

# Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare

## Sommario

1. L'INVIOLABILITÀ DELLA LIBERTÀ PERSONALE DEL PRESUNTO INNOCENTE. – 2. L'ESERCIZIO DELLA FUNZIONE DIFENSIVA ATTRAVERSO IL CONTRADDITTORIO CON LA PARTE AVVERSA – 3. L'ATTUAZIONE DEL CONTRADDITTORIO NEL PROCEDIMENTO APPLICATIVO DELLE MISURE CAUTELARI. – 4. L'ESIGENZA DI ASSICURARE UNA MAGGIORE EFFETTIVITÀ ALLE GARANZIE DIFENSIVE DELLA PERSONA SOTTOPOSTA ALLA MISURA CAUTELARE. – 5. IL CONFRONTO CON L'ORDINAMENTO FRANCESE. – 6. *LE JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION*: L'APPARENZA DI UNA GARANZIA. – 7. I RIMEDI AL MALFUNZIONAMENTO DEL SISTEMA GIUDIZIARIO FRANCESE. – 8. UNA DELLE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE PROVVISORIA: IL RICORSO ALLA SORVEGLIANZA ELETTRONICA. – 9. L'INTRODUZIONE DEL CONTRADDITTORIO C.D. ANTICIPATO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO. – 10. LUCI E OMBRE DI UNA POSSIBILE RIFORMA. – 11. LE "ECONOMIE PENITENZIARIE". – 12. LA RIDUZIONE DEI DETENUTI IN ATTESA DI GIUDIZIO: UN IMPEGNO VERSO GLI ALTRI STATI EUROPEI.

## 1 L'INVIOLABILITÀ DELLA LIBERTÀ PERSONALE DEL PRESUNTO INNOCENTE

«*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la Loi*»<sup>1</sup>.

Sono passati più di duecento anni dall'approvazione di questo principio, contenuto nell'art. IX della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino approvata in Francia e tuttavia il tema della tutela della libertà personale e dell'uso eccessivo della carcerazione preventiva, d'Oltralpe<sup>2</sup> come in Italia, è sempre sotto i riflettori.

Nonostante i tempi e le legislazioni cambino, sembra che qualsiasi sforzo si faccia per aumentare gli *standard* di garanzia del processo penale, non si riesca a fare in modo che la fase applicativa della misura cautelare risponda appieno ai caratteri della giurisdizionalità, permanendo, peraltro, la tendenza alla attuazione dell'equazione inquisitoria: imputato uguale detenuto<sup>3</sup>, con vanificazione del significato di diversi principi fondamentali, tra cui, *in primis*, la presunzione di innocenza. Principio, quest'ultimo, considerato «la base giuridica e, prima ancora, la matrice filosofica necessaria per comprendere quale debba essere, nel seno della legge ordinaria, il complesso delle situazioni soggettive minime relative allo statuto processuale dell'imputato»<sup>4</sup>.

A sollevare dubbi, in particolare, è l'effettiva capacità del giudice, durante la fase

1. La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, in [www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp), è stata approvata il 26 agosto del 1789, le sue disposizioni costituiscono diritto positivo e sono poste al vertice dell'ordine gerarchico delle fonti normative francesi.

2. Sul punto, in particolare, v. SÉNAT, n. 449 (1999-2000), Rapport de la commission d'enquête sur *Les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France, créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 10 février 2000*, Président M. J.J. Hyest, Rapporteur M. G.P. Cabanel, *Prisons: une humiliation pour la République* (29 juin 2000), tome I- tome II, in [www.senat.fr/rap/199-449/199-4491.pdf](http://www.senat.fr/rap/199-449/199-4491.pdf).

3. E. ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in AA.VV., *Libertà personale e ricerca della prova*, Milano, 1995, p. 59.

4. V. GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in ID., *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Milano, 2000, p. 99. Sul principio *de quo* si veda, in particolare, G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, la cui opera rappresenta un punto di riferimento fondamentale nello studio della materia.

delle indagini preliminari, di assolvere concretamente il ruolo di garante della libertà e della presunzione di innocenza dell'imputato<sup>5</sup>. La garanzia offerta dalla giurisdizione *de libertate*, a dispetto dell'imponente apparato procedimentale attraverso il quale si esplica, è – ed è rimasta – una garanzia debole: «nelle forme è una giurisdizione pesante; nella sostanza, è una giurisdizione *light*»<sup>6</sup>. In concreto, il giudice più che decidere sullo *status libertatis* dell'inquisito, finisce per limitarsi ad autorizzare le scelte compiute dal pubblico ministero<sup>7</sup>. È soprattutto sul piano cognitivo che il giudice per le indagini preliminari subisce le più evidenti limitazioni: la conoscenza è circoscritta agli atti offerti dal pubblico ministero e manca il contributo dialettico offerto alla controparte<sup>8</sup>. Di fatto, si tratta di una «giurisdizione senza cognizione»<sup>9</sup>.

Questo il risultato: poiché il principio di giurisdizionalità postula la presunzione di innocenza dell'imputato, quando l'innocenza dei cittadini non è sufficientemente garantita e la giustizia finisce per incutere paura, è il segno inconfondibile della perdita di legittimità politica delle giurisdizione e insieme della sua involuzione irrazionale e autoritaria<sup>10</sup>.

Ad aggravare questa considerazione vi è, poi, il perdurante stato di crisi del sistema giudiziario<sup>11</sup>. È noto che l'incapacità di dare una risposta punitiva certa e pronta ha determinato una trasformazione del ruolo servente e strumentale del processo penale rispetto al diritto sostanziale<sup>12</sup>. La sanzione più temibile non è più o non tanto la pena – quasi sempre lieve o non applicata – bensì la pubblica diffamazione dell'imputato, che non solo ne offende l'onorabilità ma ne pregiudica anche le prospettive di vita e di lavoro. È il processo stesso a diventare sanzione sotto il profilo afflittivo-retributivo<sup>13</sup>. Nella prassi, non di rado, poi, è la carcerazione preventiva ad assolvere le funzioni di prevenzione generale nonché di prevenzione speciale<sup>14</sup>, con esiti ancor più afflittivi di quelli collegati alle pene in senso stretto, atteso che l'intimidazione è basata anziché sulla minaccia legale della pena sul carattere esemplare della sua irrogazione (ad un individuo peraltro solo sospettato di aver commesso un reato)<sup>15</sup>, mentre l'eliminazione del pericolo che il soggetto possa commettere altri reati è ottenuta, principalmente, con la sua neutralizzazione piuttosto che attraverso un tentativo di risocializzazione<sup>16</sup>.

---

5. Al riguardo, fra gli altri, v. G. DI CHIARA, *Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, pp. 236 ss.; G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 1251 ss.; E. ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale*, cit., pp. 67 ss.

6. G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1256.

7. G. GIOSTRA, *ibidem*. In tal senso, fra gli altri, altresì v. M. FERRAJOLI, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, 3ª ed., Padova, 2006, 147.

8. Osserva G. DI CHIARA, *Linee di un sistema*, cit., p. 251, che il giudice delle indagini preliminari, anche dopo la riforma della disciplina delle investigazioni difensive, è un giudice «senza occhi».

9. In questi termini v. E. ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale*, cit., pp. 69-70, il quale, invero, evidenzia come il potere di disporre della libertà personale, «pur se costitutivo di un dovere di verificare la realizzazione della fattispecie da cui dipende la legittimità dell'esercizio del potere stesso, è stato in realtà attuato in modo da privilegiare gli aspetti potestativi della giurisdizione a discapito di quelli cognitivi».

10. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 7ª ed., Roma-Bari, 2002, pp. 559-560.

11. Per V. GREVI, *Il problema della lentezza dei procedimenti penali: cause, rimedi e prospettive di riforma*, in *Giust. pen.*, 1981, III, p. 586, la lentezza delle procedure è una delle cause principali della degenerazione nell'uso del processo quale strumento di controllo sociale. Sennonché, il ricorso alle misure cautelari, quale espediente per sopperire ai tempi lunghi della giustizia penale, non è da escludere contribuisca ad allungare i tempi di durata del processo, visto che i termini massimi di custodia cautelare finiscono per diventare i tempi ordinari di durata dei processi più veloci, vale a dire di quelli che devono essere celebrati prima degli altri proprio in ragione dello *status in vinculis* dell'imputato (In questi termini v. M.L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e «giusto processo»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 897).

12. In tal senso, *ex plurimis*, v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 571; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., pp. 3 ss.; M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Id.*, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 195; per un'analisi dei rapporti tra diritto penale e processo e sulla trasformazione del ruolo strumentale di quest'ultimo rispetto al primo, non più «servo muto» ma «servo loquace» o addirittura «servo tiranno» ci si permette di rinviare alla approfondita disamina di T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 3.

13. Sul punto, per tutti, v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 809, il quale, in particolare, osserva che la natura di pena anticipata assunta dalla carcerazione preventiva, in virtù della quale prima si punisce poi si processa, ovvero si punisce processando, rende tale misura ancor più pesantemente afflittiva della stessa pena.

14. Come rileva G. ILLUMINATI, *Ripartire dalla Costituzione*, in *Tavola rotonda. La disciplina delle misure cautelari personali*, in *Legisl. pen.*, 2006, p. 387, si tende a considerare legittimo, anzi ineluttabile, che la custodia cautelare assolva anche una funzione di prevenzione speciale.

15. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 571.

16. Così facendo «si vulnerano mortalmente e in eguale misura, non solo quella presunzione d'innocenza che pone, innanzi tutto, la regola aurea del

Di fronte a questa tendenza non possono che essere d'insegnamento le parole di un insigne Maestro: «il giurista ha il dovere di essere intransigente e deciso nel sostenere il rispetto di certi valori fondamentali, tra i quali in primo piano vi è, indubbiamente, quello della libertà personale»<sup>17</sup>.

Affinché si possa privare della libertà un soggetto presunto innocente non basta l'intervento di un giudice, occorrendo una decisione che abbia i caratteri sostanziali, oltre che formali, della giurisdizione<sup>18</sup> ed in cui sia ridotto il più possibile il margine di errore. Il che potrebbe portare a sostenere che è la stessa ammissione, in via di principio, della carcerazione *ante iudicium*, qualunque fine le si voglia associare, a contraddire alla radice il principio di giurisdizionalità<sup>19</sup>. È bene, però, subito precisare che nell'ambito di questo lavoro si è voluto non tanto ragionare sulla legittimità ed effettiva necessità della carcerazione preventiva<sup>20</sup>, nella ricerca di soluzioni diverse ed alternative ad essa, quanto portare avanti l'idea che sia necessario assegnare più ampio spazio alla "cultura della giurisdizione", ad esempio, ragionando sulla possibilità di creare delle "finestre di giurisdizione" a garanzia delle "situazioni soggettive protette" durante l'intero procedimento penale, e dunque a partire dalle indagini preliminari<sup>21</sup>.

Certo, se è vero che, affinché si attui una piena giurisdizione è indispensabile concorrano due funzioni, una cognitiva e una potestativa<sup>22</sup>, è altresì indubbio che al di fuori del processo, luogo deputato all'accertamento della responsabilità dell'imputato, sono possibili diversi gradi di attuazione della giurisdizione. Spetta al legislatore fare delle scelte e all'interprete dare suggerimenti.

È questo il senso del richiamo alla "intransigenza del giurista": esso rappresenta lo stimolo a ritornare a occuparsi delle garanzie del procedimento applicativo della misura cautelare, anche alla luce dell'omologo dibattito da tempo in atto nel sistema francese. L'obiettivo è verificare se l'introduzione di un contraddittorio tra le parti al momento della adozione delle misure cautelari, unitamente ad un potenziamento dei poteri del giudice per le indagini preliminari, possa rendere più effettivo l'esercizio della funzione difensiva. Ciò, nella consapevolezza che per salvaguardare i diritti della persona sottoposta alle indagini occorra preoccuparsi della individuazione di meccanismi volti a tutelare non soltanto la pretesa alla restituzione della libertà, ma anche a impedirne la limitazione<sup>23</sup>. Più precisamente, è nostra opinione che un rafforzamento del contraddittorio in fase applicativa giovi non solo alla difesa e all'imputato, ma anche al sistema giudiziario nel suo complesso. Esso può essere utile a implementare il ricorso a misure alternative alla detenzione, permettendo, ad esempio, di dare concreta attuazione ad un istituto rimasto solo sulla carta: il braccialetto elettronico. Con ricadute positive sul

---

processo come mero accertamento, ma anche il principio sostanziale di legalità» (In questi termini v. M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, pp. 195 ss., al cui scritto si rimanda per alcuni esempi sul punto, specialmente riguardo a quelle fattispecie normative che evidenziano come talvolta questa metamorfosi nei rapporti tra diritto e processo, pur dovuta alla prassi applicativa, finisca col filtrare nel tessuto normativo).

17. G.D. PISAPIA, *Il giudice per le indagini preliminari: bilancio di un quinquennio*, in AA.VV., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Milano, 1996, p. 8.

18. Come evidenzia M. FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante»*, cit., p. 141, per giurisdizione formale s'intende la presenza di un giudice che è, sì, tale ma non dispone degli strumenti necessari per svolgere la sua funzione di "terzo".

19. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 566.

20. A tal proposito non si possono non ricordare le celebri parole di F. CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, Lucca, 1872, «Tutti riconoscono che la carcerazione degli imputati prima della condanna è una ingiustizia ... ma essi soggiungono che questa è una ingiustizia necessaria e la custodia preventiva si è dovuta ammettere dalle leggi penali. Necessaria – per formare il processo scritto, onde il giudice possa interrogare lo imputato ad ogni bisogno dell'istruzione. ... Necessaria – per raggiungere la verità, togliendo all'imputato i mezzi per sobornare o intimidire i testimoni, o distruggere le vestigia e le prove del suo reato. ... Necessaria – per la sicurezza, affinché lo imputato non abbia potestà, pendente il processo, di continuare nei suoi delitti. ... Necessaria – per raggiungere la pena, affinché il reo non si sottragga alla medesima con la fuga. ... Se tali necessità sono la sola giustificazione possibile di quella ingiustizia, è manifesto che questa non è tollerabile, ed è un atto di vera tirannide dove cessano le anzidette ragioni».

21. In tal senso v. Commissione Riccio – per la riforma del codice di procedura penale (27 luglio 2006) – *Relazione*, § 7, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

22. Come osserva, segnatamente, P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, 3ª ed., Bologna, 2012, p. 24, «nella sentenza che accerta o nega la colpevolezza occorre distinguere due componenti: una cognitiva o conoscitiva, l'altra autoritativa o performativa» [...] Sennonché, «se potere e sapere sono strutturalmente congeniti al processo, la componente 'cognitiva' può essere più o meno sviluppata».

23. Sul punto si vedano le osservazioni di E. ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale*, cit., p. 69.

## 2 L'ESERCIZIO DELLA FUNZIONE DIFENSIVA ATTRAVERSO IL CONTRADDITTORIO CON LA PARTE AVVERSA

problema del sovraffollamento delle carceri<sup>24</sup>, che oggi rischiano il collasso anche a causa della presenza, per soli pochi giorni, di detenuti in attesa di giudizio<sup>25</sup>, esponendo l'Italia al rischio di essere condannata da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 3 C.e.d.u. il quale stabilisce che nessuno può essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti<sup>26</sup>.

Pur essendo connaturale al concetto stesso di giurisdizione che il contraddittorio preceda il provvedimento sull'applicazione della misura cautelare: «è fisiologico che il contraddittorio – se esiste – preceda il provvedimento da adottare»<sup>27</sup>; com'è noto, nel nostro sistema, questa non è la regola, atteso che prima il giudice decide sulla base delle richieste e delle indicazioni dell'accusa e, solo successivamente, è offerta alla difesa la possibilità di far conoscere le proprie argomentazioni o in sede di interrogatorio c.d. “di garanzia” o, in particolare, in sede di riesame, unico contesto in cui, sia pure in via eventuale, è garantito un reale contraddittorio tra le parti. Si tratta di una situazione atipica<sup>28</sup> che, tuttavia, ha ricevuto l'avallo della Corte costituzionale. In più occasioni<sup>29</sup> il Giudice delle Leggi ha affermato che l'esercizio della funzione difensiva può essere limitato per evitare l'assoluta compromissione di esigenze prioritarie nell'economia del processo, che per loro natura potrebbero essere vanificate da un contraddittorio “anticipato”. È questo il caso dei provvedimenti c.d. “a sorpresa”, come l'adozione per la prima volta di misure cautelari personali, cui l'indagato potrebbe sottrarsi qualora venisse preavvertito allo scopo di consentire l'esercizio del diritto di difesa preliminarmente alla loro emanazione. La presenza dell'indagato o del suo difensore, in altri termini, può essere pretermessa quando occorre salvaguardare l'imprevedibilità della misura<sup>30</sup>. La Corte, nondimeno, ha individuato un limite: le garanzie della difesa, attraverso l'instaurazione del contraddittorio, non possono essere annullate, ma solo rinviate, dovendosi poter esplicitare pienamente in via successiva<sup>31</sup>. Del resto – si è affermato – in materia cautelare le modalità e i contenuti del contraddittorio, nel limite della ragionevolezza, sono di spettanza del legislatore, non apparendo scelta costituzionalmente imposta quella di modellare il procedimento incidentale cautelare sullo schema del processo di merito<sup>32</sup>. Il Giudice delle Leggi, in sostanza, pone l'accento sul profilo collegato al versante difensivo, ambito cui è stato tradizionalmente ancorato il principio del contraddittorio, soprattutto prima della riforma dell'art. 111 Cost. La nuova formulazione della norma costituzionale, tuttavia, dovrebbe imporre un «sostanziale cambio di rotta interpretativa, spostando la prua verso la concreta attuazione della giurisdizione»<sup>33</sup>.

L'idea che occorra un irrobustimento in chiave difensiva dei presupposti applicativi delle misure cautelari, e che sia opportuno rafforzare l'attuazione del contraddittorio nel procedimento di emanazione dei provvedimenti restrittivi, sembra infatti trovare fondamento oltre che negli articoli 13, 24, comma 2, e 27, comma 2, della Costituzione, proprio nell'art. 111 Cost. il quale, nell'enunciare i principi del giusto processo, non

24. Per un'analisi dell'attuale stato del sistema penitenziario si veda il *Resoconto aggiornato dello stato del sistema penitenziario*, a cura del Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 ottobre 2012.

25. Al riguardo, fra gli altri, di recente si veda L. MARAFIOTI, *Sovraffollamento delle carceri e custodia cautelare: una proposta di riforma*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 settembre 2011, in cui l'A. formula un'interessante proposta di riforma volta a cercare di contenere la situazione drammatica del sovraffollamento degli istituti penitenziari, anche “rinforzando”, sul piano della capacità dimostrativa, le esigenze cautelari che ne presuppongono l'applicazione.

26. In termini analoghi si esprimono l'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e l'art. 7 del Patto sui diritti civili e politici.

27. G. ILLUMINATI, *Relazione*, in AA.VV., *Il G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, Napoli, 1997, p. 23.

28. G. ILLUMINATI, *Relazione*, cit., p. 24.

29. *Ex plurimis*, v. C. cost., sent. 26 maggio-8 giugno 1994, n. 219, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

30. C. cost. sent. 4-8 marzo 1996, n. 63, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

31. C. cost., sent. 26 maggio-8 giugno 1994, n. 219, cit.

32. C. cost., ord. 12-27 luglio 20001, n. 321, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

33. A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, vol. II, *Prove e misure cautelari*, t. II, *Le misure cautelari*, a cura di A. SCALFATI, Torino, 2008, p. 29.

può che riferirsi anche ad una materia come quella relativa alle restrizioni della libertà personale<sup>34</sup>.

Queste le argomentazioni.

Innanzitutto, il diritto di un individuo presunto innocente a non vedere limitata la propria libertà personale, se non nei casi previsti dalla legge e per atto motivato di un giudice, impone che, a tutela di tale libertà, sia assicurato un effettivo esercizio del diritto di difesa. Difesa che, affinché non rimanga vuota affermazione retorica, deve distinguersi oltre che come diritto individuale, come garanzia di un corretto accertamento giudiziale<sup>35</sup>. Non basta garantire la messa in atto di «un insieme di pratiche dirette a far valere davanti al giudice i diritti soggettivi e gli altri interessi giuridici dell'imputato»<sup>36</sup>. Ove si muova dalla convinzione che «il miglior mezzo per saggiare la fondatezza di un'accusa sia di instaurare il contraddittorio tra chi, avendola formulata ha interesse a sostenerla, a “verificarla”, e chi, essendone il destinatario, ha interesse a confutarla, a “falsificarla”»<sup>37</sup>, l'esercizio della funzione difensiva non può che esprimere questa scelta gnoseologica. Il diritto di difesa, si può dire, così, finisca con iscriversi, nel più ampio quadro del principio del contraddittorio, assumendo, per la tale via, la veste polimorfa del diritto dell'accusato di partecipare al processo in contraddittorio con l'accusa<sup>38</sup>.

La riforma dell'art. 111 della Costituzione non ha che avvalorato questa tesi. Il richiamo è, segnatamente, al comma 2, che nell'enunciare i principi del giusto processo – validi per qualsiasi procedimento giurisdizionale – stabilisce che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale»<sup>39</sup>. E se – come si è visto – può considerarsi un dato acquisito da tempo che non c'è processo se non c'è contraddittorio, e che, quale elemento qualificante del processo, esso trova già fondamento nell'art. 24 comma 2 Cost., una sua riaffermazione, nella seconda parte della Costituzione, tra le regole minime della giurisdizione, non solo non è inopportuna, ma, al contrario, è utile a sottolineare che il contraddittorio, oltre ad essere diritto delle parti, è regola del processo per il giudizio<sup>40</sup> e – non ci sembra azzardato ritenere – dovrebbe essere anche regola per il compimento di ogni atto che importi una compressione di un diritto costituzionalmente garantito. Del resto, se il contraddittorio tra le parti poste in condizioni di parità davanti ad un giudice terzo e imparziale costituisce il modo di essere della giurisdizione, allora un simile schema procedimentale non dovrebbe essere pretermesso proprio in un ambito, come quello relativo alle restrizioni della libertà personale, in cui la riserva di giurisdizione rappresenta la più qualificante delle gaurentigie costituzionali<sup>41</sup>.

C'è da aggiungere che se il procedimento cautelare va considerato “processo nel processo”, ossia un giudizio di colpevolezza allo stato degli atti, il provvedimento giurisdizionale dovrebbe «affondare le radici della sua forza potestativa nell'assoluto rispetto del canone della piena cognizione del giudice in ordine alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto»<sup>42</sup>. A tal fine, «lo

---

34. Come osserva, fra gli altri, M.L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato*, cit., p. 867, «La formula “giusto processo” si atteggia quale espressione di sintesi assunta dal nuovo Costituente proprio per evocare l'insieme dei principi in materia di giustizia consacrati nelle fonti internazionali a tutela dei diritti della persona umana, tra i quali la libertà personale assume una posizione di primo piano».

35. P. FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, p. 2 (§ 1).

36. V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Torino, 1952, p. 466; analogamente v. G. BELLAVISTA, voce *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 455.

37. P. FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, cit., p. 1 (§ 1). *Contra* D. CURTOTTI NAPPI, voce *Difesa penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2005, p. 4 § 4.

38. G. DI CHIARA, *Diritto processuale penale*, in G. FIANDACA-G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 274.

39. Sulle differenze tra il contraddittorio nella formazione della prova e il contraddittorio genericamente inteso, come partecipazione dialettica delle parti, fra gli altri, v. P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 100; del resto, il contraddittorio nella formazione della prova incontra alcuni limiti, tra cui, quello implicito di riguardare solo il tema principale del processo, cioè l'accertamento della colpevolezza, non anche i temi incidentali, come l'applicazione delle misure cautelari (p. 133).

40. N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il « giusto processo » in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, pp. 393 ss.

41. In tal senso v. M.L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato*, cit., p. 877.

42. Commissione Riccio – per la riforma del codice di procedura penale (27 luglio 2006) – *Relazione*, cit., § 15.

### 3 L'ATTUAZIONE DEL CONTRADDITTORIO NEL PROCEDIMENTO APPLICATIVO DELLE MISURE CAUTELARI

strumento processuale aureo è il contraddittorio tra le parti davanti al giudice imparziale da attuare prima dell'adozione della misura e non dopo, per evitare i troppo gravi rischi di pregiudizi, talora palesemente ingiusti, in cui non raramente sono incorsi, nella esperienza pratica italiana, i diritti fondamentali dei cittadini»<sup>43</sup>.

Il contraddittorio ha assunto il significato di principio politico guida, funzionale all'attività di *ius dicere*, intorno a cui ruotano in funzione servente le altre garanzie<sup>44</sup>. Si tratta di un valore primario di giustizia, il quale, sebbene possa doversi adeguare al momento procedurale nel quale si sviluppa<sup>45</sup>, imponendo un equilibrio tra differenti esigenze, riteniamo richieda al legislatore una attenta riconsiderazione degli interessi in gioco.

Al di là, infatti, di quanto la Costituzione consenta o non vieti, a nostro avviso, non ci si deve fermare a verificare il grado di compatibilità della disciplina vigente con le guarentigie costituzionali, ma occorre andare oltre, interrogandosi su come aumentare l'effettività di tali garanzie, nella consapevolezza che il diritto di difendere la libertà personale non costituisce un traguardo, bensì un'irrinunciabile base di partenza per un ordinamento civile<sup>46</sup>.

È in quest'ottica, che l'idea della funzione difensiva come diritto al confronto con la parte avversa in condizioni di parità va sostenuta come un'affermazione di principio, espressione di un dover essere. Essa va annoverata tra i c.d. "assiomi garantisti", i quali «non esprimono proposizioni assertive, ma proposizioni prescrittive; non descrivono ciò che accade, ma prescrivono ciò che deve accadere; non enunciano le condizioni che un sistema penale effettivamente soddisfa, ma quelle che esso deve soddisfare in aderenza ai suoi principi normativi interni e/o parametri di giustificazione esterna»<sup>47</sup>.

Allo stato attuale il contraddittorio è posticipato, innanzitutto, rispetto al provvedimento che dispone per la prima volta la misura cautelare. Analogamente, in tutti i casi in cui contro l'indagato/imputato sottoposto a misura cautelare sia richiesta la sostituzione *in pejus* della misura precedentemente applicata oppure il cumulo con altra misura più grave per effetto dell'aggravarsi delle esigenze cautelari o per la trasgressione da parte dell'imputato delle prescrizioni imposte; o ancora, nel caso del ripristino della custodia in carcere a seguito della scarcerazione dell'interessato per decorrenza dei termini. Queste situazioni, infatti, si è ritenuto siano accomunate dalla medesima *ratio*: l'incidenza sulla libertà personale dell'interessato e la presenza di qualche elemento di maggiore afflittività implicano che l'atto sia disposto "a sorpresa", analogamente al caso in cui si proceda all'applicazione di una misura nuova<sup>48</sup>; ciò, in quanto il carattere di imprevedibilità è considerato coesistente alla realizzazione della finalità cautelare dell'istituto<sup>49</sup>.

La decisione sulla misura cautelare è assunta, invece, in contraddittorio in sede di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo. Qui, lo stato di privazione della libertà dell'individuo fa venir meno il rischio di vanificazione delle esigenze cautelari, consentendo alla difesa di partecipare alla decisione sull'eventuale applicazione della misura. Peraltro, di recente, la stessa Corte di cassazione a Sezioni unite ha riconosciuto come non basti assicurare la presenza del difensore, occorrendo altresì garantire il diritto di quest'ultimo di prendere conoscenza degli atti che costituiscono la base tanto del

43. Commissione Riccio – per la riforma del codice di procedura penale (27 luglio 2006) – *Relazione*, cit., § 15.

44. Al riguardo, cfr. A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, cit., 29.

45. Ossia, «nel "diritto a contraddire" nella prospettiva funzionale richiesta dall'attività giurisdizionale esercitata in concreto: non è un limite, ma piuttosto l'adeguamento del diritto al momento procedurale nel quale si sviluppa, dove la peculiarità delle finalità tipiche richiede un equilibrio tra differenti esigenze» (Così A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, cit., p. 30).

46. Cfr. G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1265.

47. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 68.

48. C. cost., sent. 4-8 marzo 1996, n. 63, cit.

49. C. cost., ord. 17-24 giugno 1997, n. 200, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

giudizio di convalida che della decisione sulla eventuale richiesta di applicazione della misura cautelare nei confronti dell'arrestato o del fermato<sup>50</sup>. Si tratta di una conclusione che merita apprezzamento. Certo, rimangono alcuni ostacoli, sia di carattere normativo che applicativo, ad un effettivo esercizio del diritto di difesa (ad es., il difensore non può pretendere, né l'autorità giudiziaria può concedere, dilazioni ove risulti materialmente impossibile procedere alla copia di tutti gli atti richiesti entro le rigide scadenze previste per l'interrogatorio; non è detto, poi, che l'accusato abbia la possibilità di accedere agli atti posti a disposizione della difesa, né che possa consultarsi con il suo legale prima dell'interrogatorio)<sup>51</sup>. Tuttavia, ciò che ai nostri fini ci sembra meriti interesse sono le argomentazioni sostenute dai giudici. Nel richiamare la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, si è evidenziato, infatti, che, pur dovendosi riconoscere la necessaria modulabilità delle forme e dei contenuti con cui si articola il diritto di difesa, debba attribuirsi un'importanza centrale all'esercizio di tale diritto nell'ottica della attuazione del contraddittorio e del dinamismo della funzione giurisdizionale<sup>52</sup>; sicché, la conoscenza pregressa degli atti diventa «la base ineludibile sulla quale poter configurare un contraddittorio effettivo»<sup>53</sup>.

C'è da aggiungere che un'anticipazione dell'esercizio della funzione difensiva si registra a seguito di alcuni interventi legislativi. In particolare, la l. 16 luglio 1997, n. 234<sup>54</sup>, nel riformare l'art. 289 c.p., ha previsto che, nel corso delle indagini preliminari, quando il pubblico ministero richiede la misura interdittiva della sospensione da un pubblico servizio o ufficio, l'interrogatorio di garanzia dell'indagato deve precedere la decisione del giudice. Ma ancor più rilevante, in termini di tutela dell'esercizio del diritto di difesa, è la disciplina introdotta dall'art. 47 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231<sup>55</sup>, secondo cui per l'applicazione – quale misura cautelare – di una delle misure interdittive previste come sanzioni nei confronti degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, è necessario che la decisione venga assunta nel corso di un'udienza, e quando la richiesta è presentata fuori udienza, il giudice debba fissare un'udienza camerale a cui possano partecipare le parti in contraddittorio<sup>56</sup>.

---

50. Cass., sez. un., 30 settembre 2010, n. 36212, in *C.e.d. Cass.*, n. 247939. Tra i commenti alla sentenza, ad esempio, v. A. BASSI, *Interrogatorio di convalida e diritto della difesa di accesso agli atti*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 727; Z. DIONISIO, *Il diritto ad un contraddittorio anticipato nell'udienza di convalida quale garanzia di effettività del diritto di difesa dell'arrestato o fermato*, in *Giust. pen.*, 2011, III, p. 68; P. GAETA, *Il difensore ha diritto di consultare gli atti su cui si basa la richiesta di convalida del fermo. Le Sezioni Unite riaffermano l'importanza del diritto a un pieno contraddittorio*, in *Guida dir.*, 2010, n. 44, p. 80; M. PINNA, *Le incerte dinamiche della discovery cautelare nella convalida dell'arresto o del fermo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1792; G. VARRASO, *L'accesso agli atti prima della convalida dell'arresto o del fermo: tra illusione e realtà*, in *Processo penale e giustizia*, 2011, p. 74.

51. Al riguardo e più diffusamente v. G. VARRASO, *L'accesso agli atti prima della convalida dell'arresto*, cit., pp. 74 ss.

52. Il diritto di difesa – si legge – «deve essere inteso come potestà effettiva di assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti, così da far assumere a tale diritto un'importanza essenziale nel dinamismo della funzione giurisdizionale» (Cass., sez. un., 30 settembre 2010, n. 36212, cit.).

53. Cass., sez. un. 30 settembre 2010, n. 36212, cit.

54. L'introduzione di tale forma di contraddittorio, per così dire, anticipato è stata oggetto di alcune perplessità. Tra queste, degna di attenzione è la questione di legittimità costituzionale della disciplina per contrasto con il principio di eguaglianza e del diritto di difesa nella parte in cui prevede l'anticipazione dell'interrogatorio dell'indagato solo in caso di applicazione della misura *de qua* e non anche nel caso in cui si debba procedere alla applicazione di un'altra misura interdittiva o di una misura che incide direttamente sulla libertà personale; q.l.c. che la Corte costituzionale ha ritenuto infondata in ragione del fatto che la disposizione in esame amplia la sfera di garanzie – con particolare riguardo al diritto di difesa – dei soggetti in favore dei quali opera e pertanto non si pone in contrasto con gli invocati parametri costituzionali. Inoltre, poiché la *ratio* della disposizione sembra doversi rinvenire nell'esigenza di verificare anticipatamente che la sospensione dall'ufficio o dal servizio non rechi, senza effettiva necessità, pregiudizio alla continuità della pubblica funzione o del pubblico servizio, «la disciplina volta ad attuare tale esigenza rientra nel novero delle scelte discrezionali del legislatore, non sindacabili in sede di scrutinio di legittimità costituzionale, ove esercitate in modo non irragionevole» (C. cost., ord. 8-22 giugno 2000, n. 229, in *www.cortecostituzionale.it*). Sotto un altro profilo, invece, si è rilevata l'assenza di effettività della garanzia, visto il divieto, per la difesa, di accedere agli atti delle indagini in vista dell'interrogatorio preventivo (Sul punto, in particolare, v. E. MARZADURI, *Commento agli artt. 2 e 3 l. 234/97*, in *Leg. pen.*, 1997, p. 754).

55. Sul d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della l. 29 settembre 2000, n. 300*, ed in particolare, sul procedimento applicativo delle misure cautelari, fra gli altri, v. R. BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 267; G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 6 suppl., 119; G. GARUTI, voce *Responsabilità delle persone giuridiche (profili processuali)*, in *Enc. giur.*, Agg., vol. XXVII, Roma, 2002, p. 1; S. LORUSSO, *La responsabilità "da reato" delle persone giuridiche: profili processuali del d.lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2522; P. MOSCARINI, *Le cautele interdittive penali contro gli enti*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 1106; F. PERONI, *Il sistema delle cautele*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova, 2002, p. 243.

56. Il contraddittorio preventivo previsto per l'applicazione delle misure interdittive agli enti amministrativi accusati di un reato ha una doppia funzione,

Nonostante il tentativo del legislatore di calibrare esigenze di efficienza e di garanzia, il modo in cui è tutelato il diritto al contraddittorio della persona sottoposta a misura cautelare, quale espressione della funzione difensiva, non appare soddisfacente.

Diverse sono le considerazioni in chiave critica.

Prima considerazione. L'interrogatorio di garanzia non costituisce un reale momento di attuazione del contraddittorio in quanto non riproduce il rapporto triadico che ne rappresenta l'indefettibile presupposto<sup>57</sup>. La presenza del pubblico ministero è facoltativa, inoltre, il difensore occupa una posizione meramente passiva, dovendo limitarsi ad assistere all'interrogatorio condotto dal giudice, senza neanche la possibilità di suggerire domande. Non solo: la sostanziale indifferenza per le esigenze difensive si traduce nella mancata previsione del diritto ad ottenere anche un breve rinvio al fine di poter esaminare gli atti, produrre documenti e formulare richieste, in altri termini, per valorizzare adeguatamente il significato di garanzia dell'interrogatorio del giudice<sup>58</sup>; tanto da «chiedersi quanto tutto ciò sia coerente con un ordinamento, che dichiara di ispirarsi al sistema accusatorio ed alla dialettica tra le parti»<sup>59</sup>. Ad aumentare i dubbi in merito alla possibilità di considerare l'interrogatorio come un efficace strumento di tutela dell'esercizio della funzione difensiva vi è, poi, l'art. 104 c.p.p., che ammette la dilazione del colloquio tra difensore e imputato in stato di custodia cautelare quando ricorrono «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela»<sup>60</sup>. Un differimento che può protrarsi fino ad un massimo di cinque giorni dalla data di esecuzione della misura cautelare, rendendo dunque possibile che il primo incontro tra il difensore e il proprio assistito avvenga a ridosso o addirittura in occasione dello stesso interrogatorio, con «buona pace» della predisposizione di una adeguata strategia difensiva; in contrasto con quel diritto alla assistenza tecnica che l'interlocuzione con il legale dovrebbe tendere ad assicurare a tutela della inderogabile necessità di una partecipazione paritaria tra accusa e difesa<sup>61</sup>. Ma soprattutto, manca l'obbligo da parte del giudice di esprimersi sulle argomentazioni difensive addotte in occasione dell'interrogatorio, e questo è il segno più tangibile della differenza tra il ruolo svolto dall'interrogatorio e il contraddittorio come momento di «ascolto» del dialogo delle parti<sup>62</sup> utile al giudice per assumere una decisione più con-

---

difensiva e collaborativa insieme, in dipendenza del tipo di valutazione e di accertamento richiesti al giudice. Si tratta di un modello definito liberistico e congeniale allo stile accusatorio, lasciando alle parti la scelta su come e quando difendersi e la cui flessibilità ben si adatta alle diverse funzioni assegnate al contraddittorio. Del resto, in questi casi, non occorre preoccuparsi di prevedere meccanismi processuali volti a salvaguardare l'effetto a sorpresa. Ciò, in quanto non solo nei confronti dell'ente non valgono le esigenze cautelari del pericolo di fuga e dell'inquinamento probatorio, ma anche perché l'incontro delle parti davanti al giudice è funzionale a fare acquisire una serie di informazioni al giudice utili per la stessa decisione cautelare soprattutto con riferimento ad esiti che possono portare ad una sospensione dell'applicazione delle misure (G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2ª ed., a cura di G. LATTANZI, Milano, 2010, p. 546). È, invece, controversa la possibilità che nel procedimento applicativo delle misure cautelari interdittive *de quo* trovi spazio la celebrazione dell'interrogatorio ex art. 294 c.p.p., atteso che, in questo caso, si ritiene sufficiente la garanzia offerta del contraddittorio anticipato, e un inutile appesantimento processuale la previsione di un successivo interrogatorio (G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 130; *contra*, L. PRIMICERIO, *Profili applicativi del procedimento cautelare in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1297).

57. M.L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato*, cit., p. 879; A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006, p. 607.

58. In questi termini v. E. MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, in AA.VV., *Il giusto processo, tra contraddittorio e diritto al silenzio. Commento alla legge 1 marzo 2001 n. 63 aggiornato alle decisioni costituzionali n. 32 e n. 36 del 2002*, a cura di R.E. KOSTORIS, Torino, 2002, p. 262.

59. E. MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, cit., p. 262.

60. Come rileva E. MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, cit., p. 263, «la genericità della formula ha favorito un'applicazione della disposizione che è andata assai al di là delle ipotesi in cui è stato individuato un concreto pericolo di collusione, tanto da legittimare l'amara conclusione di chi ravvisa la reale «vocazione dell'istituto in una sostanziale compressione delle garanzie individuali». Il riferimento è a L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, p. 154.

61. A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, cit., p. 357, la quale evidenzia come «Il riconoscimento del diritto all'interlocuzione con il legale consentirà al soggetto di giovare di quella competenza tecnico-giuridica che non possiede e, contestualmente al difensore di esplicitare il suo ministero con pienezza e tempestività. Sotto questo profilo, dunque, pare che il legislatore sia consapevole del fatto che all'interrogatorio – pur sempre strumento di pressione psicologica determinata dallo *status detentionis* – deve fare da contrappeso un rapporto immediato e diretto del soggetto ristretto con il professionista di fiducia, al fine di concordare le strategie difensive da adottare in quella sede».

62. M. CHIAVARIO, *Commento all'art. 6*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 172, definisce l'«ascolto» delle ragioni delle parti il nucleo elementare di quel «contraddittorio» considerato come uno degli elementi essenziali del *procès équitable*; nonché v. L. GIULIANI, voce *Interrogatorio di garanzia*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, 762.

sapevole ed imparziale<sup>63</sup>. Sotto questo profilo, peraltro, la disciplina in esame non pare rispettare nemmeno i canoni fissati dall'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, riguardo al diritto di ogni persona detenuta o arrestata di essere tradotta al più presto dinanzi ad un giudice e di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere posta in libertà durante l'istruttoria. Diritto che la Corte europea di Strasburgo ha meglio specificato, chiarendo che il limite temporale è di quattro giorni e sei ore<sup>64</sup> e che, a seguito dell'incontro con il giudice (a cui, però, non necessariamente deve essere presente il difensore), questi deve valutare nel merito tutti gli elementi favorevoli e contrari alla detenzione, motivando l'eventuale provvedimento di conferma della misura coercitiva<sup>65</sup>. Con il risultato che – come ha messo in luce parte della dottrina<sup>66</sup> – l'Italia rischia una duplice condanna: per violazione del limite temporale ove l'interrogatorio venga fissato poco prima dello scadere del quinto giorno di detenzione (e quindi oltre il termine di quattro giorni e sei ore), nonché – per il profilo che qui interessa – per violazione del modello procedimentale, in quanto l'art. 294, comma 3, c.p.p., non prevede che il giudice debba emettere un provvedimento motivato di conferma dell'ordinanza cautelare, essendo regolata solo l'eventuale decisione di revoca della misura.

Né può ritenersi soddisfacente che il *deficit* di tutela del diritto di difesa possa essere compensato dal recupero del diritto al contraddittorio in sede di riesame. Il riesame, invero, rientra tra i mezzi di impugnazione e «costituisce espressione di un altro connotato fondamentale del fenomeno giurisdizionale penale, consistente nell'esigenza che i provvedimenti pregiudizievoli per l'imputato non siano sottratti alla possibilità di controllo anche nel merito da parte di un altro giudice»<sup>67</sup>. Altro è garantire all'interessato il diritto di difendersi al fine di evitare l'applicazione di una misura cautelare o di aiutare il giudice a scegliere la misura più adeguata (sempre considerando il ricorso alla custodia cautelare come l'*extrema ratio*); altro, è consentire la sindacabilità, sotto il profilo della legittimità e del merito, del provvedimento cautelare.

Perplexità che non possono che aumentare alla luce dell'orientamento affermato in giurisprudenza secondo cui la decisione impugnata e quella di controllo rappresentano elementi solo formalmente distinti di una fattispecie complessa e unitaria, a formazione progressiva<sup>68</sup>; rientrando, così, nel potere-dovere del tribunale del riesame integrare, con la propria, la motivazione carente del provvedimento originario e con la possibilità di confermare la decisione anche per ragioni diverse da quelle indicate<sup>69</sup>. Il

---

63. Ed invero, non è previsto che il giudice debba adottare un provvedimento *ad hoc*, a conferma della decisione già adottata e motivando specificamente sulla irrilevanza delle doglianze difensive (L. GIULIANI, *Gli incidenti di libertate tra diritto di difesa e ragionevole durata*, Relazione tenuta in occasione della presentazione dei risultati della ricerca condotta grazie al finanziamento del MIUR al Convegno dal titolo *Le impugnazioni penali nel prisma del giusto processo. Ricordando Vittorio Grevi*, 6-7 maggio 2011, Bologna, dattiloscritto, p. 44, in [www.unibo.it/Portale/Ricerca/ImpugnazioniPenali.htm](http://www.unibo.it/Portale/Ricerca/ImpugnazioniPenali.htm)).

64. Per l'affermazione di tale principio cfr. Corte e.d.u., 29 novembre 1988, Brogan c. United Kingdom, § 62, che, in materia, rappresenta un *leading case*; più di recente, ad esempio, v. Id., 23 novembre 2010, Moulin c. France, § 61, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

65. Corte e.d.u., 18 febbraio 1999, Hood c. United Kingdom, § 60, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

66. In questi termini e per ulteriori approfondimenti v. O. MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea. Profili del processo penale nella Costituzione Europea*, a cura di M.G. COPPETTA, Torino, 2005, p. 63.

67. M.L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato*, cit., p. 881.

68. In tal senso, in particolare, v. Cass., sez. un., 17 aprile 1996, Moni, in *C.e.d. Cass.*, n. 205257; nonché, Id., sez. VI, 6 maggio 2003, *ivi*, n. 226517; Id., sez. II, 23 gennaio 1998, Trimboli, *ivi*, n. 212768.

69. Secondo una giurisprudenza ormai consolidata «in tema di motivazione dei provvedimenti sulla libertà personale, l'ordinanza applicativa della misura e quella che decide sulla richiesta di riesame sono tra loro strettamente collegate e complementari, sicché la motivazione del tribunale del riesame integra e completa l'eventuale carenza di motivazione del provvedimento del primo giudice e, viceversa, la motivazione insufficiente del giudice del riesame può ritenersi integrata da quella del provvedimento impugnato, allorché in quest'ultimo siano state indicate le ragioni logico-giuridiche che, ai sensi degli artt. 273, 274 e 275 c.p.p., ne hanno determinato l'emissione» (Cass., sez. un., 17 aprile 1996, Moni, cit.). Ed ancora: «atteso l'effetto interamente devolutivo che caratterizza il riesame delle ordinanze applicative di misure cautelari, deve ritenersi che il tribunale del riesame, cui è conferito il potere di annullare, riformare o confermare il provvedimento impugnato anche per ragioni diverse da quelle in esso indicate, possa sanare, con la propria motivazione, le carenze argomentative di detto provvedimento, pur quando esse siano tali da dar luogo alle nullità, rilevabili d'ufficio, previste dall'art. 292, comma 2, lett. c e c bis, c.p.p.» (in questi termini, *ex plurimis*, più di recente, v. Cass., sez. VI, 16 gennaio 2006, Pupuleku, in *C.e.d. Cass.*, n. 233499). Sul punto, per tutti, si rimanda alla approfondita analisi critica di M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993, pp. 191 ss., il quale evidenzia l'assoluta fragilità della tesi sulla motivazione integratrice del tribunale del riesame, sostenendo, in particolare, che ciò «significhi non solo alterare sostanzialmente i connotati dell'istituto, ma soprattutto sacrificare, in nome di un malinteso (e mal riposto) senso di economia processuale, principi fondamentali della Carta costituzionale che, a ben vedere, esprimono in quest'ambito garanzie davvero minime per l'imputato che dovrebbe pur

## 5 IL CONFRONTO CON L'ORDINAMENTO FRANCESE

rischio, infatti, è di deresponsabilizzare il giudice che dispone il provvedimento limitativo della libertà personale<sup>70</sup>, rinviando a quasi un mese dopo l'esecuzione della misura la verifica, sia pure in contraddittorio, sulla concreta esistenza delle condizioni giustificative del provvedimento. Un termine troppo lungo da far sopportare ad un individuo, presunto innocente, per vedere effettivamente tutelato il proprio diritto all'inviolabilità della libertà personale. Peraltro, se in seguito al riesame l'imputato finisce per conoscere i "veri" motivi per i quali è stata limitata al sua libertà personale, è vero anche che, dopo il riesame, non dispone più di un mezzo di controllo di merito sugli stessi, per sindacare la loro fondatezza in relazione agli elementi di prova che sono stati raccolti. A quel punto, può solo proporre ricorso per cassazione lamentando una violazione di legge<sup>71</sup>.

L'esercizio della funzione difensiva dovrebbe essere tempestivo e volto a tutelare nel modo più efficace, oltre che la libertà personale, l'onorabilità, gli affetti familiari e il lavoro di un individuo, specialmente, quando ancora sono da accertare i presupposti non solo per pervenire una condanna, ma addirittura per iniziare un processo, promuovendo l'azione penale.

È noto che sulla possibilità di attuare il contraddittorio nel procedimento di applicazione della misura cautelare, per compensare questo deficit di tutela del diritto di difesa, la dottrina si interroga da tempo<sup>72</sup>.

Si tratta di una scelta che indubbiamente presenta numerose difficoltà sotto il profilo pratico, che può determinare l'aumento di alcuni costi, in termini di impiego di risorse umane e materiali, e che, in particolare, richiede l'adozione di meccanismi volti ad impedire che l'imputato possa sottrarsi al provvedimento del giudice, alterando gli equilibri tra efficienza e garanzie.

Ciò nondimeno è una scelta che, al di là di tutto, impone di essere attentamente valutata. Se compito del legislatore e dell'interprete è attuare gli "assiomi garantisti", è opportuno verificare se le difficoltà sono insuperabili e se i costi sono davvero superiori ai benefici che nascono dal rispetto di regole e di valori fondamentali in uno Stato di diritto. Di certo va respinta la tendenza a far dipendere il mantenimento dello *status quo* da mera pigrizia intellettuale o dalla preoccupazione per le novità che impongono un cambiamento, anche dal punto di vista organizzativo o logistico, dei modi di gestire la vicenda cautelare da parte degli operatori del settore, innanzitutto: giudici, pubblici ministeri e avvocati.

Semmai, sposato un principio, occorre accertarsi che esso non rimanga o non risulti applicato in modo meramente formale, senza una reale attuazione della garanzia che esso intendeva tutelare. In questo caso, sì, non vale la pena introdurre cambiamenti e riforme che rischiano solo di indebolire la garanzia che ci si preoccupava di irrobustire, svelandone l'ineffettività.

---

sempre presumersi non colpevole sino alla condanna definitiva» (p. 202).

70. Si è osservato che una posizione di supplenza riconosciuta al tribunale della libertà, lungi dall'incentivare il rigore argomentativo del provvedimento *de libertate*, non farebbe che «accrescere la "tentazione", per l'ufficio emittente, di privilegiare l'urgenza della coercizione rispetto al consolidarsi delle ragioni che la dovrebbero supportare» (M. CERESA GASTALDO, *Il riesame*, cit., pp. 199-200).

71. In questi termini, in particolare, v. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 13<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, p. 452.

72. Sull'argomento, si veda, E. AMODIO, *Note sul futuribile delle misure cautelari personali*, in *Tavola rotonda. La disciplina delle misure cautelari personali*, cit., 374; M. FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante»*, cit., pp. 141 ss.; G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., pp. 1261 ss.; V. GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari personali*, in AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi, in memoria di G.D. Pisapia*, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Convegni di studio «Enrico De Nicola», Milano, 1997, pp. 114 ss.; G. ILLUMINATI, *Relazione*, cit., pp. 23 ss.; ID., *Ripartire dalla Costituzione*, cit., pp. 391 ss.; G. SPANGHER, *Relazione*, cit., pp. 43 ss.; E. ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale*, cit., pp. 72 ss.; nonché, M.G. AIMONETTO, *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Torino, 2002, pp. 139 ss.; A. ALBIANI, *Le misure cautelari personali: un equilibrio in divenire fra tendenze conservatrici e (non contenibile) spirito innovatore*, in *Tavola rotonda. La disciplina delle misure cautelari personali*, cit., p. 383; A. CONFALONIERI, *Il controllo giurisdizionale sulla custodia cautelare: esperienze italiana e francese a confronti*, Padova, 1996, pp. 32 ss.; M.L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato*, cit., p. 884; A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, cit., pp. 7 ss.; G. DI CHIARA, *Linee di sistema*, cit., pp. 248 ss.; L. GIULIANI, *Gli incidenti di libertate*, cit., pp. 40 ss.; A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, cit., pp. 626 ss.; C. MORSELLI, *Libertà personale, "giusto processo" e contraddittorio anticipato: prospettive de iure condendo*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 1302 ss.; G. RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa "possibile"*, *ivi*, 2006, pp. 1165.

In quest'ottica rappresenta un sicuro termine di confronto l'esperienza di altri ordinamenti che tali riforme hanno già realizzato, sperimentandone luci ed ombre. Il riferimento, in particolare, è al sistema francese, il quale, già a partire della legge n. 84-576 del 9 luglio 1984 *tendant à renforcer les droits des personnes en matière de placement en détention provisoire et d'exécution d'un mandat de justice*, prevede che la custodia cautelare sia disposta a seguito di un *débat contradictoire* tra il pubblico ministero e il difensore<sup>73</sup>. Tale impostazione, compiuta nel preciso intento di rafforzare le garanzie che accompagnano il collocamento in detenzione provvisoria – una volta introdotta – pur avendo la materia formato oggetto di diversi interventi legislativi, è stata mantenuta anche dalle riforme successive, a conferma del principio secondo cui la funzione difensiva si esplica nel contraddittorio. Il riferimento è, specialmente, alla legge n. 2000-516 del 15 giugno 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, che ha portato alla istituzione del *juge des libertés et de la détention* al quale è stata affidata la competenza a disporre la detenzione provvisoria e la proroga della stessa<sup>74</sup>. Si è trattato di una riforma – da taluni definita<sup>75</sup> – ambiziosa, avente come preciso intento quello di ridurre il ricorso alla detenzione in via cautelare e di rafforzare la presunzione d'innocenza sottraendo il potere di disporre la più grave forma di limitazione della libertà in via provvisoria al giudice istruttore, affidandola ad un organo terzo e imparziale, estraneo all'inchiesta e, dunque, meno condizionato<sup>76</sup>.

Il procedimento prevede che, ove ne ricorrano i presupposti, il pubblico ministero formuli la richiesta di applicazione della detenzione provvisoria al giudice istruttore, il quale, se la ritiene fondata (ritenendo, in particolare, sufficienti le obbligazioni derivanti dal c.d. controllo giudiziario), emette un'ordinanza motivata e la trasmette, insieme al *dossier* del procedimento e alla richiesta del pubblico ministero, al *juge des libertés et de la détention*. Alla luce degli elementi del *dossier* e dopo avere, se ritenuto utile, raccolto le osservazioni dell'interessato, il giudice informa quest'ultimo della sua intenzione di disporre la detenzione provvisoria e che egli ha il diritto di richiedere un termine per preparare la difesa. Nel caso in cui il soggetto non eserciti tale diritto, si procede immediatamente al *débat contradictoire*. L'udienza, salvo alcune eccezioni, è pubblica; vi partecipano il pubblico ministero, la persona *mise en examen* e il difensore, nominato d'ufficio o di fiducia. Al termine dell'udienza il giudice decide con ordinanza motivata, la quale, nell'ipotesi in cui è disposta la misura custodiale, deve indicare le ragioni dell'insufficienza del controllo giudiziario (alla stessa stregua dell'ordinanza del giudice istruttore che ha richiesto la misura). Ove l'indagato o il suo difensore chiedano un termine a difesa, il giudice non può disporre immediatamente la detenzione provvisoria, ma può disporre, con ordinanza motivata inappellabile, che il soggetto venga posto in

---

73. Al riguardo, fra gli altri, v. P. CHAMBON, *Analyse et réflexions sur la loi n° 84-576 du 9 juillet 1984, tendant à renforcer les droits des personnes en matière de placement en détention provisoire et d'exécution d'un mandat de justice*, in *JCP - La Semaine Juridique, Doctrine*, 1985, I, p. 3174; J. PRADEL, *La loi du 9 juillet 1984 sur le recul de la détention provisoire: un pas en avant utile?*, in *Recueil Dalloz, Chronique*, 1985, p. 7.

74. Tra i primi commenti alla riforma, ad esempio, v. C. GUERY, *Le nouveau juge des libertés et de la détention: premiers problèmes pratique*, in *Gazette du Palais, Journal*, 8-9 septembre 2000, 2; G. DI MARINO, *La réforme de la détention provisoire*, in *Rev. pénit. et de droit pén.*, 2000, p. 321; B. LAVIELLE-F. LEBUR, *Le juge des libertés et de la détention: béni-oui-oui ou terminator?*, in *Gazette du Palais, Journal*, 27-28 Juillet 2001, p. 3; F. LE GUNHEC, *Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Troisième partie: dispositions concernant la phase de jugement*, in *JCP - La Semaine Juridique, Édition Générale*, 2000, n. 28, p. 1351; M. LEMONDE, *Le juge des libertés et de la détention: une réelle avancée?*, in *Rev. sc. crim.*, 2001, p. 51; J. PRADEL, *Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution?*, in *Recueil Dalloz, Chroniques*, 2001, p. 1039.

75. In tal senso v. C. GUERY, *Le nouveau juge des libertés et de la détention*, cit., p. 2; M. LEMONDE, *Le juge des libertés et de la détention*, cit., p. 51.

76. Come ricorda anche M.G. AIMONETTO, *Le recenti riforme della procedura penale francese*, cit., p. 132, nota 36, riportando la ricostruzione di G. DI MARINO, *La réforme de la détention provisoire*, cit., p. 323 ss., la scelta del nome di tale giudice è stata oggetto di discussione e confronto nel corso dei lavori preparatori alla riforma, «qualificato dapprima “juge de la détention provisoire”, si sottolineò che tale appellativo presentava da un canto l'inconveniente di risultare poco valorizzante per il titolare del posto e d'altro canto “di cancellare con un tratto di penna” che l'autorità giudiziaria è anche garante delle libertà; peraltro attribuire al nuovo organo il nome di “juge des libertés” significava trascurare che ogni giudice può valersi di questo appellativo; la soluzione di adottare la locuzione “juge de la détention et de la liberté” significava porre i due stati sullo stesso piano, andando contro la filosofia di fondo della riforma; si pensò allora di ricorrere ad un giudice “innominato”, attraverso il riferimento al “magistrat mentionné à l'article 137-1 du code de procédure pénale”, infine prevalse la soluzione di attribuire al giudice di nuova creazione la qualifica di “juge des libertés et de la détention”, utilizzando per il primo termine il più promettente plurale ed evitando l'imbarazzo di porre *status libertatis* e *status detentionis* sullo stesso piano».

stato di detenzione per una durata determinata che non può in alcun caso eccedere il termine di quattro giorni feriali. Segue, poi, il *débat contradictoire*, secondo le caratteristiche sopra illustrate.

A ben vedere, dunque, il legislatore francese ha ritenuto rappresenti una maggiore garanzia per il prevenuto affidare la decisione sull'applicazione della detenzione provvisoria anziché ad un solo giudice al parere conforme di due giudici, subordinandola, cioè, ad un “*double regard*”<sup>77</sup>.

Per la verità, la riforma ha incontrato le perplessità della dottrina, che ha, sin dall'inizio, segnalato il rischio potesse trattarsi di un'innovazione inutile<sup>78</sup>, incapace di arginare il fenomeno del massiccio ricorso alla custodia cautelare in carcere e di rafforzare la presunzione di innocenza; ma che, soprattutto, non avrebbe offerto maggiori garanzie in termini di imparzialità del giudice, atteso che il *juge des libertés et de la détention* sarebbe stato comunque influenzato dal parere del giudice istruttore<sup>79</sup>. Pesa, in particolare, la limitata conoscenza degli atti da parte del primo, che in mancanza della possibilità di avere i tempi e i modi per giungere ad una visione approfondita e completa della vicenda, nella maggior parte dei casi, c'è la possibilità che finisca con il far affidamento sull'orientamento di chi, invece, l'inchiesta conosce bene<sup>80</sup>. In più, vi è il timore che l'idea del “*double regard*” possa indebolire ancor di più il giudice istruttore, il quale potrebbe sentirsi deresponsabilizzato proprio dal fatto che tale decisione necessiti l'approvazione del *juge des libertés et de la détention*. Non solo: si corre il rischio che ciascuno dei due giudici possa apparire come non responsabile per le decisioni assunte<sup>81</sup>.

## 6

### LE JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION: L'APPARENZA DI UNA GARANZIA

Alcuni di questi timori sono stati confermati nel c.d. Rapporto d'Outreau, redatto dalla Commissione d'inchiesta, di nomina parlamentare, istituita con il compito di *rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*<sup>82</sup>. Si tratta di un rapporto molto articolato, da cui emerge che il *juge des libertés et de la détention* non è che una garanzia apparente. Descritto come uno “spettatore episodico del *dossier*”, si è segnalato come questo giudice abbia finito spesso per condurre un contraddittorio monco o artificiale che ha dato luogo, nella maggior parte dei casi, ad una conferma di quanto richiesto dal *parquet* e dal giudice istruttore<sup>83</sup>. Le ragioni per cui il dibattito è “monco” derivano dall'orientamento secondo cui il giudice non è in grado di conoscere i fatti e dunque l'essenza del *dossier*<sup>84</sup>. Con il risultato che il *juge des libertés et de la détention* è apparso

77. Il legislatore del 2000 ha insistito molto su questa idea del *double regard*, ossia sull'idea secondo la quale per privare una persona della sua libertà, occorre l'esame di due magistrati, mentre ne basta uno per rimetterlo in libertà (In questi termini v. ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport n. 1468, XI<sup>e</sup> Législature, *Rapport sur le projet de loi (1079) renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes* (Mme Christine Lazerges), in [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr)).

78. J. PRADEL, *Les persone suspectes*, cit., p. 1045.

79. Sul punto, ad esempio, cfr. M.G. AIMONETTO, *Le recenti riforme della procedura penale francese*, cit., p. 134; B. DE LAMY, *Le juge des libertés et de la détention: un trompe d'œil?*, in *Droit pénal*, 2007, pp. 9 ss.; H. MATSOPOULOU, *Le juge des libertés et de la détention: un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire?*, in *Recueil Dalloz, Chronique*, 2008, n° 22, p. 1495.

80. C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, 2001, p. 69.

81. J. PRADEL, *Les persone suspectes*, cit., p. 1046.

82. *L'affaire d'Outreau*, assai famoso in Francia per l'ondata emozionale e mediatica provocata, trae il proprio nome dal luogo in cui si sono svolti i fatti che hanno portato all'accusa e all'incarcerazione di diciassette persone per reati di pedofilia, poi completamente scagionate. In particolare, di tredici imputati, sempre dichiaratisi innocenti, sette sono stati assolti in primo grado, sei in appello, dopo avere trascorso molti mesi – alcuni addirittura fino a tre anni – in *status detentionis* (in totale hanno trascorso in detenzione provvisoria più di venticinque anni). Il caso, definito un “disastro giudiziario”, ha messo sotto inchiesta l'intero sistema giudiziario francese e ha portato alla formulazione di una serie di proposte di riforma, alcune delle quali sono ancora oggi in discussione. Tra i vari temi, un'analisi particolareggiata è stata dedicata alla disciplina della detenzione provvisoria anche in vista di una riforma della fase istruttoria e del ruolo del giudice titolare dell'inchiesta. Per maggiori approfondimenti si rinvia a ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport n. 3125, XII<sup>e</sup> Législature, *Rapport fait au nom de la Commission d'Enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, in [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr).

83. In tal senso cfr. ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport n. 3125, cit., p. 224.

84. Si ritiene che «*Il en a connaissance, naturellement, mais on ne peut pas en débattre avec la personne mise en examen ni avec son avocat. Il est évident*

come «un juge privé, de par la loi, de la possibilité de prendre une décision pleinement éclairée, du fait qu'il lui est impossible de poser des questions relatives aux faits à la personne mise en examen»<sup>85</sup>.

In verità, quest'analisi non è unanimemente condivisa, atteso che l'art. 145 *code de procédure pénale* – si è osservato<sup>86</sup> – prevede che il giudice decide «au vu des éléments du dossier», il che significa che deve conoscere quest'ultimo. Inoltre, questa prassi di non esaminare il contenuto del *dossier* non è comune a tutti i giudici. Semmai il problema deriva dal fatto che sovente essi si sono trovati ad operare in situazioni d'urgenza e, peraltro, dopo una giornata trascorsa ad occuparsi di altre questioni. Incarichi affidati, infine, a magistrati che spesso, contrariamente alle intenzioni del legislatore del 2000, sono risultati privi di esperienza e di una conoscenza approfondita del diritto e della procedura penale.

A suscitare le maggiori perplessità sono stati il fatto che il *juge des libertés et de la détention* intervenisse «en bout de chaîne» e fosse privo di poteri in materia istruttoria, non potendo sollecitare l'acquisizione di altro materiale probatorio. Il che, unitamente alla mancanza di tempo per una conoscenza approfondita degli atti, ha reso la sua funzione priva di quel significato di garanzia che si voleva perseguire<sup>87</sup>.

Queste sono solo alcune delle critiche rilevate dal *Rapport d'Outreau*. Ci sarebbe, infatti, ancora tanto da aggiungere; si pensi, ad esempio, alla denunciata assenza di una reale cultura del controllo, dovuta ad un diffuso *suivisme judiciaire*. Con questo risultato: «la tentation pour l'acteur de la chaîne judiciaire, qui intervient dans la procédure de confirmer purement et simplement la position de son prédécesseur par confort intellectuel ou par manque de temps»<sup>88</sup>. Quel che però preme qui rilevare – come si è anticipato – è che nel corso del dibattito non è stata avanzata alcuna proposta in ordine alla eliminazione del confronto delle parti davanti al giudice che decide sulla applicazione della misura; al contrario, il punto è stato quello di individuare dei meccanismi che capaci di rendere questo contraddittorio meno artificiale, garantendo un più agevole accesso della difesa al *dossier*, ma soprattutto assicurando un controllo più effettivo da parte del giudice.

L'affaire d'Outreau, in particolare, ha evidenziato l'esigenza di avviare una nuova riflessione sulla titolarità dell'inchiesta e sul ruolo di garanzia offerto in questa fase dall'organo giurisdizionale, soprattutto allorché si procede alla applicazione della disciplina della detenzione provvisoria. E poiché molti erano stati gli errori addebitati ai diversi magistrati che si erano succeduti nella conduzione delle indagini e si erano trovati a gestire le vicende cautelari, è stato inevitabile interrogarsi sul mantenimento della figura del giudice istruttore.

Un tema già più volte discusso che, nel rivitalizzarsi, ha portato alla luce la proposta a suo tempo avanzata dalla Commissione affidata alla prof.ssa Delmas-Marty<sup>89</sup> con cui

---

qu'au moment du débat, ces faits vont être rapidement rappelés et abordés, mais toujours au soutien des arguments qui seront présentés par le parquet pour solliciter la mise en détention». Anche secondo il Procureur de la République M. Gérard Lesigne «le débat dans le cabinet du JLD est extrêmement artificiel. Du point de vue du parquet, le fond ne peut pas être abordé. On est privé de l'essentiel du débat, qui devrait porter sur le contenu du dossier. On fait simplement le constat des conditions de la détention. C'est dramatique. Ce serait une faute que d'aborder le fond: la loi nous l'interdit».

85. ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport n. 3125, cit., p. 225.

86. Per questi rilievi v. ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport n. 3125, cit., pp. 222 ss.

87. A suscitare perplessità, inoltre, è la circostanza che il *juge des libertés et de la détention* finisce con avere un contatto con il detenuto solo nel corso dell'udienza in cui si decide sulla applicazione o sulla proroga della misura della detenzione provvisoria, per il resto è privato di quell'insieme di sensazioni che nascono dal contatto con l'interessato e che sono particolarmente importanti nel corso dell'interrogatorio condotto dal giudice istruttore, a cui egli non può assistere e del cui contenuto potrà conoscere solo attraverso la lettura del *dossier*. Con questo risultato: il giudice è «dépourvu de sensations» *trop seul face à son "dossier papier"* (ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport n. 3125, cit., p. 270).

88. ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport n. 3125, cit., pp. 277 ss.

89. La commissione *Justice pénale et Droits de l'homme*, fu costituita il 19 ottobre 1988 dal Ministro della giustizia Pierre Arpaillange e affidata alla prof.ssa Mireille Delmas-Marty con il compito di svolgere una riflessione d'insieme sulla procedura penale francese, con una attenzione particolare rivolta alla fase preparatoria del giudizio. I lavori si sono conclusi nel giugno del 1990 con la presentazione di una relazione finale (Cfr. COMMISSION JUSTICE PÉNALE ET DROITS DE L'HOMME, *Rapports. La mise en état des affaires pénales*, in [www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr); nonché, fra gli altri, M. CHIAVARIO, *La*

si puntava alla eliminazione del *juge d'instruction*<sup>90</sup>. Una strada, dunque, simile a quella percorsa in altri ordinamenti, come l'Italia, che hanno abbandonato l'ideologia di tipo inquisitorio, simbolizzata dal giudice istruttore, per attuare un modello processuale di tipo accusatorio. Un'idea, questa, che però non ha trovato molti consensi<sup>91</sup>, vista la ferma convinzione che il giudice istruttore sia parte della tradizione giuridica del sistema francese e che la sua eliminazione non avrebbe risolto le cause dei *dysfonctionnements de la justice*<sup>92</sup>. Cause, dunque, che ad avviso della Commissione d'Outreau, dovevano essere affrontate diversamente. I suggerimenti, al riguardo, sono stati diversi: puntare su una maggiore esperienza dei giudici cui affidare questioni delicate come quelle sulla libertà personale; eliminare il *double regard* in fase applicativa, valutando l'opportunità di tornare sui propri passi e di ridimensionare le funzioni del *juge des libertés et de la détention*<sup>93</sup>, puntare sulla collegialità dell'istruzione<sup>94</sup>.

La scelta del legislatore francese, alla fine, è stata quella di indirizzarsi verso un ampliamento delle conoscenze del *juge des libertés et de la détention* e, soprattutto, verso la trasformazione in organo collegiale dell'organo titolare dell'*instruction*. Una via, dunque, che si pone in linea con quella adottata sin dal 2000, secondo cui, per meglio tutelare la presunzione di innocenza e limitare i rischi di errore e di abuso nel ricorso alla carcerazione preventiva, è necessario un *double regard*. È rimasta ferma, inoltre, la centralità del contraddittorio.

Queste, in particolare, le tappe principali della riforma: nel 2007, con legge n. 2007-291 del 5 marzo, *tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale*, al *juge des libertés et de la détention* è stato attribuito il potere di decidere d'ufficio di disporre con ordinanza motivata la detenzione provvisoria per una durata massima di quattro giorni (feriali), termine entro il quale deve essere celebrata l'udienza in contraddittorio; ciò, quando sia utile per consentire al giudice istruttore di accertare la situazione personale dell'accusato o i fatti che gli sono addebitati, allorché queste verifiche possono permettere di sottoporre l'interessato al controllo giudiziario<sup>95</sup>. Il fine è di consentire al giudice di giungere alla decisione con cognizione di causa, acquisendo ulteriori elementi di conoscenza; ma solo in un'ottica di *favor rei*, essendo escluso che la limitazione della libertà

---

soppressione del *juge d'instruction* nel progetto Delmas-Marty, in *Ind. pen.*, 1993, pp. 320 ss.).

90. L'invito, in altri termini, ad una svolta in senso accusatorio, con l'attribuzione della titolarità dell'inchiesta al *parquet* (con l'aiuto della polizia giudiziaria), dotato di garanzie di indipendenza; l'adozione del principio di parità di armi, con conseguente riconoscimento di nuove prerogative alla difesa, nonché l'introduzione di un *juge de l'instruction* per trattare le questioni giurisdizionali e decidere sull'adozione di misure che incidono sulle libertà fondamentali (come ad esempio, per le decisioni in materia di detenzione provvisoria o di perquisizioni o intercettazioni telefoniche). (Al riguardo, ad esempio, v. D. SALAS, *L'évolution des libertés publiques. La suppression du juge d'instruction: renforcement ou affaiblissement des libertés?*, in *Cahiers Français*, 2010, 44). L'idea, in particolare, non è l'eliminazione del giudice istruttore ma una redistribuzione dei suoi poteri. Questa idea è stata riproposta nel c.d. Rapport Leger, *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, trasmesso il 1° settembre 2009 al Presidente della Repubblica e al Primo Ministro francesi, in [www.documentationfrancaise.fr](http://www.documentationfrancaise.fr) (Il Comitato è stato nominato con il compito di riflettere sulle misure adatte per ridare ai codici penale e di procedura penale coerenza e garantire che questi codici rinnovati potessero rispondere alle esigenze di una lotta più efficace contro tutte le forme di delinquenza nonché ad un rafforzamento dei diritti degli accusati e delle vittime), ove si suggeriva di sopprimere il giudice istruttore e di attribuire la competenza a decidere sulla applicazione della misura della detenzione provvisoria sempre al *juge des libertés et de la détention*, ma prevedendo che su richiesta dell'interessato, la decisione venisse assunta da un organo collegiale, da convocare entro quarant'otto ore (spec. p. 24).

91. Per tutti, v. J. PRADEL, *Outreau: dossier spécial – Le point de vue de l'universitaire*, in *Rev. pénit. et de droit pén.*, 2006, pp. 365 ss., spec. p. 368.

92. Semmai – si è detto – ne avrebbe introdotto altre, come il rischio di ottenere piuttosto che “una verità”, “due semiverità”. Né, del resto – si è detto –, i sistemi di tipo anglosassone sono esenti dal verificarsi errori giudiziari. Sicché, pur nella consapevolezza della imperfezione del sistema, è prevalsa l'opinione che fosse meglio mantenere l'esistente, pur apportando dei correttivi (sul punto, in particolare, cfr. ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport n. 3125, cit., pp. 337 ss.).

93. ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport n. 3125, cit., pp. 343 ss. I lavori della Commissione a proposito del mantenimento o della trasformazione del ruolo del *juge de les libertés et de la détention* non avevano dato luogo a posizioni comuni. Ed invero, nel Rapporto si legge «Par conséquent, à l'instar de ses conclusions relatives au juge d'instruction, la commission est favorable à la suppression du JLD juge seul, exerçant occasionnellement cette fonction, appelé à se prononcer en bout de chaîne, tardivement et confirmant plus de 90 % des demandes qui lui sont adressées. À ce juge, la commission préfère un examen collégial du contentieux de la détention provisoire par un collège de l'instruction dont elle propose la création. Pour leur part, les commissaires socialistes souhaitent le maintien du JLD, estimant qu'il a constitué une grande avancée de la loi du 15 juin 2000 en permettant d'instaurer un “double regard” sur la mise en détention provisoire. Ils soulignent qu'à Paris, où la fonction de JLD est exercée par des juges dédiés, elle donne la pleine mesure de son utilité car les magistrats ont le temps et les moyens d'exercer leurs missions» (p. 352).

94. ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport n. 3125, cit., pp. 353 ss.

95. In mancanza di un *débat* entro questo termine la persona deve essere rimessa in libertà *ex officio*. L'ordinanza è suscettibile di ricorso *ex art. 187-1 code de procédure pénale*. Sul punto, altresì, cfr. le osservazioni di J. PRADEL, *La loi du 9 juillet 1984*, cit., p. 9.

in via cautelare possa essere disposta per assumere ulteriori informazioni finalizzate alla applicazione della detenzione provvisoria. Nell'ottica di tutela del contraddittorio si è, poi, prevista come obbligatoria la presenza del difensore; se l'avvocato di fiducia non può essere presente, è sostituito da un avvocato designato d'ufficio.

Con la legge n. 2009-526 del 12 maggio 2009 *de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*, invece, si è introdotta la collegialità del giudice istruttore. Ai sensi dell'art. 83, il *collège de l'instruction* esercita le prerogative affidate al *juge d'instruction* dal codice. L'istruttoria (*instruction* o *information*) è affidata ad un collegio composto da tre giudici d'istruzione, di cui un magistrato di primo grado con la funzione di presidente. Le decisioni di *mise en examen*, di concessione dello statuto di testimone assistito ad un accusato, di sottoposizione alla misura del controllo giudiziario, di rinvio al *juge des libertés et de la détention* e di rimessione in libertà *ex officio*, nonché gli avvisi di conclusione della fase istruttoria, le *ordonnances de règlement* e di non luogo devono essere adottate collegialmente; gli altri atti possono essere delegati ad uno dei giudici che compongono il collegio.

Ne consegue che secondo la nuova formulazione dell'art. 145 *code de procédure pénale*, è il *collège de l'instruction* a richiedere al *juge des libertés et de la détention* l'applicazione della detenzione provvisoria. Nel rapporto d'Outreau, a dire il vero, si auspica la attribuzione ad un *collège de l'instruction* la competenza a disporre la detenzione provvisoria sostituendo un "triple regard", collegiale. La scelta, tuttavia, come si è detto, è stata di non rinunciare alla figura del *juge des libertés et de la détention*, mantenendo il *double regard*, ma affidando a tre giudici piuttosto che ad uno la valutazione della sussistenza dei presupposti di applicazione di una misura privativa della libertà personale e delle ragioni per cui non è sufficiente il controllo giudiziario, nella convinzione che la collegialità permetta di ridurre il rischio di errore.

Per questa parte, la riforma, tuttavia, non è ancora entrata in vigore: la mancanza di risorse economiche e le difficoltà tecniche legate ad una riorganizzazione degli uffici hanno portato a rimandarne l'attuazione, dapprima posticipandone l'entrata in vigore al 1° gennaio 2011 e, successivamente, con legge n. 2011-1862 del 13 dicembre 2011 *relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures judiciaires*, al 1° gennaio 2014, data in cui le competenze del giudice istruttore saranno affidate all'organo collegiale.

## 8

### UNA DELLE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE PROVVISORIA: IL RICORSO ALLA SORVEGLIANZA ELETTRONICA

Le condizioni di sovraffollamento delle carceri e in particolare delle *maisons d'arrêt* rappresentano un problema delicato che in Francia costituisce da anni l'oggetto di un acceso dibattito<sup>96</sup>. Peraltro, a pagare per il degrado della condizione carceraria sono proprio i detenuti in attesa di giudizio, il cui stato, paradossalmente, appare peggiore di quello dei condannati che si trovano in uno degli *établissements pour peine*, in aperto contrasto, anzitutto, con il principio della presunzione di innocenza. Molte sono le ragioni di carattere pratico che determinano questa ingiustificata e inaccettabile situazione, tra queste, vi è il fatto che è più facile far sopportare una condizione di degrado e di sofferenza ad una popolazione carceraria che, a causa della provvisorietà della misura, cambia spesso, rispetto a chi tale detenzione deve affrontare più a lungo e stabilmente in seguito ad una condanna definitiva<sup>97</sup>. Con il risultato che poiché gli ingressi e le uscite

96. Gli effetti della sovrappopolazione carceraria sono numerosi, tra questi, assai preoccupante, è l'aumento della violenza tra detenuti o le azioni di autolesionismo (vedi SÉNAT, Rapport de commission d'enquête n° 449, cit., pp. 120 ss.; nonché, di recente, si vedano le considerazioni contenute in Corte e.d.u., 20 ottobre 2011, Stasi c. France, § 50, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int). Cfr., inoltre, i rilievi preliminari del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti in seguito alla visita in Francia del 2010, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 28 novembre au 10 décembre 2010*, Strasbourg 19 avril 2012, in [www.cpt.coe.int](http://www.cpt.coe.int))

97. *Les conditions de détention et la durée font que la population pénale y est beaucoup plus difficile et qu'elle change moins. Il faut y préserver des conditions de détention correctes alors que, dans les maisons d'arrêt, le turn-over permet de supporter des conditions de détention beaucoup plus difficiles sans explosion*

sono più frequenti nelle *maisons d'arret* e i rischi di tumulti preoccupano meno «*les prévenus deviennent la variable d'ajustement du système carcéral français*»<sup>98</sup>.

Con il risultato che, poiché per migliorare tale situazione non è possibile prescindere dalla riduzione della popolazione carceraria, il legislatore con la legge n. 2009-1436 del 24 novembre 2009 *pénitentiaire*<sup>99</sup>, è nuovamente intervenuto sulla materia della libertà personale, prevedendo, in alternativa alla detenzione provvisoria, la permanenza domiciliare con sorveglianza elettronica<sup>100</sup>. Misura applicabile a tutti gli accusati quando il controllo giudiziario appare insufficiente; essa è cumulabile con un eventuale controllo giudiziario e può essere ordinata, con il consenso o a domanda dell'interessato, dal giudice istruttore o dal *juge des libertés et de la détention* se la persona accusata può incorrere in una pena *d'emprisonnement correctionnel* di almeno due anni o in una pena più severa. In questo caso il *juge des libertés et de la détention* decide dopo un'udienza in contraddittorio, conformemente all'art. 145 *code de procédure pénale*<sup>101</sup>. Con ciò si è arricchito il panorama decisionale dell'organo giudiziario, il quale, all'esito del dibattito in contraddittorio, sentito il prevenuto, può meglio calibrare la scelta della misura applicabile al caso concreto, riducendo – si auspica – i casi di ricorso alla detenzione provvisoria. È, del resto, in questa logica che, come si è visto, il *juge des libertés et de la détention* può disporre la detenzione dell'accusato per un tempo massimo di quattro giorni per permettere al giudice istruttore «*de procéder à des vérifications relatives à la situation personnelle du mis en examen ou aux faits qui lui sont reprochés*» (art. 145 *code de procédure pénale*).

In dottrina, si è espressa qualche perplessità in merito alla possibilità che questa legge – definita timida sotto tanti aspetti – possa realmente ridurre il problema della sovrappopolazione carceraria e migliorare le condizioni dei detenuti, in particolare, se in attesa di giudizio, nondimeno, a noi sembra, che vada apprezzato l'impegno dimostrato

---

(...). *C'est une réalité pénitentiaire, car si l'on dépasse les normes dans les maisons centrales en mettant deux ou trois détenus par cellule, malgré un escadron de CRS, on ne tiendra pas longtemps l'établissement*» (SÉNAT, Rapport de commission d'enquête n° 449, cit., p. 115).

98. SÉNAT, Rapport de commission d'enquête n° 449, cit., p. 116.

99. La riforma del diritto penitenziario introdotta dalla legge n. 2009-1436 del 24 novembre 2009 *pénitentiaire*, va segnalata anche per altri aspetti. Tra questi, per la circostanza che, nel tentativo di migliorare le condizioni della condizione carceraria, specialmente della reclusione dei soggetti sottoposti a detenzione preventiva, ha ribadito il principio secondo cui l'imputato o l'accusato sottoposto a detenzione provvisoria ha diritto ad essere collocato in una *maison d'arrêt*; inoltre, ha rafforzato il diritto di tali soggetti ad essere sistemati in una cella individuale, limitando e specificando meglio le situazioni in cui, ex art. 716 *code de procédure pénale*, è possibile derogare a tale regola. Anche in questo caso, però, occorrerà attendere il 23 novembre del 2014 prima che quest'ultima disposizione entri in vigore.

100. Art. 142-5 *code de procédure pénale*: «*L'assignation à résidence avec surveillance électronique peut être ordonnée, avec l'accord ou à la demande de l'intéressé, par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention si la personne mise en examen encourt une peine d'emprisonnement correctionnel d'au moins deux ans ou une peine plus grave.*

*Cette mesure oblige la personne à demeurer à son domicile ou dans une résidence fixée par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention et de ne s'en absenter qu'aux conditions et pour les motifs déterminés par ce magistrat.*

Cette obligation est exécutée sous le régime du placement sous surveillance électronique, à l'aide du procédé prévu par l'article 723-8. Elle peut également être exécutée sous le régime du placement sous surveillance électronique mobile, à l'aide du procédé prévu par l'article 763-12, si la personne est mise en examen pour une infraction punie de plus de sept ans d'emprisonnement et pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru. Les articles 723-9 et 723-12 ainsi que, le cas échéant, les articles 763-12 et 763-13 sont applicables, le juge d'instruction exerçant les compétences attribuées au juge de l'application des peines».

Art. 723-8 *code de procédure pénale*: «*Le contrôle de l'exécution de la mesure est assuré au moyen d'un procédé permettant de détecter à distance la présence ou l'absence du condamné dans le seul lieu désigné par le juge de l'application des peines pour chaque période fixée. La mise en oeuvre de ce procédé peut conduire à imposer à la personne assignée le port, pendant toute la durée du placement sous surveillance électronique, d'un dispositif intégrant un émetteur. Le procédé utilisé est homologué à cet effet par le ministre de la justice. La mise en oeuvre doit garantir le respect de la dignité, de l'intégrité et de la vie privée de la personne.*

Art. 763-12 *code de procédure pénale*: «*Le condamné placé sous surveillance électronique mobile est astreint au port, pendant toute la durée du placement, d'un dispositif intégrant un émetteur permettant à tout moment de déterminer à distance sa localisation sur l'ensemble du territoire national.*

*Ce dispositif est installé sur le condamné au plus tard une semaine avant sa libération.*

*Le procédé utilisé est homologué à cet effet par le ministre de la justice. Sa mise en oeuvre doit garantir le respect de la dignité, de l'intégrité et de la vie privée de la personne et favoriser sa réinsertion sociale.*

101. Secondo l'art. 142-6 *code de procédure pénale*, così come modificato dalla legge n. 2009-1436 del 24 novembre 2009 *pénitentiaire*, «*L'assignation à résidence avec surveillance électronique est décidée par ordonnance motivée du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention, qui statue après un débat contradictoire conformément à l'article 145*».

9  
L'INTRODUZIONE DEL  
CONTRADDITTORIO C.D.  
ANTICIPATO NELL'ORDINAMENTO  
ITALIANO

in questi anni dal legislatore francese nel tentativo di rendere effettivi i principi della presunzione d'innocenza e del contraddittorio, così come espressi nell'*Article préliminaire* al codice di procedura penale introdotto dalla legge n. 2000-516 del 15 giugno 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, formulato in ossequio ai principi del *procès équitable*. Principi, com'è a tutti noto, enunciati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, intorno ai quali ruota anche la costruzione dell'identità dell'Unione europea.

Se l'Europa, infatti, è una "realtà" e «ha cessato di essere un sistema di alleanze per divenire una comunità di destini»<sup>102</sup>, appare chiaro che anche in un settore cruciale della vita di uno Stato, quale la giustizia penale, vi sia l'esigenza di garantire a tutti i cittadini dell'Unione europea un destino comune, rappresentato dal diritto di godere di un insieme di garanzie considerate fondamentali. Del resto, non vi è dubbio che il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo occupino un posto centrale nel processo di integrazione europea, atteso che non può che condividersi l'idea che l'unità europea non può essere compiutamente realizzata se non partendo dai diritti dell'individuo e dalla garanzia della loro salvaguardia<sup>103</sup>.

È noto che la custodia cautelare e il sovraffollamento delle carceri in uno Stato di diritto rappresentino temi di indiscutibile rilievo giuridico e politico. Così come è altrettanto chiaro che, se si vuole garantire a tutti i cittadini dell'Unione europea un destino comune, occorre che su tali materie gli Stati raggiungano risultati uniformi attraverso interventi volti anche ad avvicinare gli ordinamenti giuridici e a rafforzarne la reciproca fiducia. È pure in quest'ottica che può diventare d'interesse un'analisi di tipo comparato. Del resto, quando in Italia si discute dell'opportunità di introdurre un contraddittorio tra le parti al momento di applicazione della misura cautelare al fine di ridurre il ricorso alla custodia cautelare, di rafforzare il diritto di difesa e la presunzione di innocenza dell'imputato, è al sistema francese che si è spesso guardato come modello di riferimento.

Le modalità con cui realizzare un contraddittorio c.d. anticipato possono essere diverse, ma *in primis* richiedono di affrontare la medesima problematica: garantire che la misura risulti adeguata alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto, assicurando – ove necessario – l'effetto a sorpresa; obiettivo il cui raggiungimento impone di adottare un provvedimento limitativo della libertà personale di carattere provvisorio e urgente. Il che rende la procedura complessa e suggerisce, generalmente, di escludere tale procedimento per le misure meno gravi, riservandola solo alla custodia cautelare in carcere o, al più, agli arresti domiciliari<sup>104</sup>. La ragione è chiara: «è opportuno riservare la garanzia più incisiva ai casi di maggiore gravità, quando la libertà personale viene totalmente ristretta»<sup>105</sup>, anche perché sarebbe eccessivo consentire la coercizione fisica dell'imputato quando la misura di cui è richiesta l'applicazione non sia una misura custodiale»<sup>106</sup>.

L'idea potrebbe essere quella di adattare allo scopo uno degli istituti attualmente vigenti: il fermo o l'accompagnamento coattivo.

102. M. PISANI, *Il «processo penale europeo»: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, pp. 653-654.

103. Sul punto si veda il discorso tenuto da Teitgen (tratto da C. RUSSO-P.M. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, 2ª ed., Milano, 2006, p. 3) in occasione del Congresso del Movimento Federalista europeo del 1948 in cui si decise di nominare una Commissione incaricata di elaborare un primo progetto di Dichiarazione dei diritti dell'uomo e di istituzione di una Corte europea.

104. P. VIGNA, *Intervento*, in AA.VV., *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 88, in senso critico osserva che il discorso sul contraddittorio anticipato dovrebbe essere esteso a tutte le misure cautelari poiché, tanto per esemplificare, un danno enorme, ben più corposo di quello conseguente a qualche giorno di arresti in casa, può derivare ad un imprenditore che debba recarsi all'estero per seguire rapporti commerciali, dal divieto di espatrio, che è, pure, la più lieve, nella scala delle gradualità, fra le misure cautelari personali. Ma ciò creerebbe degli evidenti problemi di struttura legati a problemi anche di tipo organizzativo, come ad esempio le difficoltà connesse al fatto che spesso le persone sottoposte a misure cautelare abitano in luoghi diversi da quello ove ha sede il giudice competente per i reati per i quali si procede.

105. G. ILLUMINATI, *Relazione*, cit., p. 26.

106. G. ILLUMINATI, *Relazione*, cit., p. 27.

Nel caso di ricorso al fermo, si tratterebbe di estendere le ipotesi attualmente previste, facendone coincidere i presupposti con quelli relativi alla applicazione di una misura cautelare<sup>107</sup>. Al conseguente ampliamento del potere di applicare tale misura cautelare, però, corrisponderebbe un abbassamento dei livelli di garanzia nei confronti di questa modalità di coercizione, nonché un aumento dei poteri coercitivi del pubblico ministero. Una soluzione, questa, che ha suscitato molte perplessità in chi ritiene essa non vada propriamente nella direzione nella quale si vuol andare con una riforma come quella proposta<sup>108</sup>.

Più interessante appare la tesi che ruota sull'adozione del meccanismo dell'accompagnamento coattivo, magari optando per una denominazione diversa: ad esempio, "accompagnamento cautelare", così da sottolineare che si tratta di un provvedimento con connotazioni specifiche<sup>109</sup>. Sono proponibili modelli diversi, a seconda, in particolare, che il potere di disporre l'accompagnamento sia attribuito al pubblico ministero o al giudice.

A favore di una legittimazione del p.m. si adduce la convinzione che sia preferibile coinvolgere meno possibile il giudice così da evitare che questi esprima un giudizio anticipato<sup>110</sup>. Si è detto: «Invero, ogni qualvolta ci si trova davanti ad un giudizio, la difesa, se il contraddittorio deve espletarsi, va in qualche modo a tentare di recuperare una situazione, *rectius* una decisione, che, sia pure in via incidentale, sia pure in via provvisoria, è comunque già stata in qualche modo emessa»<sup>111</sup>.

Di contro, si è osservato<sup>112</sup>, se si attribuisce al p.m. il potere di adottare il provvedimento *de quo*, che è una misura minore, ma pur sempre restrittiva della libertà personale, si potrebbe ottenere il risultato di far aumentare, anziché ridurre, i casi di coercizione personale non necessaria. Inoltre, attribuendo al giudice il potere di esprimersi, in via preliminare, sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione di una misura custodiale, gli si dà la possibilità di conoscere immediatamente e con maggiore ampiezza il materiale probatorio, mettendolo nella condizione di approfondire i termini del problema<sup>113</sup>. Non è da escludere, peraltro, che in tale modo sia possibile arginare i fenomeni di appiattimento della decisione giudiziaria sulla richiesta formulata dall'accusa<sup>114</sup>.

Del resto, contro il pericolo di un pregiudizio si possono immaginare dei meccanismi volti ad arginare gli effetti di un eventuale condizionamento, così da garantire l'imparzialità della decisione. Tra i vari modelli adottabili, si è suggerito<sup>115</sup>, ad esempio, di prevedere che il giudice, a seguito della richiesta del p.m., disponga la comparizione del soggetto, solo quando ritiene la richiesta "non manifestamente infondata"; dunque in base ad una valutazione *ictu oculi*, di carattere meramente preliminare. In tal modo,

---

107. Si muovono in questa direzione diverse proposte di legge d'iniziativa parlamentare, al riguardo, ad esempio, per la XIII legislatura, si vedano i seguenti d.d.l.: n. 3662/C, presentato il 20 marzo 1997, dall'On. Pisanu; n. 3516/S, presentato il 17 settembre 1998, dal Sen. Fassone; n. 2678/S, presentato il 30 marzo 1999, dal Sen. La Loggia; n. 3078/S, presentato il 30 marzo 1999, dal Sen. Scopelliti. Durante la XIV legislatura v. d.d.l.: n. 1225/C, presentato il 5 luglio 2001, dall'On. Anedda; n. 3237/S, presentato il 2 luglio 2004, dal Sen. Centaro; n. 3257/S, presentato il 29 dicembre 2004, dal Sen. Fassone. XVI legislatura, d.d.l. n. 873/C, presentato l'8 maggio 2008, dagli On. Costa e Pecorella, in [www.senato.it](http://www.senato.it).

108. G. ILLUMINATI, *Relazione*, cit., p. 27.

109. G. SPANGHER, *Relazione*, in AA.VV., *Il g.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 48.

110. G. SPANGHER, *Relazione*, cit., p. 48.

111. G. SPANGHER, *Relazione*, cit., p. 48.

112. G. ILLUMINATI, *Relazione*, cit., p. 28.

113. Queste considerazioni sono svolte da G. SPANGHER, *Relazione*, cit., p. 47, anche se l'A. ritiene che nel caso in cui la scelta del contraddittorio anticipato debba realizzarsi, sia necessario eliminare tutte quelle situazioni nelle quali il giudice è in grado di avere prima degli altri, conoscenza del materiale probatorio.

114. È nota, nella prassi, soprattutto quando si tratta di procedimenti più complessi per numero di imputati e di imputazioni, la tendenza da parte dei giudici per le indagini preliminari di motivare le ordinanze cautelari con la tecnica del "taglia e incolla": intere parti della elaborazione argomentativa, contenute nella richiesta del p.m., sono inserite nel corpo del provvedimento del giudice che recepisce pagine di verbali di prova e di intercettazioni telefoniche, unitamente a sequenze argomentative che sono trascritte con la semplice formula di adesione espressa dal giudice. Questa "motivazione per *incorporationem*" viola l'obbligo di motivare il provvedimento, non consentendo di percepire le autonome ragioni del giudice, ma purtroppo è considerata legittima da parte della Corte di cassazione, «perpetuando così una subordinazione del giudice all'organo dell'accusa che rende puramente virtuale la funzione giurisdizionale di controllo» (Cosi E. AMODIO, *Note sul futuribile*, cit., p. 373).

115. G. ILLUMINATI, *Relazione*, cit., p. 29.

non ci si discosterebbe di molto dal sistema vigente: l'iniziativa del p.m. manterrebbe le sue attuali caratteristiche, mentre per quanto riguarda il contraddittorio tra le parti, l'udienza dovrebbe essere fissata al più presto e comunque in un tempo utile per non vanificare le esigenze cautelari. L'accompagnamento dovrebbe essere eseguito non prima delle ventiquattro ore precedenti all'udienza e costituirebbe il primo degli atti di cui l'interessato verrebbe a conoscenza, poiché il carteggio tra pubblico ministero e giudice rimarrebbe segreto, non diversamente da quel che accade oggi<sup>116</sup>.

Una soluzione simile è stata adottata dalla Commissione Dalia, che, com'è noto, nel 2004 era stata istituita dall'allora Ministro della Giustizia Castelli con l'incarico di elaborare un progetto di riforma del codice di procedura penale<sup>117</sup>. Il progetto, sul punto, prevedeva che, nel corso delle indagini, il giudice, prima di decidere sulla applicazione di una misura cautelare personale, dovesse attuare il principio del contraddittorio c.d. anticipato<sup>118</sup> per mezzo dell'interrogatorio dell'interessato. «La Commissione – si legge nella relazione di accompagnamento – si è così orientata per garantire, in una fase in cui non si è ancora realizzata la *discovery* e attuato il contraddittorio, un'adeguata e non formale tutela del diritto di difesa e, al tempo stesso, per assicurare una maggiore "autorevolezza" alla decisione»<sup>119</sup>. La disciplina si articola diversamente a seconda della misura di cui è richiesta l'applicazione. È, in particolare, nel caso di una misura coercitiva detentiva, che, ai sensi dell'art. 287<sup>120</sup>, il giudice, *se la richiesta non appare destituita di fondamento*, prima, dispone l'arresto dell'indagato e, successivamente, entro cinque giorni, fissa l'udienza in camera di consiglio, nel corso della quale interroga l'indagato, sente le parti e assume eventualmente quei mezzi di prova ritenuti decisivi ai fini della valutazione della richiesta. Il giudice è tenuto a decidere con ordinanza entro dieci giorni dalla conclusione dell'udienza. L'arresto provvisorio in ogni caso non può avere durata superiore a trenta giorni<sup>121</sup>.

Sulla base della comparazione con il sistema francese e sulla scorta delle proposte elaborate a seguito del Rapporto d'Outreau, un'altra soluzione, ci sembra, possa essere quella di attribuire al giudice per le indagini preliminari il potere di disporre l'accompagnamento coattivo dell'indagato ove non ritenga infondata la richiesta di applicazione della misura custodiale e non appaiano adeguate le altre misure cautelari coercitive o interdittive. Al contempo, per ridurre il pericolo di un pregiudizio sulla decisione di merito, prevedere che la competenza a decidere sull'applicazione della misura venga

---

116. G. ILLUMINATI, *Relazione*, cit., p. 29.

117. Anche la Commissione Riccio ha esaminato la possibilità di attuare una piena giurisdizione nel procedimento cautelare, prevedendo il contraddittorio tra le parti prima dell'adozione della misura, ma l'affezione ideale verso il contraddittorio anticipato ha ceduto rispetto al parere contrario dell'avvocatura e dalla magistratura. Né si è ritenuta possibile l'adozione di strumenti elettronici per assicurare la presenza della persona all'"udienza cautelare" perché di per sé considerati eccessivamente stigmatizzanti.

Brevemente, una proposta di minoranza era *prevedere che nella fase delle indagini preliminari le decisioni sulle richieste di misure cautelari personali coercitive siano emesse dal giudice per le indagini preliminari con ordinanza motivata, entro un termine predeterminato, prorogabile una sola volta per oggettiva complessità della richiesta con atto comunicato al solo p.m. richiedente; prevedere che nei soli procedimenti per delitti di criminalità organizzata o con finalità di terrorismo la decisione possa essere emessa – in casi predeterminati – dal giudice per le indagini preliminari in composizione collegiale, ferma restando la successiva facoltà di impugnazione del provvedimento* (Al riguardo, più diffusamente, v. Commissione Riccio – per la riforma del codice di procedura penale (27 luglio 2006) – *Relazione*, cit., § 15).

118. Per G. TRANCHINA, *Relazione, Sessione I, Le misure cautelari: presupposti di applicabilità ed esigenze di contraddittorio anticipato*, in AA.VV., *Verso un nuovo processo penale. Opinioni a confronto sul progetto di riforma Dalia*, a cura di A. PENNISI, Milano, 2008, p. 36, in questi casi sarebbe preferibile parlare di "contraddittorio immediato" o "contestuale".

119. In questi termini v. *Relazione al progetto di riforma del codice di procedura penale redatta dal Presidente della Commissione prof. Andrea Antonio Dalia e articolato del progetto*, in AA.VV., *Verso un nuovo processo penale. Opinioni a confronto sul progetto di riforma Dalia*, a cura di A. PENNISI, cit., p. 244. Il progetto, com'è noto, è stato tradotto nella proposta di legge n. 873, presentata alla Camera dei Deputati, l'8 maggio 2008, su iniziativa degli Onorevoli Costa e Pecorella, ma il cui esame – allo stato – non è iniziato.

120. Cfr., più diffusamente, *Relazione al progetto di riforma*, cit., p. 342.

121. Rilievi critici, al riguardo, sono stati espressi G. SPANGHER, nel corso della Relazione su *La libertà personale*, tenuta in occasione del Convegno organizzato dal prof. Angelo Pennisi, a Catania, il 20 e 21 giugno 2008, dal titolo *Dal progetto Dalia al progetto Riccio: quale futuro per il processo penale?*, (il resoconto dei lavori è consultabile in <http://dbase.ipzs.it/FOROEUR/Dalia.pdf>), in particolare, l'A. ha espresso il suo "forte dissenso" nei confronti di quelle disposizioni del progetto Dalia che, in relazione alla suddetta fase di contraddittorio, consentono il fermo dell'indagato per trenta giorni e attribuiscono al giudice cautelare il potere di acquisire prove. A proposito di quest'ultimo punto, segnatamente, si osserva che il giudice, a prescindere dalla fase processuale, deve «avere un compito di terzietà e non andarsi a cercare una sua verità».

posta a carico di un organo collegiale<sup>122</sup> a seguito di un'udienza in cui trovi attuazione il contraddittorio tra pubblico ministero e difesa, con facoltà per l'indagato di essere interrogato e, dunque, di offrire al giudice un insieme di conoscenze e di elementi utili per orientarlo in senso a lui più favorevole, dimostrando o l'assenza dei presupposti per l'applicazione della misura o la possibilità di adottare una misura diversa e meno grave. La collegialità assicurerebbe un "triple regard", mentre il riconoscimento del diritto al contraddittorio garantirebbe un più effettivo esercizio del diritto di difesa, oltre a consentire una decisione più consapevole da parte del collegio. Ove, poi, il giudice ritenesse di dovere acquisire ulteriori elementi per la sottoposizione dell'indagato ad una misura di natura non custodiale o, ancora, ove l'indagato chiedesse un termine a difesa, dovrebbe essere disposto un provvedimento restrittivo presso l'abitazione o presso strutture apposite, che sarebbe importante non fossero le case circondariali, bensì camere di sicurezza o altro luogo idoneo<sup>123</sup>, garantendo, peraltro, il collocamento in una cella individuale<sup>124</sup>. Il fine è chiaro: evitare l'impatto con il sistema carcerario ad un soggetto nei cui confronti non è detto venga disposta la misura custodiale<sup>125</sup>. Decorso il termine si dovrebbe procedere all'udienza camerale.

Il termine di restrizione della libertà, in analogia con quanto previsto in Francia, non dovrebbe avere durata superiore a quattro giorni, coerentemente con le indicazioni della giurisprudenza europea in merito al diritto di ogni persona arrestata o detenuta ad essere tradotta *al più presto* dinanzi ad un giudice, *ex art. 5 par. 3 C.e.d.u.* Anche l'idea di attribuire al giudice il potere di sollecitare o anche di disporre un'integrazione del materiale probatorio ogni qual volta ravvisi la possibilità di attingere fonti di prova in grado di fornire elementi decisivi per risolvere la *questio libertatis*<sup>126</sup>, ci sembra d'interesse, rispondendo all'esigenza di non accontentarsi di un intervento giudiziario di carattere solo formale (peraltro, condizionato da provvedimenti già in atto)<sup>127</sup>, distante dal significato di garanzia che la giurisdizionalità deve assicurare.

Con una precisazione: è da condividere la tesi secondo cui, durante la limitazione provvisoria della libertà, il potere di integrazione probatoria deve essere riconosciuto solo in favore della difesa; il giudice deve provvedere d'ufficio o su richiesta della parte<sup>128</sup>. Ciò, anche nel caso in cui, il difensore, magari per questioni di tempo, non abbia potuto provvedere, in sede di investigazione difensiva, all'assunzione di fonti di prova utili per la decisione<sup>129</sup>. Se le prove nuove fossero introdotte dall'accusa o la proroga fos-

---

122. In tal senso, ad esempio, v. G. ILLUMINATI, *Relazione*, cit., p. 37, il quale è dell'avviso che un organo collegiale potrebbe aumentare il livello di garanzia; e sicuramente aumenterebbe l'autorevolezza del giudice della libertà. «Inoltre, risulterebbe assai semplice scindere il momento della deliberazione sulla richiesta del pubblico ministero ai fini dell'accompagnamento coattivo (che potrebbe essere lasciata al giudice per le indagini preliminari) dal momento del giudizio sul merito». A favore di una competenza collegiale ma non di un contraddittorio anticipato, ad esempio, si veda, A. ALBIANI, *Le misure cautelari personali*, cit., p. 385.

123. Sul punto, v. G. RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia di libertà*, cit., p. 1170, spec. nota 28, che suggerisce l'introduzione di una disciplina del "trattamento sorvegliato" in una sede di permanenza, diversa da una casa circondariale o mandamentale, ove l'indagato che intenda avvalersi del termine a difesa sia posto nelle condizioni di procedere all'esame analitico del fascicolo corredante la richiesta applicativa *ex art. 291 c.p.p.*

124. Al riguardo, in particolare, cfr. G. SPANGHER, *Relazione*, cit., p. 46, il quale ricorda come già la l. 26 luglio 1975 n. 354, contenente le *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, all'art. 6, comma 4, prevede che «Agli imputati deve essere garantito il pernottamento in camere ad un posto a meno che la situazione particolare dell'istituto non lo consenta», sicché, se si desse attuazione a quanto previsto il discorso del contraddittorio anticipato potrebbe fare qualche passo avanti.

125. Senza considerare che, purtroppo, è frequente la violazione della regola secondo cui i detenuti in attesa di giudizio dovrebbero essere reclusi in luoghi separati da quelli in cui sono ristretti i condannati a pena definitiva. In tal senso, ad esempio, si esprimono le Regole penitenziarie europee, approvate l'11 gennaio 2006 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (*Raccomandazione R (2006) 2, del Consiglio dei Ministri agli stati membri sulle regole penitenziarie europee*, in *www.coe.int*): «In linea di principio le persone che sono state sottoposte a custodia cautelare da un'autorità giudiziaria e le persone che sono state private della libertà in seguito ad una condanna devono essere ristrette solo in istituti riservati a detenuti appartenenti a queste due categorie» (§ 10 punto 2).

126. In favore del riconoscimento di poteri d'integrazione *ex officio* in sede cautelare v. G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1263; G. ILLUMINATI, *Relazione*, cit., p. 33.

127. A. MOLARI, *Introduzione*, in AA.VV., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, p. 144.

128. Del resto, non si può pretendere che la difesa «rinunci alla più elementare espressione del diritto di difendersi provando – il diritto alla controprova – proprio quando è in giuoco il bene supremo della libertà» (G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1262).

129. Osserva G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1263, che «Uno spiraglio in tal senso è già stato aperto dall'art. 299 ultimo comma c.p.p.».

se richiesta dal p.m. l'imputato dovrebbe essere liberato. È chiaro: «il pubblico ministero ha presentato la sua documentazione; su quella documentazione ha chiesto che si svolga il contraddittorio; l'eventuale integrazione dell'accusa dovrebbe essere ammessa con il soggetto a piede libero»<sup>130</sup>.

Resta il problema delle impugnazioni, che andrebbe risolto, eventualmente, consentendo la proposizione dell'appello e non anche del riesame nel merito, quale mezzo totalmente devolutivo, apparendo più conforme alle esigenze di economia processuale attribuire alla parte il compito di specificare i motivi della doglianza e l'ambito del controllo sulla decisione da sottoporre al tribunale del riesame<sup>131</sup>. In questo modo, peraltro, si eviterebbe la prassi per cui, non dovendo indicare i motivi di gravame, spesso gli imputati presentano impugnazione, così intasando i ruoli del tribunale del riesame. Senza, poi, trascurare gli aspetti critici, già segnalati in precedenza, in merito alla possibilità, in sede di riesame, di rimediare ad eventuali carenze motivazionali dell'ordinanza che ha disposto la misura.

## 10

### LUCI E OMBRE DI UNA POSSIBILE RIFORMA

Quali i vantaggi e gli svantaggi di questa possibile riforma?

Per quanto riguarda gli svantaggi, è d'obbligo segnalare che, generalmente, l'opposizione più ferma alla introduzione di un contraddittorio c.d. anticipato proviene dalla avvocatura, che vede in questa riforma un inutile appesantimento della procedura, a cui non fa da contraltare un effettivo rafforzamento del diritto di difesa che, ci si preoccupa, rimanga strozzato dalla limitatezza dei tempi per l'instaurazione dell'udienza in contraddittorio. Il rischio paventato, dunque, è che di fronte all'impossibilità per la difesa di acquisire la stessa conoscenza degli atti del pubblico ministero (atti che ha formato nel corso, magari, di mesi d'indagine), il contraddittorio rimanga solo apparente<sup>132</sup>, con l'effetto, peraltro, di dare più credito e forza al provvedimento limitativo della libertà, essendo stato preso dopo che le parti hanno espresso, sul piano di parità, le loro posizioni e le loro argomentazioni<sup>133</sup>. Posizione critica che, a maggior ragione, è tenuta ferma, se, a quanto detto, si aggiunge l'eliminazione del riesame, ai cui tempi tradizionalmente ci si affida per lo studio del fascicolo e la preparazione di un'adeguata linea difensiva.

Ci sono poi i costi che vanno affrontati per la riorganizzazione degli uffici dei giudici per le indagini preliminari che devono essere in grado di celebrare in tempi rapidi l'udienza camerale; a cui si aggiungono quelli derivanti dall'eventuale attribuzione ad un organo collegiale del potere di disporre la misura custodiale. Poiché, peraltro, generalmente – e oggi ancor più di ieri –, non è facile reperire risorse da investire per aumentare il numero dei magistrati, l'idea di un giudice collegiale potrebbe determinare problemi di incompatibilità in quei tribunali in cui l'organico non consente una diversificazione della composizione dei collegi penali; sicché, non rimarrebbe che incardinare la competenza ad emettere la misura cautelare in sede distrettuale, con conseguente allontanamento del giudice cautelare dal luogo del processo e necessità di rivalutare l'attuale competenza del medesimo tribunale quale giudice superiore<sup>134</sup>.

Ancora: ci sono le difficoltà connesse all'esigenza di individuare le strutture extra-carcerarie idonee ad ospitare le persone ristrette in via provvisoria, posto che allo scopo

130. Così G. SPANGHER, *Relazione*, cit., p. 53.

131. In tal senso v. G. ILLUMINATI, *Relazione*, cit., pp. 35-36; per qualche rilievo critico verso l'eliminazione del riesame, fra gli altri, v. G. SPANGHER, *Relazione*, cit., p. 54, il quale, nondimeno, riconosce che «contraddittorio anticipato e riesame sono aspetti slegati del tema *de libertate*, sicché la soluzione in un senso di uno dei due aspetti non incide sull'altro».

132. Ad avviso di E. AMODIO, *Note sul futuribile delle misure cautelari personali*, cit., p. 374, il modello di contraddittorio attuato nel sistema francese non pare soddisfacente in quanto «si risolve in una finzione soprattutto nei casi in cui le indagini hanno dato luogo alla acquisizione di una grande mole di risultati investigativi che la difesa non riesce a conoscere bene e quindi a contrastare con efficacia nel ristretto arco temporale racchiuso tra l'arresto provvisorio e la decisione sulla applicazione della misura coercitiva».

133. G. PECORELLA, *Intervento*, in AA.VV., *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 71. Al riguardo, altresì, v. S. MONTONE, *Prassi cautelari e proposte di intervento: note a margine*, in AA.VV., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, cit., p. 243.

134. L. GIULIANI, *Gli incidenti de libertate*, cit., p. 47.

non potrebbero ritenersi adeguate le soluzioni logistiche offerte dalle questure o da altre sedi degli organi di polizia giudiziaria<sup>135</sup>.

Vi è, poi, come si è detto, la preoccupazione che sull'altare del contraddittorio anticipato finisca per essere sacrificato il riesame il quale garantisce un controllo da parte di un giudice diverso e solo attualmente collegiale<sup>136</sup>.

In verità, molte di queste obiezioni sembrano più che altro «frutto di sedimentati *habitus* mentali, giustificati dalla refrattarietà ai cambiamenti, tanto più ove si consideri che la gestione dei tempi del processo cautelare può essere rimessa nella disponibilità della difesa»<sup>137</sup>. Poiché è all'imputato che spetta scegliere la linea difensiva più efficace, si potrebbe ipotizzare di lasciare a quest'ultimo la scelta tra un contraddittorio c.d. anticipato, entro quattro giorni, con rinuncia al riesame e possibilità di proporre l'appello (fermo restando, chiaramente, il diritto al ricorso in cassazione); oppure rinunciare a un contraddittorio contestuale, per riservarsi la possibilità di chiedere il riesame, con conseguente allungamento dei tempi di restrizione della libertà, che presumibilmente non saranno inferiori a venti giorni<sup>138</sup>.

Altrettanto superabile è il problema dei costi, che non può che essere affrontato in un'ottica di sistema che tenga conto complessivamente del rapporto costi-benefici. Sotto questo profilo, si è osservato<sup>139</sup>, l'introduzione di un contraddittorio anticipato potrebbe comportare «cospicue economie». Anzitutto, economie processuali: si ridurrebbero i casi di richiesta di misure cautelari, nonché (in ogni caso) i casi di riesame, «assai spesso surrettiziamente esperito dalla difesa allo scopo di poter prendere visione degli atti su cui si fonda la misura»<sup>140</sup>. Ma anche economie finanziarie, «riducendosi, grazie alla visione panoramica e non più scotomizzata del giudice, i margini di errore, diminuirebbe di conseguenza l'onere dello Stato per la riparazione dell'ingiusta detenzione»<sup>141</sup>.

Vi è, poi, un'argomentazione di principio: quando si tratta di libertà personale l'obiezione secondo cui sarebbero troppo alti i costi per adeguare strutture ed organici non può essere accettata. Il monito della dottrina più attenta<sup>142</sup> è chiaro: sensibilità e cultura impongono un superamento di tale impostazione di pensiero. Ciò, anche in un momento storico complesso e delicato come l'attuale, dovendosi considerare sempre valido l'assunto secondo cui in tema di giustizia «senza mezzi non si fa nulla di serio»<sup>143</sup>.

Rimane forse il problema più delicato: la gestione delle vicende maggiormente complesse nei casi in cui occorra decidere su una pluralità di richieste di applicazione di una misura cautelare nell'ambito dello stesso procedimento, specialmente quando si tratti di grandi inchieste a largo raggio per delitti tipici della criminalità organizzata. In questi situazioni si potrebbe determinare un fenomeno di sovrapposizione delle udienze cautelari relative a diverse persone ma concernenti lo stesso fatto (o fatti connessi), con conseguenti difficoltà dovute alla loro necessaria contemporaneità<sup>144</sup>.

Sul punto, è possibile prospettare una pluralità di soluzioni, anche se non può che condividersi l'opinione<sup>145</sup> che nessuna di esse può ritenersi totalmente soddisfacente: si potrebbe immaginare un cumulo di udienze oppure una celebrazione contestuale delle

---

135. Vedi V. GREVI, *Garanzie difensive*, cit., p. 118.

136. In tal senso v. P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 101; G. PECORELLA, *Intervento*, cit., p. 65; più di recente, v. M.L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato*, cit., p. 889.

137. M.L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato*, cit., 889.

138. Al riguardo v. V. GREVI, *Garanzie difensive*, cit., p. 119. La previsione di un contraddittorio in sede cautelare successivo all'esecuzione della misura ed articolato in modo simile a collaudati congegni procedurali a contraddittorio differito quali il decreto ingiuntivo, in ambito civile, e il decreto penale di condanna, in ambito penale, è stata suggerita da M.L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato*, cit., p. 885, a cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

139. G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1264.

140. G. GIOSTRA, *ibidem*.

141. Sempre GIOSTRA, *ibidem*.

142. G. CONSO, *Conclusioni*, in AA.VV., *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 113.

143. G. CONSO, *Conclusioni*, *ibidem*.

144. Al riguardo, in particolare, v. V. GREVI, *Garanzie difensive*, cit., p. 118; G. ILLUMINATI, *Relazione*, cit., p. 34; G. PECORELLA, *Intervento*, cit., p. 66.

145. Ad esempio, cfr. V. GREVI, *Garanzie difensive*, cit., p. 118.

## 11 LE “ECONOMIE PENITENZIARIE”

stesse davanti a giudici diversi. Inoltre, se le misure da adottare dovessero riguardare soggetti che si trovano in luoghi diversi, la competenza potrebbe essere assegnata al giudice del luogo nel quale va eseguita la misura; oltre a rimanere in ogni caso in vigore il fermo *ex art.* 384 c.p.p., che potrebbe essere utilizzato per articolare le misure restrittive secondo modalità diverse a seconda del tipo di reato e della gravità degli indizi<sup>146</sup>. Per i reati di criminalità organizzata, si potrebbe arrivare ad immaginare di escludere l'attuazione di un contraddittorio anticipato nei termini proposti<sup>147</sup> (anche se l'idea del doppio binario stona sempre con il principio per cui a reati particolarmente gravi dovrebbe corrispondere un aumento e non una diminuzione delle garanzie difensive) e prevedere una procedura simile a quella attuale con un contraddittorio solo successivo all'esecuzione della misura custodiale, da realizzare magari in tempi più ristretti, attraverso un'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia da cinque a quattro giorni; fermo restando il prospettato riconoscimento al giudice di un più ampio potere di integrazione probatoria in sede di revoca o sostituzione della misura<sup>148</sup> e la possibilità per la difesa di presentare i risultati dell'investigazione difensiva.

Al di là di tutto, comunque, in base ad una valutazione in termini di costi-benefici, la proposta di un contraddittorio anticipato ci sembra continui a mantenere un indubbio interesse.

L'idea di conseguire “economie penitenziarie”, evitando l'esoso soggiorno nelle patrie galere di molti inquisiti messi tempestivamente in grado di dimostrare l'inutilità o comunque l'illegittimità della custodia cautelare<sup>149</sup> rappresenta un obiettivo irrinunciabile in uno Stato di diritto. Un obiettivo che, anche di recente, è stato perseguito con il d.l. 22 novembre 2012, n. 211, conv. in l. 17 febbraio 2012 n. 9, recante *Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*, che ha previsto diverse misure, tra cui l'innalzamento da dodici a diciotto mesi della pena detentiva che può essere scontata agli arresti domiciliari (tale possibilità era stata introdotta dall'art. 1 l. 26 novembre 2010, n. 199, contenente *Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno*). Un provvedimento, tuttavia, che – come in precedenza è accaduto – non può isolatamente risolvere il problema del sovraffollamento carcerario e va visto come un tassello all'interno di un quadro composito che richiede un intervento su più fronti del legislatore e del Governo.

C'è, in particolare, un fattore che non va trascurato: il fenomeno della permanenza anche di soli pochi giorni nelle strutture carcerarie, cioè per il tempo che passa dalla applicazione della misura all'interrogatorio, è frequente e alquanto criticabile. Dai dati divulgati dall'ex Guardasigilli Nitto Palma, risulta che 21.093 detenuti provenienti dalla libertà restano in carcere solo 3 giorni e 1.917 fino a 7 giorni<sup>150</sup>. Dati da cui sembra possa dedursi che, se nell'immediatezza, o poco dopo, l'interrogatorio di garanzia vengono meno i presupposti per la permanenza in carcere, non è fuori luogo ritenere che ove

146. G. ILLUMINATI, *Relazione*, cit., p. 35.

147. Sul punto, v. V. GREVI *Garanzie difensive*, cit., pp. 118 ss.; G. ILLUMINATI, *Relazione*, cit., p. 34. In senso critico si esprime G. PECORELLA, *Intervento*, cit., p. 67, secondo il quale l'idea che queste situazioni siano eccezionali e come tali vadano affrontate non è fondata, atteso che l'uso della custodia cautelare è molto più diffuso nell'ambito di reati associativi e di reati commessi da una pluralità di persone, di quanto sia a carico di una o di poche persone, mentre sta diventando eccezionale fare dei processi che non siano dei processi di criminalità organizzata o processi che hanno per fondamento reati contro la pubblica amministrazione.

148. Si è anche immaginato che, nei casi più complessi – proprio come quelli di criminalità organizzata – nel giro di novantasei ore dal provvedimento precautelare, affidato al pubblico ministero, ove non si possa svolgere la procedura in contraddittorio, il giudice debba decidere allo stato degli atti. In tal caso, tuttavia, occorrerebbe prevedere che, nel caso in cui fosse accolta la richiesta del pubblico ministero, su istanza del difensore, il giudice debba fissare subito una nuova udienza per la prosecuzione del contraddittorio, ormai posticipato, in vista dell'eventuale revoca o sostituzione della misura applicata (V. GREVI *Garanzie difensive*, cit., p. 118).

149. In questi termini v. G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1264.

150. Si vedano le dichiarazioni del Guardasigilli nella relazione al Senato su *Carceri e amnistie* nell'audizione del 21 settembre 2011, riportate dalle Agenzie di Stampa, in particolare, dall'Agenzia di Stampa Quotidiana Nazionale e pubblicate, ad esempio, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

il soggetto fosse sentito prima di applicare la misura, sarebbe possibile ridurre gli ingressi negli istituti penitenziari. È evidente che fare patire questa esperienza per pochi giorni, senza che ciò risulti effettivamente necessario, costituisce un'inutile sofferenza; rappresenta un costo per lo Stato e contribuisce al fenomeno del sovraffollamento. Di ciò sembra convinto anche il legislatore il quale, con il d.l. n. 211/2012, allo scopo di accelerare i tempi dell'*iter* giudiziario ed evitare la permanenza in carcere per pochi giorni (le cosiddette *porte girevoli*) – seppure limitatamente ai reati di competenza del giudice monocratico – ha previsto, da una parte, che la persona arrestata in flagranza di reato deve essere processata con il giudizio direttissimo entro e non oltre le 48 ore; dall'altra, ha introdotto il divieto di condurre in carcere le persone arrestate prima della loro presentazione dinanzi al giudice per la convalida dell'arresto e il giudizio direttissimo. All'art. 558 c.p.p., in particolare, è stato aggiunto il comma 4 *bis*, il quale dispone che, nei casi di cui ai commi 2 e 4, cioè per reati di minore gravità, il p.m. dispone che l'arrestato sia custodito in uno dei luoghi ove possono essere scontati gli arresti domiciliari ex art. 284 c.p.p. In caso di indisponibilità o inidoneità di tali luoghi, ovvero qualora siano ubicati al di fuori del circondario ove è stato eseguito l'arresto, nonché nei casi di pericolosità dell'arrestato, il p.m. dispone che egli venga custodito presso strutture idonee nella disponibilità della p.g. Solo qualora tali strutture fossero mancanti o inidonee, ovvero qualora ricorressero circostanze di necessità o urgenza, il p.m. potrà disporre che l'arrestato venga condotto nella casa circondariale; inoltre, è stato aggiunto un comma 4 *ter*, secondo cui, nei casi di arresto obbligatorio in flagranza ex art. 380, comma 2, lett. e *bis*) ed f) c.p.p., il p.m. dispone che l'arrestato sia custodito presso strutture nella disponibilità degli agenti o ufficiali della p.g. che hanno eseguito l'arresto. In queste ipotesi l'arrestato dovrà essere, di norma, custodito dalle forze di polizia, salvo che ciò non sia possibile per mancanza di adeguate strutture o per altri motivi, quali lo stato di salute dell'arrestato o la sua pericolosità. È stata assunta, dunque, una chiara posizione a favore della detenzione in luoghi diversi dalle strutture penitenziarie. È vero, però, che, anche questa riforma, non ha prodotto gli effetti sperati, atteso che, dai dati divulgati dal DAP (Dipartimento Amministrazione Penitenziaria) poco dopo l'entrata in vigore della legge, il numero dei detenuti non è diminuito, bensì, è aumentato<sup>151</sup>. Un fallimento che, tuttavia, piuttosto che addebitare alla disciplina, sembra doversi ricercare nella prassi, ricorrente in Italia<sup>152</sup>, di procedere alle riforme senza preoccuparsi di adeguare prima le strutture alle novità legislative. Ed invero, nelle caserme delle forze dell'ordine non sono presenti «camere di sicurezza idonee», pertanto, quando è commesso un reato che prevede come prima opzione per la custodia le camere di sicurezza, il magistrato deve emettere un decreto motivato che autorizza la polizia giudiziaria a tradurre l'arrestato in carcere; con conseguente vanificazione – almeno fino ad ora – della *ratio* della legge.

Ad ogni modo, si tratta di un passo in avanti.

Un ulteriore tassello potrebbe aggiungersi, cercando di fronteggiare il sovraffollamento delle carceri, dando concreta applicazione ad un'altra norma già presente nel nostro ordinamento: l'art. 275 *bis* c.p.p., il quale prevede che, in alternativa alla custodia cautelare, il giudice possa disporre la misura degli arresti domiciliari unitamente all'impiego di procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici<sup>153</sup>.

---

151. In particolare, almeno nei mesi da febbraio a marzo s'è registrato in Italia un incremento di 63 detenuti, e la popolazione carceraria italiana è passata da 66.632 a 66.695 (al riguardo, fra gli altri, v. M. TORTORELLA, *Il decreto c'è, ma le carceri non si svuotano. Ecco i numeri*, 5 aprile 2012, su [www.panorama.it](http://www.panorama.it)). Da dati recenti risulta che i detenuti usciti per effetto della legge n. 199/2010 sono 7.267, di questi 471 sono donne, 1.974 sono stranieri e tra questi, 180, a loro volta, sono donne, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

152. Si ricordino le difficoltà che si riscontrarono, all'indomani dell'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988, in ordine, ad esempio, all'uso della stenotipia.

153. A seguito del *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento dei migranti in Italia*, approvato il 6 aprile 2012, dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani (consultabile su [www.senato.it/commissioni](http://www.senato.it/commissioni)), è stato presentato il disegno di legge n. 2916, su iniziativa dei Senatori Marcenaro, Fleres e altri, contenente "Norme per ridurre il sovraffollamento penitenziario", che, nell'ottica di ridurre il ricorso alla custodia cautelare in carcere, all'art. 2, tra le varie modifiche all'art. 275 c.p.p., prevede la sostituzione del comma 3 con il seguente: «Quando ogni altra misura risulti inadeguata è disposta la misura di cui agli articoli 275 *bis* e 284. Qualora sussistano esigenze cautelari

Una decisione delicata che solo raramente è stata assunta, ma che potrebbe essere più facilmente adottata ove fosse possibile disporre di maggiori elementi di conoscenza; in particolare per mezzo di un contraddittorio tra le parti. Non pare fuori luogo ritenere, infatti, che per l'applicazione di tale misura, un'udienza camerale potrebbe risultare particolarmente utile; in questa sede nella scelta tra la custodia cautelare e gli arresti domiciliari con sorveglianza, il giudice – secondo la soluzione in precedenza proposta – avrebbe, altresì, la possibilità di assumere anche ulteriori informazioni al fine di verificare l'adeguatezza della misura in relazione alla natura e alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto. Non solo. Sembra questo il contesto più appropriato per acquisire il consenso dell'indagato, presupposto indispensabile per l'adozione di questa particolare modalità di controllo.

Tutto ciò permetterebbe allo Stato di evitare un ulteriore sperpero di denaro pubblico, visto che, a quanto risulta, dal 2001 sono stati pagati a Telecom parecchi milioni di euro per la fornitura di 400 braccialetti elettronici che in dieci anni non sono stati quasi mai utilizzati<sup>154</sup>. Di recente il contratto è stato rinnovato per la fornitura di 2000 nuovi braccialetti e c'è da sperare che, anche grazie all'interesse manifestato dal Ministro della Giustizia Severino<sup>155</sup> sull'utilizzo di questi strumenti e sui risultati ottenuti in altri ordinamenti, in futuro si avvii un'opera di sensibilizzazione in favore dell'uso di mezzi di sorveglianza elettronica. Va detto, peraltro, che il ricorso a misure alternative alla detenzione, tra cui a strumenti di monitoraggio elettronico<sup>156</sup>, è fortemente consigliato, anche a livello europeo<sup>157</sup>, per limitare il fenomeno del sovraffollamento delle carceri e facilitare, così, il rispetto delle regole penitenziarie europee che, ad esempio, prevedono che, addirittura, al detenuto debba essere assicurata la possibilità di disporre durante la notte di una cella individuale<sup>158</sup>. Significativa, a tal proposito, è l'opera di sensibilizzazione svolta dal CEP (acronimo di *Conférence Permanente Européenne de la Probation*)<sup>159</sup> che rileva «*Non-custodial sanctions, resettlement activities and activities in the framework of victim support and restorative justice are essential in the process to reducing recidivism and the current prison overcrowding*»<sup>160</sup> e che nell'ambito delle proprie attività mostra uno specifico interesse per gli strumenti della sorveglianza elettronica dedicando, con cadenza biennale, da circa dieci anni, una Conferenza europea

---

di eccezionale rilevanza è disposta la misura della custodia cautelare in carcere»; l'art. 3, inoltre, stabilisce che, al comma 1, dell'art. 275 bis c.p.p., le parole: «quando ne abbia accertato la disponibilità da parte della polizia giudiziaria» siano soppresse.

154. Vedi in tal senso la denuncia del Sappe del 30 novembre 2011, su [www.poliziapenitenziaria.it](http://www.poliziapenitenziaria.it), nonché il Servizio giornalistico di Striscia la notizia del 29 febbraio 2012, puntata n. 134, in [www.striscialanotizia.mediaset.it](http://www.striscialanotizia.mediaset.it).

155. Al riguardo, si vedano le Agenzie di Stampa sulle dichiarazioni rilasciate il 29 novembre 2011 dal Ministro della Giustizia Paola Severino in Commissione giustizia al Senato, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it). Anche l'ex Guardasigilli Nitto Palma aveva rilasciato alcune interviste in materia, sottolineando l'utilità del ricorso ai braccialetti elettronici per fronteggiare il fenomeno del sovraffollamento carcerario e, soprattutto, evitare l'ingresso in carcere delle persone sottoposte alle indagini o degli imputati in attesa di giudizio (Al riguardo, si veda l'articolo a firma di S. LORENZETTO, dell'8 novembre 2011, su *Il Giornale.it*, dal titolo *Mettiamo il bracciale a chi attende il giudizio. Liberi 28.564 detenuti*, in [www.ilgiornale.it](http://www.ilgiornale.it)).

156. Uno studio presentato fra gli altri da Annie Kensey, direttrice del settore ricerca e statistica dell'amministrazione penitenziaria francese, ha dimostrato l'efficacia dell'impiego del braccialetto elettronico. Al di là di tutte le particolari specifiche sugli anni presi in esame e i vari programmi di sorveglianza elettronica di detenuti, risulta che il 23% di coloro che sono stati condannati alla sorveglianza è poi tornata in carcere e il 42% sono stati poi condannati in seguito. Chi è stato condannato al carcere, nel 61% dei casi è stato nuovamente incarcerato e nel 72% dei casi ha subito un'altra condanna. I numeri della sorveglianza elettronica sono in rapido aumento: ad esempio nel Regno Unito si è passati dalle 18.176 persone con braccialetto per giorno nel 2008 alle 22.420 del 2010. Una crescita registrata anche in Francia, dove da 3.430 persone monitorate tre anni fa si è arrivati a 5.050. Secondo lo studio i francesi hanno triplicato i braccialetti applicati dal 2006, quando erano 1.478. I costi, dato che i sistemi impiegati sono diversi dal punto di vista tecnologico, sono estremamente variegati: si va dai 3€ al giorno spesi per l'installazione e la strumentazione spesi in Estonia, ai 121€ per la connessione con il sistema Gps impiegati in Olanda (In questi termini cfr. [www.cep-probatio.org](http://www.cep-probatio.org), a cui si rimanda per ulteriori approfondimenti).

157. Nel 2011 la Commissione europea ha istituito un *Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione* (COMMISSIONE EUROPEA, COM (2011) 327, Bruxelles, 14 giugno 2011, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)).

158. A proposito dei locali di detenzione si veda l'art. 18 delle Regole penitenziarie europee, cit.

159. *The European Organisation for Probation aims to promote the social inclusion of offenders through community sanctions and measures such as probation, community service, mediation and conciliation. CEP is committed to enhance the profile of probation and to improve professionalism in this field, on a national and a European level. CEP therefore promotes pan-European cooperation by organising conferences on actual topics in probation. By making the reports of these events available, by publishing its digital newsletter and through this website, CEP stimulates the exchange of ideas on probation. In this way it makes an important contribution to the development of community sanctions and measures. Its members are organisations working in the field of probation and interested individuals.*

160. Così v. *Response of CEP to Green Paper on detention*, in [www.cep-probatio.org/news/65/644/miscellaneous-news](http://www.cep-probatio.org/news/65/644/miscellaneous-news).

sull'argomento, nella convinzione che questo strumento possa essere utile a contribuire a rendere più civile e costruttivo il sistema di giustizia penale, permettendo di fare un uso parsimonioso della carcerazione<sup>161</sup>, soprattutto – potremmo aggiungere – se in via preventiva<sup>162</sup>.

## 12

### LA RIDUZIONE DEI DETENUTI IN ATTESA DI GIUDIZIO: UN IMPEGNO VERSO GLI ALTRI STATI EUROPEI

L'impegno a ridurre drasticamente i numeri dei detenuti in attesa di giudizio, sia per fronteggiare il fenomeno del sovraffollamento sia per garantire l'effettivo rispetto del principio secondo cui la carcerazione preventiva deve rappresentare l'*extrema ratio* – anche in questa materia – lo impone l'Europa.

La decisione assunta nel 2011 dalla Commissione europea di presentare un Libro verde *sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione*, è la risposta data al Consiglio europeo in merito all'invito a presentare un Libro verde sulla custodia cautelare. L'iniziativa fa parte di un pacchetto sui diritti procedurali<sup>163</sup> e riguarda l'interazione tra le condizioni della detenzione e gli strumenti del riconoscimento reciproco, come ad esempio il mandato di arresto europeo e la custodia cautelare.

In effetti – come riconoscono la Commissione e il Consiglio – le questioni sulla detenzione, sia che si riferiscano ai detenuti in attesa di giudizio, sia che riguardino le persone condannate, rientrano nella competenza degli Stati membri. Tuttavia, l'Unione europea ha motivo per interessarsi a tali questioni, atteso che, fatto salvo il principio di sussidiarietà, innanzitutto, esse sono un aspetto rilevante dei diritti che devono essere salvaguardati per promuovere una fiducia reciproca e per assicurare il buon funzionamento degli strumenti per il mutuo riconoscimento e, in secondo luogo, perché l'Unione europea deve difendere alcuni valori fondamentali<sup>164</sup>.

Questo è il convincimento: «I detenuti in attesa di giudizio e quelli condannati hanno diritto a un ragionevole livello di condizioni di detenzione. 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»<sup>165</sup>.

Senonché, risulta che la custodia cautelare, pur essendo qualificata da tutti gli ordinamenti nazionali strumento eccezionale, ha ancora una diffusa e squilibrata applicazione. L'entità della popolazione carceraria è considerevole e le condizioni della detenzione sono state sovente considerato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in contrasto con l'art. 3 della C.e.d.u., il quale sancisce il principio secondo cui nessuno

161. Al riguardo, ad esempio, si vedano gli obiettivi della *8th CEP Conference on Electronic Monitoring in Europe*, che si terrà a Balsta in Svezia, dall'8 al 10 novembre del 2012, ed ha il titolo, *Towards the golden standard in the practice of electronic monitoring*, in [www.cep-probation.org/news](http://www.cep-probation.org/news).

162. Sull'utilizzo di strumenti di sorveglianza elettronica in Europa la situazione è molto diversificata e il ritardo accumulato dall'Italia è consistente. Prova ne è il *report* della settima conferenza sulla sorveglianza elettronica organizzato dal CEP, tenuto a Evora, in Portogallo. Secondo quanto riassunto dal CEP, fra i paesi che non stanno intraprendendo, allo stato attuale, la sorveglianza elettronica ci sono Repubblica Ceca, Lituania, Lettonia. Per quanto concerne l'Italia – si legge – «ha provato ad usare il braccialetto elettronico in passato, ma attualmente questo tentativo non è più in corso» (cfr. [www.cep-probation.org](http://www.cep-probation.org)).

163. Le proposte riguarderanno il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali (direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010, in *Gazz. Uff. UE*, 26 ottobre 2010, L 280/1), il diritto all'informazione nei procedimenti penali, il diritto di accesso a un difensore, il diritto a comunicare durante la detenzione, la tutela delle persone indagate e imputate vulnerabili e l'accesso al gratuito patrocinio (In questi termini v. COMMISSIONE EUROPEA, COM (2011) 327, Bruxelles, 14 giugno 2011, *Libro verde sull'applicazione della normativa UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione*, cit., 3, nota 6). La questione delle norme o dei livelli minimi comuni di garanzie procedurali nei confronti di indagati, imputati, processati e condannati per reati penali aveva già formato oggetto di un Libro verde nel 2003 (al riguardo v. COMMISSIONE EUROPEA, COM (2003) 75, Bruxelles, 19 febbraio 2003, *Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)).

164. Il rispetto di un livello minimo di protezione dei diritti individuali è a beneficio dei cittadini di tutta l'Unione e permette di aumentare la fiducia reciproca necessaria per riequilibrare le misure adottate in materia di cooperazione giudiziaria che rafforzano i poteri di pubblici ministeri, tribunali e funzionari inquirenti. In particolare, se sulle condizioni della detenzione e sulla custodia preventiva non si registrano un livello minimo di garanzie comuni, alcuni istituti che si basano sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie possono finire con non funzionare adeguatamente, impedendo o ritardando la cooperazione giudiziaria tra gli Stati (Sul punto, più diffusamente, cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM (2011) 327, Bruxelles, 14 giugno 2011, *Libro verde sull'applicazione della normativa UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione*, cit., pp. 2 ss.).

165. COMMISSIONE EUROPEA, COM (2011) 327, Bruxelles, 14 giugno 2011, *Libro verde sull'applicazione della normativa UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione*, cit., 4.

può essere sottoposto a pena o trattamento inumani o degradanti<sup>166</sup>.

In questo panorama, l'Italia si distingue negativamente, in primo luogo, per essere al di sopra della media europea, sia quanto al numero dei detenuti in attesa di giudizio, sia quanto alla densità penitenziaria, sia infine quanto alla presenza dei detenuti stranieri<sup>167</sup>; in diverse occasioni, poi, pure a causa del sovraffollamento, è stata riscontrata l'esistenza di condizioni inumane di detenzione, con conseguente condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo<sup>168</sup>.

Una ragione in più per ricercare delle soluzioni anche alternative e diverse rispetto ai tradizionali modi di affrontare la questione della custodia preventiva, aprendosi a modelli adottati da altri ordinamenti.

---

166. La Corte europea dei diritti dell'uomo, da anni, al fine di valutare il contrasto delle condizioni detentive con l'art. 3 C.e.d.u., utilizza come riferimento, seppure non vincolante, i criteri individuati dal CPT (Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti). Il CPT ha fissato in 7 mq a persona la superficie minima auspicabile per una cella detentiva, un dato che sebbene solo indicativo, evidenzia, comunque, come un'eccessiva sovrappopolazione carceraria ponga di per sé un problema sotto il profilo dell'articolo 3 della Convenzione. Se, da una parte, però, la Corte ha chiarito che non è possibile quantificare, in modo preciso e definitivo, lo spazio personale che deve essere concesso ad ogni detenuto ai sensi della Convenzione, atteso che esso può dipendere da numerosi fattori, quali la durata della privazione della libertà, le possibilità di accesso alla passeggiata all'aria aperta o le condizioni mentali e fisiche del detenuto. Dall'altra parte, rimane fermo che quando la mancanza di spazio personale per i detenuti non è talmente flagrante da giustificare da sola la violazione dell'art. 3, devono essere presi in considerazione altri aspetti delle condizioni detentive. Tra di essi figurano la possibilità di utilizzare privatamente i servizi igienici, l'aerazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento e il rispetto delle esigenze sanitarie di base (Sul punto, *ex plurimis*, v. Corte e.d.u., 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, in *www.hudoc.echr.coe.int*, a cui si rimanda per ulteriori riferimenti giurisprudenziali).

167. Pur non essendo specifico oggetto di discussione, il Commissario dei diritti umani del Consiglio d'Europa Nils Muižnieks, a seguito della sua visita in Italia lo scorso luglio, ha evidenziato che il problema del sovraffollamento delle carceri, soprattutto in merito alla alta presenza di detenuti in attesa di giudizio, sia un problema di grande importanza, per il quale auspica che le autorità italiane intervengano con determinazione, a tal fine, cooperando strettamente con il Comitato del Consiglio d'Europa per la Prevenzione della Tortura (In attesa della presentazione del Rapporto da parte dell'Alto Commissario, si può leggere l'intervista esclusiva rilasciata al giornale La Repubblica, e pubblicata, su *www.repubblica.it*, del 6 luglio 2012).

168. Corte e.d.u., 7 febbraio 2012, Cara-Damiani; Id., 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia; Id., 10 giugno 2008, Scoppola c. Italia, in *www.hudoc.echr.coe.int*.