

Giuseppe Della Monica

# Le presunzioni cautelari



**Giappichelli**

# CAPITOLO I

## LE PRESUNZIONI NEL SISTEMA DELLE MISURE CAUTELARI PERSONALI

SOMMARIO: 1. Le presunzioni nel diritto processuale penale. – 2. Le presunzioni nel sistema cautelare. – 3. Il quadro dei valori costituzionali e sovranazionali in tema di privazione *ante iudicium* della libertà personale. – 4. Il sistema cautelare delineato dal codice di rito: i presupposti per l'esercizio del potere cautelare. – 5. Le condizioni di esercizio del potere cautelare. – 6. I vincoli normativi alla discrezionalità cautelare. – 7. L'obbligo di motivare sull'*an* e sul *quomodo* dell'esercizio del potere cautelare.

### 1. *Le presunzioni nel diritto processuale penale*

L'interesse della dottrina per il tema delle presunzioni – oggetto di ampio approfondimento negli studi di teoria generale del diritto e di diritto civile sostanziale e processuale<sup>1</sup> – si è appuntato, con riferimento al diritto processuale penale, sulle presunzioni “semplici” o “*hominis*” e, quindi, sulla valutazione della cosiddetta “prova indiretta”<sup>2</sup>.

Definite dal combinato disposto degli artt. 2727 e 2729 c.c. come «le

---

<sup>1</sup>La letteratura sul tema è vastissima: v., tra gli altri, AA.VV., *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, a cura di S. Patti-R. Poli, Torino, 2022; A. CONIGLIO, *Le presunzioni nel processo civile*, Palermo, 1920; F. CORDOPATRI, voce «Presunzione (teoria generale e dir. proc. civ.)», in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 276; A. PALAZZO, voce «Presunzione (dir. priv.)», in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 265 ss.; L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890; M. TARUFFO, *Certeza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, c. 83 ss.

<sup>2</sup>La stretta interrelazione tra presunzioni e prova indiretta o indiziaria è evidenziata, in particolare, da M. FERRAIOLI, voce «Presunzioni (dir. proc. pen.)», in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 310 ss.

conseguenze che il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato» attraverso il suo prudente apprezzamento<sup>3</sup>, le presunzioni semplici – che non vengono menzionate espressamente nel codice di rito penale<sup>4</sup> – si collocano nell’ambito dell’*iter* logico-giuridico seguito dal giudice per desumere da indizi gravi, precisi e concordanti l’esistenza di un fatto rilevante ai fini della decisione da adottare, con il supporto di adeguati criteri inferenziali<sup>5</sup>.

In estrema sintesi, le presunzioni semplici costituiscono la fedele rappresentazione del ragionamento induttivo tipico dell’accertamento giurisdizionale<sup>6</sup>, posto che il giudice perviene – attraverso il suo libero

---

<sup>3</sup> Su tale nozione, v., in particolare, R. FRASCA, *I presupposti di legittimità delle presunzioni semplici*, in AA.VV., *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, cit., p. 79 ss.

<sup>4</sup> Come opportunamente sottolineato da M. FERRAIOLI, voce «Presunzioni (dir. proc. pen.)», cit., p. 310.

<sup>5</sup> Cfr. ancora M. FERRAIOLI, voce «Presunzioni (dir. proc. pen.)», cit., p. 310 ss.

<sup>6</sup> Nella stessa ottica, F. CORDOPATRI, voce «Presunzione (teoria generale e dir. proc. civ.)», cit., p. 276. Come osserva efficacemente R. POLI, *Gli elementi strutturali del ragionamento presuntivo*, AA.VV., *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, cit., p. 29 ss., «i modelli d’inferenza sono essenzialmente tre: deduzione, induzione ed abduzione. Secondo gli attuali studi di logica, il ragionamento deduttivo e induttivo si distinguono in ragione della diversa natura della relazione di connessione fra premesse e conclusione del ragionamento. Nell’argomentazione deduttiva, il condizionale che connette premesse e conclusione, cioè il nesso di consequenzialità tra premesse e conclusione, è certo, necessario: in questo caso, date certe premesse, possiamo dire certamente dunque la conclusione P. E si tratta di certezza assoluta, perché è determinata dalla logica, qui da intendersi come scienza esatta. Nell’argomentazione induttiva, invece, il condizionale che connette premesse e conclusione, cioè il nesso di consequenzialità, è più debole, è solo probabile: qui, date certe premesse, non possiamo dire certamente dunque la conclusione P; possiamo solo dire, con minore forza di associazione, probabilmente, dunque, la conclusione P. (...) Diversamente, l’argomento per abduzione, definibile anche argomento indiziario, serve a risalire da certe conseguenze alla scoperta del fatto che le ha prodotte: l’argomento per abduzione è l’argomento con cui, sapendo che ad un certo fatto ipotizzato segue normalmente una data conseguenza, dalla presenza di questa conseguenza, che funziona come indizio del fatto ipotizzato, si risale al fatto stesso. (...) Le ultime considerazioni ci consentono di definire di che tipo di logica parliamo quando ci riferiamo all’apparato conoscitivo messo in campo dal giudice nella ricostruzione giudiziale dei fatti, una volta correttamente messo da parte il riduttivo e semplicistico schema del

convincimento – alla conferma dell’ipotesi accusatoria, composta di fatti «ignorati», sulla base di una serie di fatti «noti», vale a dire degli elementi di prova acquisiti nel corso del procedimento penale e utilizzabili ai fini del decidere<sup>7</sup>.

Contrapposto al sistema delle “prove legali”, il libero convincimento – imperniato sui meccanismi logici di tipo induttivo, caratteristici anche delle presunzioni – costituisce il cardine su cui si fonda l’accertamento della verità processuale<sup>8</sup> ed è stato oggetto, pertanto, di sapiente e scrupoloso approfondimento negli studi processualpenalistici<sup>9</sup>.

Analoga attenzione non è stata dedicata, invece, alla presunzione legale o *praesumptio iuris*, che – risolvendosi nella equiparazione, operata direttamente dal legislatore, tra *factum probans* e *factum probandum* – è destinata ad operare essenzialmente sul piano sostanziale<sup>10</sup>, esonerando l’interessato dalla dimostrazione di un fatto conferente alla propria tesi processuale.

La *praesumptio iuris* – che è imposta dalla legge, piuttosto che trovare riconoscimento attraverso la capacità argomentativa del giudice –

---

sillogismo giudiziale: si tratta di una logica essenzialmente, salvi casi particolari, non dimostrativa né deduttiva, bensì specificamente di una logica empirica, induttiva, abduzione, argomentativa, dialettico-retorica e opinativa».

<sup>7</sup> Per l’approfondimento del tema, si rinvia alle autorevoli e stimolanti riflessioni di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2002, p. 126 ss., nonché di S. PATTI, *Le presunzioni semplici: rilievi introduttivi*, AA.VV., *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, cit., p. 11 ss.

<sup>8</sup> Osserva incisivamente L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, cit., p. 235 ss., che la nozione di presunzione accolta nel nostro sistema giuridico, successivamente confluita nel testo degli artt. 2727 e seguenti del codice civile, «conviene alla prova in genere».

<sup>9</sup> È sufficiente richiamare, a titolo meramente esemplificativo, gli studi di F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 170; M. FERRAIOLI, voce «Presunzioni (dir. proc. pen.)», cit., p. 305 ss.; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Napoli, 1961, p. 163 ss.; C. PERELMAN, *Logica giuridica. Nuova retorica*, Milano, 1979.

<sup>10</sup> L’assunto è ampiamente condiviso nella dottrina processualcivile: tra gli altri, cfr. V. ANDRIOLI, voce «Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)», in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 766 ss.; M.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 1981, p. 95 ss.; P. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 1 ss.

non dispiega, dunque, i suoi effetti all'esito del procedimento probatorio, in sede di valutazione del dato storico acquisito secondo le forme prescritte, ma si colloca "a monte" del procedimento stesso, vale a dire nell'area del diritto materiale, operando, secondo la terminologia dell'art. 2728 c.c., come «dispensa di prova»<sup>11</sup>.

In altri termini, determinate circostanze fattuali – per espressa scelta legislativa – sono presunte come accadute al verificarsi delle condizioni stabilite dalla norma e, di conseguenza, non richiedono di essere dimostrate dalla parte che ne trae beneficio, sollevata dal relativo *onus probandi*<sup>12</sup>.

Absolute (*iuris et de iure*) o relative (*iuris tantum*), le presunzioni legali esonerano dalla dimostrazione del *factum probandum*, che viene considerato come accertato dal legislatore, concedendo alla parte controinteressata la facoltà di addurre elementi idonei a ribaltare il dato presunto oppure – se la presunzione è assoluta – escludendo radicalmente ogni possibilità di prova contraria.

Le presunzioni legali assolute non investono, quindi, l'accertamento

---

<sup>11</sup> La definizione è tratta da A. CAMPITELLI, voce «Presunzione (diritto intermedio)», in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 261. Va, tuttavia, segnalato che una parte minoritaria della dottrina ha sostenuto la natura processuale delle presunzioni legali relative, che risulterebbero comunque destinate esclusivamente al giudice e non alle parti del rapporto sostanziale (cfr. V. ANDRIOLI, voce «Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)», cit., p. 768; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, vol. I, Milano, 1962, p. 176; A. CONIGLIO, *Le presunzioni nel processo civile*, cit., p. 12 ss.). In senso opposto – qui condiviso – la dottrina prevalente tende a ricondurre, invece, la presunzione (e la ripartizione dell'onere probatorio) nell'ambito della struttura della fattispecie sostanziale: cfr. G.P. AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932, p. 159 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 342 ss.; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 127 ss.; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Milano, 1966, p. 198 ss.; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1950, p. 163 ss. Evidenziano, comunque, la prossimità al fenomeno processuale della presunzione F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 28, e G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 230 ss.

<sup>12</sup> La disciplina delle presunzioni si combina, così, con quella dell'onere probatorio, integrata da regole processuali "in bianco", da sole inidonee a conferire preminenza ad alcuni degli interessi in gioco (in questi termini, R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 399 ss.).

giudiziale di una determinata fattispecie, che viene sostanzialmente sottratta al confronto dialettico tra gli interessati<sup>13</sup>.

Gli spunti più stimolanti sul tema provengono indubbiamente da quella parte della dottrina impegnata nell'individuare la ragion d'essere della presunzione *iuris et de iure*, che dovrebbe porsi a presidio di interessi di assoluto rilievo e, quindi, favorire, negli ordinamenti contemporanei, innanzitutto la tutela dei valori sottesi a diritti fondamentali dell'individuo<sup>14</sup>.

Con la presunzione assoluta eventuali interessi confliggenti vengono, infatti, del tutto pretermessi, sicché tale strumento normativo non può che essere utilizzato – come detto – per preservare situazioni soggettive meritevoli di particolare considerazione.

Non sempre, peraltro, il ricorso alla presunzione assoluta si rivela la soluzione più appropriata, anche per la tutela di valori apicali, poiché in alcuni casi – come osservato in dottrina – tale presunzione «non sembra possa da sola bastare per la soddisfazione di delicati interessi, che reclamano un'ulteriore indagine, da svolgersi secondo un meccanismo non rigido, ma viceversa più agile e basato sul contraddittorio delle parti, il cui funzionamento è garantito dalla presenza del giudice»<sup>15</sup>.

Tuttavia, a prescindere dall'opportunità di farvi ricorso, la presunzione assoluta può ritenersi compatibile con il sistema costituzionale solo quando sia funzionale alla salvaguardia di un bene di rango primario e l'esclusione della prova contraria appaia necessaria e proporzionata alla tutela di quel bene e, quindi, non irragionevole.

Le presunzioni relative o *iuris tantum* – che pure sottendono innegabilmente un giudizio di valore, in quanto comunque esprimono la priorità attribuita a determinati interessi – si risolvono, invece, nella norma-

---

<sup>13</sup> Nella stessa prospettiva, cfr. V. ANDRIOLI, voce «Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)», cit., p. 787 ss.; F. CORDOPATRI, voce «Presunzione (dir. proc. civ.)», cit., p. 296 ss.; M.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 95 ss.; F. PALAZZO, voce «Presunzioni (dir. priv.)», in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 265 ss.; P. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 1 ss.; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 220 ss.

<sup>14</sup> Sul punto, cfr., in particolare, F. PALAZZO, voce «Presunzione (dir. priv.)», cit., p. 265 s.

<sup>15</sup> Cfr. ancora F. PALAZZO, voce «Presunzione (dir. priv.)», cit., p. 266.

tivizzazione di regole di esperienza, che vengono reputate meritevoli di tipizzazione legislativa<sup>16</sup>.

Favorire una parte, sollevandola dall'onere probatorio, è comunque l'effetto di una precisa scelta assiologica, ma la possibilità concessa alla parte sfavorita di fornire la prova contraria, demandando, poi, al giudice la decisione, lascia chiaramente intendere che la presunzione relativa – oltre a privilegiare la tutela di determinati interessi – funge innanzitutto da strumento di semplificazione probatoria, in ragione dell'affidabilità garantita – sul piano gnoseologico – da una situazione di fatto che si ripete, con regolarità, nel tempo.

Sul piano della legittimità costituzionale, la tenuta delle disposizioni normative che introducono presunzioni *iuris tantum* dipende, dunque, dalla ragionevolezza della massima di esperienza elevata a regola di giudizio, dovendosi verificare se il dato fattuale sotteso alla presunzione corrisponda effettivamente all'*id quod plerumque accidit* – sia pure in termini non assoluti – così da giustificare la deroga al principio secondo cui *onus probandi incumbit ei qui dicit*.

## 2. Le presunzioni nel sistema cautelare

Nell'adottare decisioni che attengono alle misure cautelari personali<sup>17</sup>, il giudice spesso ricorre al meccanismo di inferenza dei fatti rilevanti – ma non conosciuti – da circostanze note, perché rilevabili dagli atti su cui si fonda la pronuncia *de libertate*<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Si tratta di un'impostazione largamente condivisa in dottrina, come si può rilevare dagli autorevoli approfondimenti di C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, p. 155; L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, cit., p. 235 ss.; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 221.

<sup>17</sup> Intenzionalmente, l'analisi non viene estesa alle cautele reali, che – pur incidendo su interessi costituzionalmente rilevanti (*in primis*, il diritto di proprietà e la libertà di iniziativa economica) – rispondono comunque a logiche affatto diverse, come opportunamente rimarcato da E. MARZADURI, voce «Misure cautelari personali», in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1994, p. 62 ss.

<sup>18</sup> La giurisprudenza ribadisce costantemente che il giudice cautelare ricostruisce i fatti attraverso la valutazione delle circostanze sottoposte al suo esame e il suo operato

L'accertamento dei dati occorrenti per l'emissione del provvedimento cautelare – vale a dire delle circostanze che possono incidere sui giudizi afferenti ai «gravi indizi di colpevolezza», alla «utilità della misura», alle «esigenze cautelari», al sindacato di «proporzionalità», «adeguatezza» e «minor sacrificio» della misura<sup>19</sup> – avviene, infatti, sulla scorta degli elementi di prova acquisiti con le forme previste per la fase processuale di riferimento, per poi essere valutati dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento<sup>20</sup>.

In altri termini, anche nell'ambito del sub-procedimento cautelare, il giudice segue il percorso logico-giuridico connaturato alla presunzione semplice, posto che, muovendo dai dati a sua disposizione, stabilisce se circostanze rilevanti ai fini della decisione possano ritenersi accertate e, di riflesso, se i requisiti imposti dalla legge possano dirsi soddisfatti.

L'obiettivo della presente indagine è, tuttavia, focalizzare l'attenzione sulle presunzioni legali, in particolare attraverso l'individuazione e l'esame delle ipotesi in cui il legislatore predetermina o indirizza il contenuto delle decisioni cautelari, elidendo o semplificando determinati passaggi argomentativi e, in definitiva, circoscrivendo il potere di valutazione discrezionale del giudice.

Assurto all'interesse della dottrina e della giurisprudenza – specie quella costituzionale – per effetto delle vicende correlate al disposto di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p.<sup>21</sup>, il tema delle presunzioni legali nel sistema cautelare esige, in realtà, un approccio più articolato e organico.

---

– nella misura in cui è conforme ai canoni della logica e ai principi di diritto che governano l'apprezzamento delle risultanze probatorie – è immune da vizi censurabili in sede di legittimità (*ex multis*, Cass. pen., sez. III, 2 dicembre 2014, n. 2458, in *Guida dir.*, 2015, fasc. 16, p. 72; Id., sez. fer., 11 agosto 2014, n. 47748, in *CED Cass.*, 261400; Id., sez. III, 27 marzo 2014, n. 18722, in *Diritto & Giustizia 2014*, 6 maggio 2014, nonché Cass. pen., sez. un., 22 marzo 2000, n. 11, in *CED Cass.*, 215828).

<sup>19</sup> V. *infra*, par. 4, 5 e 6.

<sup>20</sup> La sommarietà e l'incidentalità del giudizio cautelare (sul punto, v. A. DE CARO, *Misure cautelari personali. Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II, *Le misure cautelari*, a cura di A. Scalfati, Milano, 2008, p. 43 ss.) comunque non influiscono sulle modalità dell'accertamento e dell'esercizio del libero convincimento secondo le regole della logica induttiva.

<sup>21</sup> Le presunzioni stabilite dall'art. 275 comma 3 c.p.p., in deroga ai criteri ordinari di scelta della misura cautelare, saranno oggetto di un approfondimento organico *infra*, cap. IV.

La disciplina delle misure cautelari personali è costellata, infatti, di regole che incidono sulla ripartizione dell'onere dimostrativo, derogando al principio secondo cui la prova, per quanto "precaria" o "incompleta", deve essere comunque adottata dalla parte "interessata".

In materia *de libertate*, il legislatore fa, talvolta, ricorso alle presunzioni assolute, imponendo valutazioni che non sono superabili, mentre in altri casi – che, peraltro, ricorrono più frequentemente – concede la possibilità di fornire la prova contraria, in quanto la presunzione posta dalla norma è solo relativa.

Ad esempio, l'art. 275 comma 3 secondo periodo c.p.p. – nella sua ultima versione, modificata dalla legge 16 aprile 2015, n. 47 – prevede che, laddove ricorrano gravi indizi di colpevolezza per i delitti di cui agli artt. 270, 270-*bis* e 416-*bis* c.p., deve essere applicata la custodia cautelare in carcere, presumendosi, in maniera assoluta, che i *pericula libertatis* siano fronteggiabili soltanto con la misura di massimo rigore<sup>22</sup>.

L'art. 273 comma 2 c.p.p. preclude, invece, sempre in modo assoluto, l'esercizio del potere cautelare quando si profili l'applicabilità di una causa estintiva del reato o della pena: il legislatore presume, in sostanza, l'inutilità della misura cautelare – senza possibilità di dimostrare il contrario – laddove sia maturato, ad esempio, il termine di prescrizione del reato o appaia concedibile il beneficio dell'indulto<sup>23</sup>.

Sempre l'art. 275 comma 3 c.p.p. prevede, inoltre, per un amplissimo catalogo di delitti, l'applicazione – di regola – della custodia in carcere, «salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze possano essere soddisfatte con altre misure». Anche in questo caso, il legislatore presume – ma facendo salva la prova contraria – che la misura di massimo rigore sia l'unica in grado di neutralizzare i *pericula libertatis*<sup>24</sup>.

Analogamente, l'art. 275 comma 4-*bis* c.p.p. esclude l'applicabilità della custodia in carcere quando l'imputato sia affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, a meno che non risulti dimostrata, ai sensi del successivo comma 4-*ter*, la ricorrenza di «esigenze

---

<sup>22</sup> V. *infra*, cap. IV.

<sup>23</sup> V. *infra*, par. 4, nonché cap. V, par. 7.

<sup>24</sup> V. *infra*, cap. IV.

cautelari di eccezionale rilevanza». Il legislatore pone, quindi, una presunzione relativa di eccessivo rigore della misura carceraria nei confronti di soggetti colpiti da gravi patologie, per poi ammettere la possibilità di superarla, nei casi in cui si profilino esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, fronteggiabili solo con la custodia intramuraria<sup>25</sup>.

Gli esempi sin qui proposti mettono in luce, al di là della dicotomia tra presunzioni assolute e relative, un'ulteriore, fondamentale distinzione, vale a dire quella tra presunzioni legali *pro reo* e *contra reum*, a seconda che esse spieghino effetti favorevoli o pregiudizievoli sulla libertà della persona sottoposta a procedimento penale.

Prima, però, di addentrarsi partitamente nella disamina delle singole disposizioni che esprimono valutazioni presuntive del legislatore – *contra reum* e *pro reo* – appare opportuno delineare un quadro sinottico della tutela della libertà personale nel sistema costituzionale e codicistico.

### 3. *Il quadro dei valori costituzionali e sovranazionali in tema di privazione ante iudicium della libertà personale*

Il tema delle presunzioni cautelari va naturalmente collocato nell'ambito della tutela della libertà personale, che rappresenta un valore di assoluta centralità nel contesto dei principi costituzionali ai quali il sistema processuale è improntato<sup>26</sup>.

Nell'attuale ordinamento – indubbiamente votato all'attuazione delle massime aspirazioni democratiche – «la prima libertà costituzionale è la libertà della persona, libertà da vincoli di ogni genere, particolarmente (...) quelli imposti dallo Stato»<sup>27</sup>. La libertà della persona – nel senso ora precisato – assume rilievo preminente, perché funge da presupposto di ogni altra libertà riconosciuta all'individuo<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> V. *infra*, cap. V, par. 5.

<sup>26</sup> Per approfondire la riflessione sul tema, v. A. DE CARO, *Misure cautelari personali. Presupposti e criteri applicativi*, cit., p. 5 ss.

<sup>27</sup> Così P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 111.

<sup>28</sup> Sul punto, tra gli altri, cfr. A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, p. 91 ss.; V. GREVI, voce «Libertà personale dell'imputato», in

Il concetto di «libertà personali» – intenzionalmente declinato al plurale – comprende, infatti, una varietà di situazioni giuridiche soggettive, che vanno dall'*habeas corpus* in senso stretto, fino alla facoltà di muoversi liberamente su tutto il territorio nazionale, di disporre a piacimento del proprio tempo o di esercitare un'attività lavorativa<sup>29</sup>.

Tra queste, la libertà della persona – definita, non a caso, «inviolabile» dall'art. 13 Cost. – gode di una tutela rafforzata, essendone consentite limitazioni esclusivamente «per atto motivato dell'autorità giudiziaria» e «nei soli casi e modi previsti dalla legge».

Per quanto concerne, invece, le libertà “collaterali” di circolazione e di soggiorno, l'art. 16 Cost. ammette la possibilità di comprimerle in termini sicuramente più ampi, richiedendo solo che eventuali limitazioni siano stabilite in via generale dalla legge per «motivi di sanità o di sicurezza».

La tutela della libertà dell'individuo – già all'apice del sistema costituzionale – viene ulteriormente corroborata e, per certi versi, specificata dalle Carte internazionali, ratificate al precipuo scopo di affermare solennemente i diritti fondamentali dell'uomo, garantendone la piena attuazione.

In tale prospettiva, assumono rilievo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo<sup>30</sup> e il Patto internazionale sui diritti civili e politici<sup>31</sup> – gravitanti nell'orbita delle Nazioni Unite – nonché, in ambito continentale, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo<sup>32</sup>.

*Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 316; G. VASSALLI, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, vol. V, Padova, 1958, p. 364 ss.

<sup>29</sup> Negli stessi termini, G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 105 ss.

<sup>30</sup> La «Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo» («*The Universal Declaration of Human Rights*») è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, a New York, il 10 dicembre 1948.

<sup>31</sup> Il «Patto internazionale sui diritti civili e politici» («*International Covenant on Civil and Political Rights*») è stato adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, a New York, il 16 dicembre 1966, ed approvato, in Italia, con l. 25 ottobre 1977, n. 881.

<sup>32</sup> La «Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» («*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*») è stata adottata a Roma, il 4 novembre 1950.

In particolare, quest'ultima – che assume il rango di fonte «paracostituzionale», in quanto elevata a parametro “interposto” di legittimità costituzionale<sup>33</sup> – ribadisce, con maggiore specificità, la duplice riserva di legge e di giurisdizione.

---

<sup>33</sup>La definizione delle norme della Convenzione europea come fonti interposte, alle quali è possibile ancorare il sindacato di legittimità costituzionale, si deve a due storiche sentenze della Consulta, pronunciate nel 2007 (Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, p. 197 ss.; Id., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, p. 229 ss.). La tesi è stata successivamente ribadita da Corte cost., 7 giugno 2012, n. 150, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 2317 ss.; Id., 11 novembre 2011, n. 303, in *Giur. cost.*, 2011, p. 4224; Id., 22 luglio 2011, n. 236, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3021 ss.; Id., 4 dicembre 2009, n. 317, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1729 ss. Le sentenze “gemelle” del 2007 hanno alimentato – com’era prevedibile – un amplissimo dibattito in dottrina: senza pretesa di completezza, si segnalano i contributi di F. ANGELINI, *L’incidenza della CEDU nell’ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Il diritto dell’UE*, 2008, p. 487 ss.; M.E. BARTOLONI, *Un nuovo orientamento della Corte costituzionale sui rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamento italiano?*, in *Il diritto dell’UE*, 2008, p. 511 ss.; M. BIGNAMI, *L’interpretazione del giudice comune nella «morsa» delle corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 595 ss.; R. CALVANO, *La Corte costituzionale e la CEDU nella sent. n. 348/2007: orgoglio e pregiudizio?*, in *Giur. it.*, 2008, p. 573 ss.; L. CAPPUCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell’uomo e Costituzione*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 47 ss.; M. CARTABIA, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3564 ss.; S.M. CICONETTI, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 565 ss.; L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l’adattamento dell’ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale*, in *Dir. umani e dir. internazionali.*, 2008, p. 302 ss.; B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, in *Giur. it.*, 2008, p. 569 ss.; A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la Cedu: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell’art. 117, comma 1, Cost.*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3574 ss.; C. NAPOLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della Cedu e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.* 2008, fasc. 1, p. 137 ss.; V. ONIDA, *La Costituzione ieri ed oggi*, Bologna, 2008, p. 33 ss.; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della Cedu e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3518 ss.; G. REPETTO, *Diritti fondamentali e sovranità nello stato costituzionale chiuso. Prime osservazioni critiche sulla sentenza n. 349 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2008, p. 309 ss.; M. SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 747 ss.; V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3579 ss.; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del*

L'art. 5 C.e.d.u. stabilisce che ogni persona è titolare di un inalienabile «diritto alla libertà» e non può esserne privata, se non nei casi espressamente indicati nello stesso art. 5 e nei modi previsti dalla legge.

Quella a cui fa riferimento tale disposizione è chiaramente la «libertà fisica», che va preservata da possibili “privazioni”, mentre il diritto alla libera circolazione – peraltro tutelato dall'art. 2 del IV Protocollo addizionale alla Convenzione – è suscettibile di “limitazioni”<sup>34</sup>, sempre che siano previste dalla legge e rispondano alla necessità di salvaguardare interessi generali, come la salute collettiva, la sicurezza e l'ordine pubblico.

La distinzione tra la libertà fisica e quella di movimento – enucleabile sia dalla Convenzione europea che dalla Costituzione – si apprezza, quindi, soprattutto nel momento patologico della violazione, allorquando, cioè, è possibile stabilire, considerando tipo e modalità di attuazione della misura restrittiva<sup>35</sup>, se la compressione della libertà rientri nel paradigma della “detenzione”<sup>36</sup>, vale a dire della “privazione” rilevante ai sensi dell'art. 5 C.e.d.u., oppure se ricada nella più tenue “limitazione”, contemplata dall'art. 2 del IV Protocollo addizionale.

---

2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte “sub-costituzionale” del diritto, in *Quad. cost.*, 2008, fasc. 1, p. 133 s.

<sup>34</sup>Sul punto, la giurisprudenza della Corte europea è copiosissima: C.e.d.u., Gr. Ch., 28 novembre 2017, Merabishvili c. Georgia, par. 180 ss.; Id., Gr. Ch., 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, par. 79 ss.; Id., Gr. Ch., 15 dicembre 2016, Khlaifa e altri c. Italia, par. 64 ss.; Id., Gr. Ch., 16 settembre 2014, Hassan c. Regno Unito, par. 96 ss.

<sup>35</sup>Così, nello specifico, C.e.d.u., Gr. Ch., 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, par. 79 ss., secondo cui è necessario prendere in considerazione – al fine di stabilire se una persona sia stata privata della libertà o ristretta nell'esercizio della stessa – una serie di fattori, tenendo conto, in particolare, del tipo, della durata e degli effetti della misura adottata dalle autorità nazionali. In definitiva, la differenza – secondo la Corte europea – si fonda, più che sulla natura formale, sul grado e sull'intensità dell'intervento limitativo.

<sup>36</sup>La giurisprudenza sovranazionale equipara, in tale prospettiva, la detenzione carceraria a quella sofferta nelle forme del domicilio coatto («*house arrest*»), che, per grado ed intensità, rientra senz'altro nell'ambito di applicazione dell'art. 5 C.e.d.u.: v., sul punto, C.e.d.u., Gr. Ch., 5 luglio 2016, Buzadji c. Repubblica di Moldavia, par. 104; Id., sez. III, 11 gennaio 2001, N.C. c. Italia, par. 33; Id., Gr. Ch., 30 settembre 2004, Nikolova c. Bulgaria (n. 2), par. 60 e 74.

Secondo quanto si ricava dal disposto dell'art. 5 par. 1 C.e.d.u., la privazione della libertà personale – affinché possa considerarsi compatibile con la Convenzione – deve essere «legittima», ovvero adottata in uno dei casi tassativamente indicati dalla medesima disposizione convenzionale<sup>37</sup> e in aderenza alle procedure previste dalla legge dello Stato di riferimento<sup>38</sup>.

Alla generica riserva di legge stabilita dall'art. 13 Cost., si contrappone, quindi, in ambito convenzionale, la specifica indicazione dei casi in cui l'autorità può comprimere la libertà personale dell'individuo<sup>39</sup>.

La detenzione è, innanzitutto, ammessa nell'ipotesi in cui un organo giurisdizionale (*rectius*, un «tribunale competente») l'abbia disposta con l'emissione di un provvedimento di condanna [art. 5 par. 1 lett. a) C.e.d.u.]<sup>40</sup>.

La previsione evoca, intuitivamente, la stretta correlazione tra i principi enunciati dagli artt. 5 e 6 C.e.d.u., non potendosi tollerare limitazioni punitive della libertà se non all'esito di un accertamento condotto secondo le regole del «giusto processo». In ragione del carattere di massima afflittività, l'irrogazione della sanzione penale può avvenire, infatti, solo all'esito di un «*fair trial*», che ne rappresenti, al tempo stesso, il presupposto e la giustificazione.

---

<sup>37</sup> Sulla tassatività dei casi indicati, cfr. C.e.d.u., Gr. Ch., 29 gennaio 2008, Saadi c. Regno Unito, par. 67 ss. Da ultimo, v. C.e.d.u., sez. II, 2 maggio 2017, Vasiliuc c. Repubblica di Moldavia, par. 35 ss.

<sup>38</sup> La conformità al diritto nazionale non è, tuttavia, sufficiente a certificare la legittimità convenzionale della privazione della libertà personale, che non deve mai rivelarsi arbitraria, vale a dire palesemente volta a preservare interessi non meritevoli di tutela. Sul punto, tra le altre, cfr. C.e.d.u., Gr. Ch., 8 aprile 2004, Assanidze c. Georgia, par. 171; Id., Gr. Ch., 10 giugno 1996, Benham c. Regno Unito, par. 41.

<sup>39</sup> Un aspetto, questo, opportunamente evidenziato da A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2013, p. 205.

<sup>40</sup> La Corte europea ha ripetutamente precisato che la detenzione deve seguire il provvedimento di condanna non solo in senso cronologico, ma occorre anche una stretta connessione causale tra la pronuncia giurisdizionale e la privazione della libertà, che deve essere la conseguenza immediata e diretta dell'affermazione di responsabilità per un illecito penale (C.e.d.u., Gr. Ch., 12 febbraio 2008, Kafkaris c. Cipro, par. 117, nonché C.e.d.u., sez. V, 18 febbraio 2016, Bluhdorn c. Germania, par. 44 ss.; Id., sez. V, 25 febbraio 2016, Klikenbuss c. Germania, par. 45 ss.).

La privazione della libertà è, altresì, consentita qualora sia stata accertata la violazione di un provvedimento legittimamente emesso dall'autorità giurisdizionale, oppure allo scopo di garantire l'esecuzione di uno specifico obbligo prescritto dalla legge. Si tratta di due distinte ipotesi di "detenzione legittima", previste dalla lett. *b*) dell'art. 5 C.e.d.u.: la prima è connessa alla mancata osservanza di un ordine legittimo<sup>41</sup>, sempre che la privazione della libertà risulti proporzionata rispetto all'interesse leso con la violazione<sup>42</sup>; la seconda, invece, è strumentale all'adempimento di un obbligo imposto *ex lege*<sup>43</sup>.

Con specifico riferimento al procedimento penale, è ammessa la restrizione della libertà personale per consentire la traduzione della persona accusata di una condotta illecita dinanzi all'autorità giudiziaria competente, sempre che siano ravvisabili «motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato»<sup>44</sup>, ovvero «motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso» [art. 5 par. 1 lett. *c*) C.e.d.u.].

Nel corso del procedimento penale, la detenzione dell'imputato è

---

<sup>41</sup> Sono molteplici gli esempi offerti dalla giurisprudenza della Corte europea: la mancata ottemperanza ad un ordine impositivo di una sanzione pecuniaria (Commissione EDU, 7 luglio 1977, Airey c. Irlanda), l'inosservanza di un provvedimento con cui si dispone la consegna di un minore al genitore (C.e.d.u., sez. III, 4 settembre 2007, Paradis e altri c. Germania), la violazione delle limitazioni di soggiorno imposte dal giudice (Commissione EDU, 7 ottobre 1980, Freda c. Italia).

<sup>42</sup> Secondo la Corte europea, anche la durata della detenzione deve essere proporzionata all'entità e alla gravità della violazione, dovendosi operare un equo bilanciamento tra l'interesse a garantire l'adempimento dell'obbligo e il diritto alla libertà del soggetto inadempiente (si è espressa chiaramente in questi termini C.e.d.u., sez. IV, 27 luglio 2010, Gatt c. Malta, par. 37 ss.).

<sup>43</sup> Di particolare interesse è la pronuncia resa da C.e.d.u., sez. III, 6 dicembre 2016, Trutko c. Russia, che ha ritenuto non conforme alla garanzia convenzionale la detenzione inflitta ad un imputato per espletare una perizia psichiatrica coattiva nei suoi confronti, al fine di accertarne l'effettivo stato di salute mentale in vista della prosecuzione del procedimento penale.

<sup>44</sup> Con l'espressione «*reasonable suspicion*» – come chiarito dalla Corte europea – si intende fare riferimento alla sussistenza di elementi di prova che consentano ad un osservatore estraneo alla vicenda di esprimere il convincimento che l'indagato abbia commesso il reato (v. C.e.d.u., sez. III, 11 ottobre 2016, Kasparov c. Russia, par. 52 ss., nonché C.e.d.u., 30 agosto 1990, Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito, par. 32).

comunque consentita per un tempo limitato<sup>45</sup>, sempre che ricorrano elementi idonei a giustificare la sua permanenza *in vinculis*<sup>46</sup>.

La Convenzione ammette, inoltre, la detenzione di un minorenni, per sorvegliarne l'educazione o per tradurlo dinanzi all'autorità competente [art. 5 par. 1 lett. d) C.e.d.u.]<sup>47</sup>, nonché la restrizione disposta per ragioni sanitarie o di ordine pubblico<sup>48</sup>, volte, rispettivamente, ad evitare la propagazione di malattie contagiose oppure a prevenire i pericoli causati da «alienati, alcolizzati, tossicomani o vagabondi» [art. 5 par. 1 lett. e) C.e.d.u.]<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup>La persistenza di fondati motivi di sospetto («*reasonable suspicion*») – condizione essenziale di validità delle misure privative della libertà personale – risulta insufficiente, da sola, dopo un determinato periodo di tempo, a legittimare la permanenza *in vinculis* dell'accusato, in quanto occorre comunque verificare se l'esigenza della misura restrittiva conservi attualità (v. C.e.d.u., Gr. Ch., 22 maggio 2012, *Idalov c. Russia*, par. 140). In definitiva, ogni periodo di restrizione, per quanto breve, deve essere adeguatamente giustificato dall'autorità procedente (tra le altre, C.e.d.u., Gr. Ch., 26 ottobre 2000, *Kudła c. Polonia*, par. 110 ss.; Id., Gr. Ch., 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, par. 152).

<sup>46</sup>Secondo la Corte europea, vige sempre una presunzione relativa in favore del rilascio dell'indagato, che deve essere superata dall'autorità procedente, tenuta al costante controllo sulla persistente necessità della detenzione (C.e.d.u., sez. V, 19 maggio 2016, *D.L. c. Bulgaria*, par. 71 ss.; Id., Gr. Ch., 3 ottobre 2006, *McKay c. Regno Unito*, par. 41).

<sup>47</sup>Per la giurisprudenza sul punto, v. C.e.d.u., Gr. Ch., 23 marzo 2016, *Blokhin c. Russia*, par. 167, nonché C.e.d.u., sez. III, 16 maggio 2002, *D.G. c. Irlanda*, par. 79; Id., 27 giugno 1988, *Bouamar c. Belgio*, par. 50.

<sup>48</sup>Al riguardo, invece, v. C.e.d.u., sez. IV, 15 aprile 2014, *Djundiks c. Lituania*, par. 50 ss.; Id., sez. IV, 20 giugno 2002, *Berliński c. Polonia*, par. 64.

<sup>49</sup>Con riferimento a tali ipotesi, cfr., in particolare, C.e.d.u., sez. II, 25 gennaio 2005, *Enhorn c. Svezia*, par. 42 ss., secondo cui la privazione della libertà di una persona con problemi psichici («*of "unsound mind"*») presuppone che sia accertata in maniera attendibile la sua condizione patologica, che tale condizione giustifichi la detenzione e che quest'ultima cessi quando l'esigenza che ne ha imposto l'applicazione sia venuta meno (cfr. C.e.d.u., 24 ottobre 1997, *Johnson c. Regno Unito*, par. 60; Id., 24 ottobre 1979, *Winterwerp c. Olanda*, par. 39, nonché, più di recente, C.e.d.u., sez. IV, 5 ottobre 2000, *Varbanov c. Bulgaria*, par. 45). Occorre, inoltre, che il luogo di detenzione (ospedale, clinica o altra struttura sanitaria) sia adeguato alle condizioni del soggetto infermo (v. C.e.d.u., 28 maggio 1985, *Ashingdane c. Regno Unito*, par. 44). Analogamente, un soggetto alcolodipendente può essere privato della libertà solo quando altre

Da ultimo, la privazione della libertà è consentita per impedire l'ingresso illegale nel territorio dello Stato<sup>50</sup> o se disposta nel corso di un procedimento di espulsione o di estradizione [art. 5 par. 1 lett. f) C.e.d.u.]<sup>51</sup>.

Nelle ipotesi elencate dall'art. 5 par. 1 C.e.d.u., alla persona *in vinculis* spetta il diritto di essere immediatamente informata dei motivi dell'arresto e di ogni accusa elevata a suo carico<sup>52</sup>, il diritto di essere tradotta dinanzi ad un'autorità giurisdizionale al più presto e di essere giudicata entro tempi ragionevoli<sup>53</sup>, nonché il diritto di chiedere il riesame delle ragioni poste a fondamento del provvedimento restrittivo<sup>54</sup>.

---

misure, meno afflittive, risultino idonee a preservare la sua integrità e la sicurezza della collettività (v. C.e.d.u., sez. IV, 8 giugno 2004, Hilda Hafsteinsdóttir c. Islanda, par. 51; Id., sez. II, 4 aprile 2000, Witold Litwa c. Polonia, par. 78). Più in generale, per tutte le categorie a cui fa riferimento l'art. 5 par. 1, lett. e) C.e.d.u., la restrizione della libertà personale si giustifica solo se costituisce l'unica misura idonea ad assicurare il necessario trattamento medico all'interessato e, nel contempo, a salvaguardare esigenze di sicurezza pubblica (cfr. C.e.d.u., sez. II, 4 aprile 2000, Witold Litwa c. Polonia, par. 78; Id., 6 novembre 1980, Guzzardi c. Italia, par. 98). La Corte, ad esempio, con riferimento alla propagazione di malattie contagiose, ha precisato che interventi limitativi della libertà personale sono tollerabili solo quando si sia in presenza di un effettivo pericolo per la salute e la sicurezza pubblica, dovendosi, altresì, accertare che la detenzione rappresenti la *extrema ratio*, attesa l'inidoneità di ogni altra misura meno afflittiva (cfr. C.e.d.u., Gr. Ch., 18 giugno 1971, De Wilde e altri c. Belgio, par. 67 ss.).

<sup>50</sup> Anche la detenzione finalizzata ad impedire l'ingresso o la permanenza del clandestino nello Stato deve essere attuata, ovviamente, secondo modalità e tempi strettamente necessari al raggiungimento dello scopo (cfr. C.e.d.u., sez. IV, 14 marzo 2017, Ilias e Ahmed c. Ungheria, par. 64 ss.; Id., sez. IV, 24 marzo 2015, Gallardo Sanchez c. Italia, par. 36 ss.; Id., sez. II, 20 settembre 2011, Lokpo e Touré c. Ungheria, par. 22).

<sup>51</sup> La detenzione della persona da consegnare ad altro Stato è consentita solo durante la pendenza del procedimento di estradizione e cessa di essere legittima se le autorità non conducono tale *iter* con la dovuta diligenza, concludendolo entro tempi ragionevoli (v. C.e.d.u., sez. IV, 21 dicembre 2000, Quinn c. Irlanda, par. 48; Id., 15 novembre 1996, Chahal c. Regno Unito, par. 113, nonché C.e.d.u., Gr. Ch., 29 gennaio 2008, Saadi c. Regno Unito, par. 72-74).

<sup>52</sup> Per alcuni esempi di concreta applicazione della garanzia, v. C.e.d.u., sez. II, 5 giugno 2018, Amerkhanov c. Turchia, par. 68 ss.; Id., sez. IV, 28 febbraio 2017, Bivolaru c. Romania, par. 108 ss.; Id., sez. III, 31 gennaio 2017, Vakhitov e altri c. Russia, par. 58 ss.

<sup>53</sup> Sul punto, cfr. C.e.d.u., sez. I, 28 giugno 2018, Krassas c. Grecia, par. 20 ss.; Id.,

Quanto alle libertà “collaterali”, l’art. 2 del IV Protocollo addizionale alla Convenzione riconosce a chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato il diritto di circolarvi liberamente, di fissarvi la residenza e di allontanarsene, salve le restrizioni necessarie al mantenimento della sicurezza e dell’ordine pubblico, alla protezione della salute, della morale o dei diritti e delle libertà altrui, nonché alla prevenzione delle infrazioni penali.

Le aree di interferenza del sistema penale con il diritto alla libera circolazione sono state oggetto di approfondita disamina della Corte europea, che – con particolare riferimento alle misure di prevenzione personali – ha subordinato la legittimità di qualunque misura restrittiva alla sua previsione *ex lege*<sup>55</sup>, al perseguimento di una delle finalità indicate nel terzo paragrafo dell’art. 2 del IV Protocollo<sup>56</sup> e al raggiungimento di un «giusto equilibrio» tra l’interesse pubblico alla sicurezza e le garanzie individuali<sup>57</sup>.

Le compressioni del diritto alla libera circolazione – ammissibili solo alle condizioni specificate dalla Corte europea – si sostanziano, essen-

---

sez. IV, 28 novembre 2017, Gaspar c. Portogallo, par. 44 ss.; Id., sez. IV, 12 maggio 2015, Magee e altri c. Regno Unito, par. 73 ss.

<sup>54</sup>Con riferimento al diritto di impugnare provvedimenti limitativi della libertà personale, cfr. C.e.d.u., sez. IV, 3 ottobre 2017, Covic c. Bosnia-Erzegovina, par. 27 ss.; Id., sez. III, 14 febbraio 2017, S.K. c. Russia, par. 104 ss.; Id., sez. V, 12 luglio 2016, R.K. e altri c. Francia, par. 88 ss.

<sup>55</sup>La previsione normativa – considerata dalla Corte europea condizione essenziale di legittimità della misura – è volta a garantire la «prevedibilità» della restrizione, quale conseguenza di determinate condotte illecite o pericolose (sul punto, con riferimento alla specificità della norma descrittiva della fattispecie di pericolosità sociale che giustifica la restrizione, v. C.e.d.u., Gr. Ch., 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, par. 110 ss.).

<sup>56</sup>Misure limitative della libera circolazione sono consentite – come stabilisce la richiamata disposizione – solo se «necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell’ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui».

<sup>57</sup>È questa l’espressione ricorrente nelle pronunce della Corte europea: cfr. C.e.d.u., Gr. Ch., 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, par. 104 ss. Cfr., altresì, C.e.d.u., sez. II, 2 dicembre 2014, Battista c. Italia, par. 37; Id., sez. I, 11 luglio 2013, Khlyustov c. Russia, par. 64; Id., 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia, par. 39, nonché C.e.d.u., Gr. Ch., 6 aprile 2000, Labita c. Italia, par. 194-195.

zialmente, nella imposizione di obblighi e divieti, che limitano, ad esempio, la possibilità di trattenersi al di fuori della propria abitazione nelle ore notturne, di allontanarsi dall'ambito territoriale di dimora, di incontrare persone o di utilizzare determinati mezzi di comunicazione<sup>58</sup>.

È, questo, in sintesi, il quadro delle garanzie convenzionali poste a tutela della libertà personale, con le quali si è dovuto giocoforza confrontare il legislatore nazionale allorquando – all'atto della compilazione del codice di rito del 1988 e in occasione dei successivi interventi di riforma – ha modellato la disciplina delle misure cautelari personali.

#### 4. *Il sistema cautelare delineato dal codice di rito: i presupposti per l'esercizio del potere cautelare*

Con la locuzione “sistema cautelare” si intende fare riferimento all'insieme delle regole che disciplinano – nel rispetto dei principi costituzionali e convenzionali posti a tutela della libertà personale – le misure restrittive applicabili nel corso del procedimento penale, nei confronti del soggetto accusato di un reato.

Limitazioni della libertà personale a fini cautelari sono consentite – in ossequio, innanzitutto, alla duplice riserva di legge e di giurisdizione espressa dall'art. 13 Cost. – solo se disposte dal giudice, con atto motivato, nelle specifiche ipotesi e secondo le modalità tassativamente previste dalla legge.

I presupposti per l'esercizio del potere cautelare sono disciplinati, in primo luogo, dal combinato disposto degli artt. 280 e 287 c.p.p., che impongono al giudice *de libertate* – prima ancora di pronunciarsi in merito ai gravi indizi di colpevolezza *ex art. 273* comma 1 c.p.p. – di verificare la rispondenza della fattispecie delittuosa in contestazione ai criteri normativi di “gravità minima”, fissati con riferimento ai limiti editali massimi di pena previsti *ex lege*.

---

<sup>58</sup> Rispetto alle misure «privative» della libertà, quelle «limitative» del diritto alla circolazione sono chiaramente connotate da un diverso grado di intensità e di afflittività (al riguardo, cfr. C.e.d.u., Gr. Ch., 5 luglio 2016, Buzadji v. Repubblica di Moldavia, par. 104; Id., Gr. Ch., 30 settembre 2004, Nikolova c. Bulgaria, par. 60 e 74; Id., Gr. Ch., 11 gennaio 2001, N.C. c. Italia, par. 33).

La rigorosa e tassativa predeterminazione dei casi in cui è consentita l'attivazione del potere cautelare costituisce, dunque, la prima espressione della riserva di legge imposta dalla Carta costituzionale<sup>59</sup>.

I limiti edittali selezionano – secondo una valutazione necessariamente astratta – le fattispecie incriminatrici per le quali è ammessa la preventiva compressione della libertà personale.

In sostanza, il legislatore ha tracciato una sorta di linea di demarcazione, al di sotto della quale risulta precluso l'esercizio del potere cautelare, differenziando, peraltro, sotto questo profilo, la custodia cautelare in carcere da tutte le altre misure personali<sup>60</sup>.

L'applicazione delle misure coercitive è consentita, di regola, solo per delitti – anche se commessi nella forma del tentativo – che siano puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni<sup>61</sup>, salva l'ipotesi – prevista dal combinato disposto degli

---

<sup>59</sup> Così, tra gli altri, A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 195 ss.

<sup>60</sup> Il legislatore ha stabilito una graduazione degli interventi cautelari in rapporto alla crescente gravità del reato: per gli illeciti puniti con pena massima fino a tre anni di reclusione, non è consentita l'applicazione di alcuna misura restrittiva; per le fattispecie sanzionate con pena massima compresa tra i tre e i cinque anni di reclusione, sono applicabili tutte le misure cautelari diverse dalla custodia in carcere; infine, per i delitti puniti con pena massima pari ad almeno cinque anni di reclusione, può essere adottata qualunque misura cautelare, compresa la custodia in carcere. Sul punto, cfr. A. DE CARO, *Misure cautelari personali. Presupposti e criteri applicativi*, cit., p. 91, il quale ha espresso i suoi dubbi sull'adeguatezza degli indici di gravità del fatto-reato individuati dal legislatore; M. D'ORAZI, *La riforma della custodia cautelare: appunti sulla l. n. 332 del 1995*, Bologna, 1995, p. 41; F. RIGO, *Sub art. 7 l. 8 agosto 1995 n. 332*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale, Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p. 107.

<sup>61</sup> Occorre, tuttavia, ricordare quanto previsto dall'art. 274 comma 1 lett. c) c.p.p., secondo cui, quando l'iniziativa cautelare è fondata sul pericolo di reiterazione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, «le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni». Si tratta di un ulteriore limite normativo all'esercizio del potere cautelare, sempre basato sul *quantum* di pena irrogabile in astratto – analogamente alle disposizioni di cui agli artt. 280 e 287 c.p.p. – ma destinato ad operare nei soli casi in cui l'adozione della misura restrittiva sia volta a fronteggiare il rischio di recidiva specifica.