

Cassazione penale

direttore scientifico
condirettore
LX - Maggio 2020, n° 05

Domenico Carcano
Mario D'Andria

05

20
20

| **estratto**

PRESUNZIONE DI INNOCENZA E CUSTODIA
CAUTELARE: UNA OCCASIONE PERSA. UN
COMMENTO ALLA SENTENZA DELLA C.
GIUST. UE, C-653/19 PPU, DK, DEL 28
NOVEMBRE 2019

di **Nicola Canestrini**



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

| 269 PRESUNZIONE DI INNOCENZA E CUSTODIA CAUTELARE: UNA OCCASIONE PERSA. UN COMMENTO ALLA SENTENZA DELLA C. GIUST. UE, C-653/19 PPU, DK, DEL 28 NOVEMBRE 2019

Presumption of Innocence and Pretrial Detention. A Lost Chance. Some Thoughts on Cjeu's "Dk" Decision in Case C-653/19 Ppu of November 28th, 2019

La sentenza in commento conferma la scarsa incidenza del diritto dell'Unione europea sulla problematica della custodia cautelare e delle condizioni alle quali un provvedimento di custodia cautelare può essere impugnato dinanzi a un giudice.

The decision confirms the ineffectiveness of European law in the fundamental questions of the length of pre-trial detention and the conditions in which a decision on pre-trial detention may be challenged before a court.

(Traduzione in inglese a cura dell'Autore)

di **Nicola Canestrini**

Avvocato

Sommario 1. Introduzione: custodia cautelare e principio di riconoscimento reciproco. — 2. Principio di presunzione di innocenza e custodia cautelare: il problema dell'onere della prova in sede cautelare. — 3. Una occasione persa.

1. INTRODUZIONE: CUSTODIA CAUTELARE E PRINCIPIO DI RICONOSCIMENTO RECIPROCO

Come noto, «il principio di riconoscimento reciproco si basa sull'idea di fiducia reciproca tra gli Stati membri. Le decisioni giudiziarie vanno riconosciute come equivalenti ed eseguite in tutta l'Unione europea, indipendentemente dal luogo in cui la decisione è stata emessa. Si presume che alla base i sistemi di giustizia penale nell'Unione europea, pur non essendo uguali, siano almeno equivalenti»; anche «le condizioni di detenzione possono avere un impatto diretto sul buon funzionamento del principio di reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Le carceri sovraffollate e le accuse di trattamento inadeguato dei detenuti possono deteriorare la fiducia sulla quale necessariamente si basa la cooperazione giudiziaria nell'Unione europea», e «senza reciproca fiducia nel settore della detenzione gli strumenti di reciproco riconoscimento nell'Unione europea che incidono sulla detenzione non funzioneranno adeguatamente, poiché uno Stato membro potrebbe fare resistenza nel riconoscere ed eseguire la decisione adottata dalle autorità di un altro Stato membro»⁽⁴⁾.

Sempre secondo il *Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione*, la "detenzione può essere disposta soltanto nel caso in cui

⁽⁴⁾ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione*, Bruxelles, 14.6.2011 COM(2011) 327, reperibile sub <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0327:FIN:IT:PDF>.

venga osservato l'obbligo di rispettare il diritto alla libertà (articolo 5, paragrafo 1, della CEDU) che è strettamente connesso alla presunzione di non colpevolezza⁽²⁾. L'articolo 48, paragrafo 1, della Carta dell'UE stabilisce che ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata. Anche l'articolo 6, paragrafo 2, della CEDU e l'ICCPR⁽³⁾ contengono disposizioni sulla presunzione di non colpevolezza⁽⁴⁾. (...) La custodia cautelare è una misura di natura eccezionale nei sistemi giudiziari di tutti gli Stati membri. Essa va applicata soltanto nel caso in cui tutte le altre misure vengano considerate insufficienti. In alcuni sistemi europei la custodia cautelare è perfino prevista da un precetto costituzionale e ciò dimostra una particolare attenzione nei confronti del diritto alla libertà, conformemente alla presunzione di non colpevolezza. Ciò limita le circostanze in base alle quali la custodia cautelare viene autorizzata e stabilisce criteri specifici e procedure per la sua utilizzazione. Ad esempio, essa si deve applicare soltanto nel caso in cui il giudice abbia stabilito che sussista un elevato rischio di fuga dell'imputato, una minaccia per la sicurezza dei cittadini, delle vittime o dei testimoni oppure un rischio di ostacolo alle indagini. Tuttavia, la condizione degli imputati detenuti dev'essere comunque monitorata e una eventuale istanza per ottenere la scarcerazione deve poter essere ripresentata durante tutto il corso del procedimento. Nella programmazione dei processi dev'essere data la precedenza ai casi di imputati detenuti. Il principio di proporzionalità in materia penale impone che le misure coercitive, come la custodia cautelare, o le misure alternative alla detenzione si utilizzino soltanto quando siano strettamente necessarie e soltanto per il tempo necessario. Spetta alle autorità giudiziarie nazionali garantire che, in un determinato caso, la custodia cautelare di una persona accusata non superi un periodo ragionevole e sia conforme al principio di presunzione di non colpevolezza e al diritto alla libertà, pur soddisfacendo le esigenze delle indagini su reati"⁽⁵⁾.

Nonostante sia stata riconosciuta – anche dallo stesso avvocato generale nelle sue conclusioni nel procedimento conclusosi con la sentenza in commento⁽⁶⁾ – la relazione fra custodia cautelare e fiducia reciproca, e quindi riconoscimento reciproco nello spazio di giustizia, libertà e sicurezza dell'Unione europea, le questioni sulla detenzione, sia che si riferiscano ai detenuti in attesa di giudizio, sia che riguardino le persone condannate, rimangono per ragioni facilmente intuibili nella esclusiva competenza degli Stati membri.

Tuttavia, le sempre maggior attenzioni verso la tutela dei diritti fondamentali degli indagati ed imputati, garantite dalla Carta Europa dei diritti fondamentali e dalla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, inevitabilmente hanno portato gli interpreti a doversene occupare, sotto vari aspetti⁽⁷⁾.

⁽²⁾ V. il *Libro verde della Commissione sulla presunzione di non colpevolezza*, COM (2006) 174 del 26 aprile 2006 (nota originaria nel testo citato).

⁽³⁾ Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (nota originaria nel testo citato).

⁽⁴⁾ Articolo 48, paragrafo 1, della Carta, articolo 14, paragrafo 2, dell'ICCPR (nota originaria nel testo citato).

⁽⁵⁾ Cfr. nota 1.

⁽⁶⁾ Cfr. nota 17.

⁽⁷⁾ Inutile qui richiamare la giurisprudenza anche della Corte di giustizia dell'Unione Europea (CGUE), ed in particolare le sentenze del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, del 25 luglio 2018, *Minister for Justice and Equality* (Carenze del sistema giudiziario), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, del 25 luglio 2018, *Generalstaatsanwaltschaft* (Condizioni di detenzione in Ungheria), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, o – sempre senza alcuna pretesa di completezza – quella del 15 ottobre 2019, *Dumitru-Tudor Dorobantu*, C-128/18, ECLI:EU:C:2019:857.

2. PRINCIPIO DI PRESUNZIONE DI INNOCENZA E CUSTODIA CAUTELARE: IL PROBLEMA DELL'ONERE DELLA PROVA IN SEDE CAUTELARE

Con la sentenza in commento, pubblicata lo scorso 28 novembre 2019 ⁽⁸⁾, la Corte di Giustizia dell'Unione europea focalizza l'attenzione sulla compatibilità dell'onere probatorio in capo alla difesa nel caso di richiesta di modifica della *status detentionis*; secondo il diritto bulgaro, applicabile al caso di specie, una volta disposto il rinvio a giudizio dinanzi a un tribunale di una persona sottoposta a custodia cautelare, il tribunale deve controllare in via preliminare e d'ufficio la fondatezza di detta misura detentiva: se il tribunale ne constata la legittimità, la detenzione si protrae indefinitamente e non è più soggetta a controllo d'ufficio, potendo essere la rimessione in libertà del detenuto autorizzata solo se quest'ultimo ne faccia domanda e qualora provi l'esistenza di nuove circostanze che giustificano la sua liberazione.

Il giudice del rinvio pregiudiziale, la *Spetsializiranaprokuratura*, dubitava della compatibilità della normativa nazionale con l'articolo 6 e il considerando 22 della direttiva 2016/343 ⁽⁹⁾, in quanto tali disposizioni potrebbero essere interpretate nel senso che impongono di far gravare sull'accusa l'onere di provare la fondatezza del mantenimento della persona interessata in custodia cautelare, nonché nel senso che consentono di ammettere presunzioni a favore di detta fondatezza solo se siano ragionevolmente proporzionate allo scopo perseguito e tengano conto dei diritti della difesa.

Sempre secondo il tribunale remittente, si dovevano considerare i diritti garantiti agli articoli 6 e 47 della Carta (aventi ad oggetto, rispettivamente, il *diritto alla libertà e alla sicurezza* e il *diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*). Per quanto riguarda, in particolare, l'articolo 6, che corrisponde all'articolo 5 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, l'affermazione di una presunzione a favore della legittimità del mantenimento di un imputato in detenzione sarebbe contraria all'articolo 5, paragrafo 3, di tale Convenzione.

La Corte di giustizia però nega l'applicabilità della normativa invocata al caso concreto, rilevando che «l'articolo 6 della direttiva 2016/343 e gli articoli 6 e 47 della Carta non sono applicabili a una normativa nazionale che subordina la rimessione in libertà di una persona sottoposta a custodia cautelare alla prova, da parte di tale persona, di nuove circostanze che giustificano tale rimessione in libertà» (par. 42), dato che, secondo l'interpretazione resa con

⁽⁸⁾ CGUE, I sezione, DK, C-653/19 PPU, 28 novembre 2019, ECLLEU:C:2019:1024, reperibile sub <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=221113&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=406434>.

⁽⁹⁾ Il testo, per comodità di lettura, è il seguente: (*considerandum* 22) «L'onere della prova della colpevolezza di indagati e imputati incombe alla pubblica accusa e qualsiasi dubbio dovrebbe valere in favore dell'indagato o imputato. La presunzione di innocenza risulterebbe violata qualora l'onere della prova fosse trasferito dalla pubblica accusa alla difesa, fatti salvi eventuali poteri di accertamento dei fatti esercitati d'ufficio dal giudice, la sua indipendenza nel valutare la colpevolezza dell'indagato o imputato e il ricorso a presunzioni di fatto o di diritto riguardanti la responsabilità penale di un indagato o un imputato. (...)»; l'articolo 6 della direttiva 2016/343 invece stabilisce che «1. Gli Stati membri assicurano che l'onere di provare la colpevolezza degli indagati e imputati incomba alla pubblica accusa, fatti salvi l'eventuale obbligo per il giudice o il tribunale competente di ricercare le prove sia a carico sia a discarico e il diritto della difesa di produrre prove in conformità del diritto nazionale applicabile. 2. Gli Stati membri assicurano che ogni dubbio in merito alla colpevolezza sia valutato in favore dell'indagato o imputato, anche quando il giudice valuta se la persona in questione debba essere assolta».

la sentenza in commento in adesione alla opinione dell'avvocato generale ⁽¹⁰⁾, e facendo leva sulla lettera della norma ⁽¹¹⁾, il «riferimento alla prova della «colpevolezza» di cui all'articolo 6 deve essere inteso nel senso che tale disposizione è volta a disciplinare la ripartizione dell'onere della prova solo in sede di adozione di decisioni giudiziarie sulla colpevolezza» (par. 33).

Ciò si spiega, rileva la Corte, data la natura minima dell'armonizzazione perseguita dal legislatore europeo con la direttiva sulla presunzione di non colpevolezza, che quindi non può essere interpretata come uno strumento completo ed esaustivo volto a stabilire tutte le condizioni per l'adozione di una decisione sulla custodia cautelare ⁽¹²⁾.

Resta quindi demandato interamente al diritto nazionale il grado di convincimento che il giudice chiamato ad adottare una decisione sul mantenimento di una persona in custodia cautelare deve nutrire circa l'autore del reato, nonché le modalità di esame dei diversi elementi di prova e la portata della motivazione che tale giudice è tenuto a fornire in risposta agli argomenti sottopostigli, limitandosi gli articoli 3 e 4 della direttiva citata ad imporre che una decisione di mantenimento di una persona in custodia cautelare non presenti tale persona come colpevole.

3. UNA OCCASIONE PERSA

Come immediatamente rilevato da migliore dottrina ⁽¹³⁾, la sentenza adotta una soluzione pilatesca, confermando la debolezza ⁽¹⁴⁾ della direttiva sulla presunzione di non colpevolezza 2016/343 cit. e la delicatezza del tema della custodia cautelare nell'Unione europea.

Nonostante l'innegabile riflesso che lo *status detentionis* (sub specie: condizioni di detenzione e quindi in relazione al diritto a trattamenti che non siano inumani o degradanti, ma naturalmente anche in relazione al diritto alla libertà!) ha sul tema della fiducia reciproca tra gli Stati membri, e quindi sull'intero sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea ⁽¹⁵⁾, e nonostante la Corte europea dei diritti dell'Uomo si sia più volte espressa sulla relazione fra presunzione di innocenza e custodia cautelare, affermando che «*continued detention can be justified in a given case only if there are actual indications of a genuine requirement of public interest which, notwithstanding the presumption of innocence, outweighs the rule of respect for individual liberty laid down in Article 5 of the Convention*»,

⁽¹⁰⁾ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Giovanni Pitruzzella presentate il 19 novembre 2019, ECLI:EU:C:2019:983, par. 31, reperibili [subhttp://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=220773&pageIndex=o&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=406434](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=220773&pageIndex=o&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=406434).

⁽¹¹⁾ Viene infatti rilevato come «dal confronto dei considerando 16 e 22 della direttiva 2016/343. Da un lato, il considerando 16 riguarda la salvaguardia della presunzione d'innocenza negli atti indicati dall'articolo 4 della presente direttiva, vale a dire le dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche e gli atti procedurali adottati prima che la colpevolezza dell'indagato sia legalmente accertata. Questo considerando fa specifico riferimento al regime applicabile alle decisioni preliminari di natura procedurale. Dall'altro lato, detto considerando 22, che riguarda la ripartizione dell'onere della prova, disciplinato dall'articolo 6 della suddetta direttiva, non fa riferimento a tali decisioni, ma si riferisce esclusivamente al processo di accertamento della colpevolezza dell'indagato» (par. 34).

⁽¹²⁾ CGUE, sentenza del 19 settembre 2018, Milev, C-310/18 PPU, EU:C:2018:732, punto 47, e ordinanza del 12 febbraio 2019, RH, C-8/19 PPU, EU:C:2019:110, punto 59.

⁽¹³⁾ "Pilates washing his hands. The CJEU on pre-trial detention", di Adriano Martufi e Christina Peristeridou, EU Law Analysis 5 dicembre 2019, [sub http://eulawanalysis.blogspot.com/search?q=C%E2%80%911653%2F19](http://eulawanalysis.blogspot.com/search?q=C%E2%80%911653%2F19) anche per i rilievi che seguono.

⁽¹⁴⁾ Sul tema ci si permette di rinviare a N. CANESTRINI, *La direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto a presenziare al processo nel procedimento penale*, in questa rivista, 2016, p. 2224.

⁽¹⁵⁾ Su cui *supra*, sub 1.

e stabilendo che spetta all'autorità giudiziaria nazionale assicurare che nel caso concreto la custodia cautelare non sia eccessiva, valutando i fatti «anche con riguardo alla presunzione di innocenza»⁽¹⁶⁾, chi si aspettava che la Corte di giustizia cogliesse l'occasione per riempire i vuoti di tutela del legislatore è rimasto deluso.

Come rilevato dall'avvocato generale in sede di conclusioni, il caso DK costituiva un'opportunità per la Corte di esercitare il suo ruolo di "regolatore delle competenze" tra gli ordinamenti "europei" in tema di diritti fondamentali e giusto processo⁽¹⁷⁾: fallita questa opportunità per ragioni di interpretazione letterale (e, forse, per un inspiegabile mancato riferimento all'art. 48 della Carta da parte del giudice del rinvio pregiudiziale), resta l'amara consolazione che «in materia penale, ciò che non è garantito dall'Unione può essere garantito dalla Corte EDU»⁽¹⁸⁾.

Insomma, se non c'è (ancora) un giudice a Lussemburgo, c'è sempre quello a Strasburgo (con tutti i suoi limiti).

⁽¹⁶⁾ Si rinvia a corte EDU, Grande camera, Buzadji vs. Moldavia, 5 luglio 2016, reperibile *sub* [https://hudoc.echr-coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-164928%22\]}](https://hudoc.echr-coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-164928%22]}); le citazioni si riferiscono ai paragrafi 90 e 91 della sentenza.

⁽¹⁷⁾ Così conclude infatti l'avvocato generale: «20. (...) le mie preoccupazioni sono giustificate dallo stato quasi inesistente di armonizzazione europea in questo settore, come cercherò di dimostrare in seguito. Questa causa ci impone di constatare i limiti del diritto dell'Unione. Su una questione tanto fondamentale come quella della durata della custodia cautelare e delle condizioni alle quali un provvedimento di custodia cautelare può essere impugnato dinanzi a un giudice, non può che essere doloroso constatare che il diritto dell'Unione ha scarsa incidenza. Non possiamo giustificare tutto sull'altare della mancanza di competenza dell'Unione ad agire in questa materia. 21. Naturalmente, in materia penale, ciò che non è garantito dall'Unione può essere garantito dalla Corte EDU. Si potrebbe allora considerare la presente causa come un'opportunità per la Corte di esercitare il suo ruolo di regolatore delle competenze (...). È evidente che ciò che non è disciplinato dal diritto dell'Unione non necessariamente si pone al di fuori di tale diritto. Tornerò su questo punto in seguito, ma la Corte EDU ha sviluppato principi importanti che circoscrivono il margine di discrezionalità degli Stati parti della CEDU per quanto riguarda le decisioni relative alla custodia cautelare. Ma per quanto tempo ancora DK dovrà restare in custodia cautelare prima di ottenere una sentenza dalla Corte di Strasburgo? Può ottenerla autonomamente lui stesso, quando i suoi avvocati, forse per ragioni economiche, non hanno partecipato all'udienza dinanzi alla Corte? 22. Al di là della questione del rapporto tra gli ordinamenti, è urgente che il legislatore dell'Unione affronti la questione di un'armonizzazione, anche minima, dell'istituto della custodia cautelare perché, nel lungo termine, è lo spazio penale europeo ad essere minacciato. Infatti, può sussistere una cooperazione giudiziaria in materia penale solo se la fiducia reciproca tra Stati membri si rafforza e tale fiducia non potrà instaurarsi serenamente se gli Stati membri applicano standard tanto in contrasto fra loro, in particolare in materia di custodia cautelare la quale, lo ricordo, costituisce un'eccezione, che deve essere limitata il più possibile, all'architrave della nostra civiltà giuridica, che è il diritto alla libertà. 23. Tuttavia, a prescindere dalle mie preoccupazioni e dal mio rammarico per lo stato attuale del diritto dell'Unione, posso solo concludere, all'esito di un'analisi rigorosamente giuridica, che la situazione di DK non trova una soluzione nella direttiva 2016/343».

⁽¹⁸⁾ Come rileva l'avvocato generale testualmente *sub* par. 21 delle sue conclusioni (cfr. nota che precede).

