fonti sovraordinate del nostro sistema, l'Unione europea sta iniziando ad interessarsi maggiormente dei diritti fondamentali. Tuttavia i rischi di cedimento dei diritti fondamentali sull'altare della sicurezza sono sempre presenti.

Sono grata al Professor Chiavario per aver prestato una ininterrotta attenzione al giudice dei diritti e per aver trasmesso ai suoi allievi questa particolare sensibilità. Oggi abbiamo gli strumenti per rendere davvero eccezionale la custodia cautelare in carcere e dobbiamo augurarci che nuove riforme legislative non mettano in cantina gli strumenti che i Maestri ci hanno consegnato.