



La custodia cautelare: analisi delle misure alternative e del processo decisionale dell'autorità giudiziaria in Italia

Grazia Parisi

Gennaro Santoro

Alessio Scandurra



Con il sostegno economico del
Criminal Justice Programme
dell'Unione Europea



La custodia cautelare: analisi delle misure alternative e del processo decisionale dell'autorità giudiziaria in Italia

A cura di Grazia Parisi, Gennaro Santoro, Alessio Scandurra

Questo eBook è rilasciato con licenza Creative Commons-Attribuzione-Non commerciale-Nonopere derivate 3.0 Italia. Il testo integrale della licenza è disponibile all'indirizzo <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/deed.it>. È consentita la riproduzione parziale o totale dell'opera e la sua diffusione per via telematica a uso personale dei lettori purché non a scopo commerciale citando come fonte l'Associazione Antigone.

Questa ricerca non sarebbe stata possibile senza la collaborazione ed il supporto del Presidente del Tribunale di Roma e dei giudici e pubblici ministeri che hanno risposto al nostro questionario. Si ringraziano inoltre gli avvocati Elia De Caro (foro di Bologna), Maria Pia Scarciglia (foro di Lecce), Paola Bevere, Simona Filippi e Roberta Giannini (foro di Roma) e tutti gli avvocati che hanno risposto al nostro questionario.

Un particolare ringraziamento infine a Franco Tiberi e Maria Cristina Marchione del Ministero della Giustizia, e alla DLA Piper per il supporto nella traduzione.

Roma, Dicembre 2015



Con il sostegno economico del
Criminal Justice Programme
dell'Unione Europea

Questa pubblicazione rispecchia il solo punto di vista degli autori e la Commissione Europea non può essere ritenuta responsabile per qualsiasi utilizzo che possa venir fatto delle informazioni qui contenute.

Presentazione del progetto

<i>I. Sintesi</i>	<i>p.4</i>
<i>II. Finalità del progetto europeo</i>	<i>p. 8</i>
<i>III. La metodologia del progetto di ricerca</i>	<i>p. 14</i>
<i>IV. Il contesto italiano</i>	<i>p. 17</i>

I risultati della ricerca

<i>V. Processo decisionale sotteso all'applicazione della custodia cautelare</i>	<i>p. 25</i>
<i>VI. Il merito del processo decisionale sotteso all'applicazione della custodia cautelare</i>	<i>p. 32</i>
<i>VII. Alternative alla detenzione</i>	<i>p. 38</i>
<i>VIII. Il riesame della misura cautelare</i>	<i>p. 43</i>
<i>IX. Gli esiti dei processi</i>	<i>p. 51</i>
<i>X. Conclusioni e raccomandazioni</i>	<i>p. 55</i>

I. SINTESI

L'Italia è uno dei paesi Europei con il maggior numero di detenuti in custodia cautelare: nel 2010 il 42% dei detenuti era in attesa di una sentenza definitiva, ed il 20,8% era in attesa di una sentenza di primo grado (Fonte: Ministero della Giustizia). Oggi la situazione è migliorata (34,5% e 17,1%) ma il numero di detenuti in attesa di una sentenza definitiva è ancora allarmante.

L'Italia è stata altresì per lungo tempo uno dei paesi dell'Unione europea con la più alta percentuale di contestazioni per violazione dell'articolo 5 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). La Corte Europea dei diritti dell'Uomo (Corte EDU) ha emesso infatti numerose condanne riscontrando violazioni specialmente riguardo l'eccessivo periodo di detenzione preventiva e l'assenza di effettive garanzie.

Il Parlamento Italiano ha recentemente introdotto nuove leggi che hanno sicuramente rafforzato i diritti dell'imputato, limitando fortemente il ricorso alla custodia cautelare in carcere e prevedendo garanzie processuali ulteriori rispetto al passato.

L'Associazione Antigone ha di recente partecipato ad un importante progetto europeo *The practice of pre-trial detention: monitoring alternatives and judicial decision-making*, finanziato dalla DG Justice dell'Unione Europea e coordinato da Fair Trials international. In estrema sintesi, il progetto si pone l'obiettivo di mettere a confronto le prassi giudiziarie relative alla applicazione delle misure cautelari in 10 paesi UE. Ricercatori dell'Associazione hanno pertanto partecipato ad udienze relative all'applicazione delle misure cautelari, esaminato fascicoli processuali e sottoposto questionari ad avvocati, giudici e pubblici ministeri. Dall'esame dei fascicoli processuali è emerso che il 14% degli imputati è stato assolto dopo aver subito la detenzione cautelare in carcere, nel 5% dei casi (relativi a estradizione e mandato di arresto europeo) non è avvenuta la consegna ma la misura custodiale (in carcere o in regime di arresti domiciliari) è stata comunque applicata (in un caso per 334 giorni), mentre nell'81% dei casi vi è stata una sentenza di condanna.

I principali risultati, relativi all'analisi del processo decisionale volto all'applicazione della custodia cautelare in Italia, sono stati i seguenti:

1. Procedura decisionale: la parità di armi tra la difesa e l'accusa non è sufficientemente garantita, in quanto l'avvocato dell'imputato ottiene l'accesso al fascicolo solo 10 - 30 minuti prima dell'udienza e quindi non può prepararsi adeguatamente. Anche per tale ragione, il giudice fa eccessivo affidamento sugli argomenti dell'accusa. Nei casi che riguardano imputati stranieri, il servizio di interpretazione è spesso insufficiente.
2. Il merito della decisione: la motivazione dell'ordine di custodia cautelare è estremamente stereotipata, affidandosi eccessivamente alla sussistenza di reati precedentemente commessi per

giustificare la custodia cautelare in carcere. La gravità del reato contestato è spesso il fattore decisivo per giustificare un ordine di custodia cautelare, nonostante questo motivo sia illegittimo secondo la giurisprudenza della Corte EDU. I ricercatori hanno osservato una notevole differenza nel trattamento dei migranti irregolari provenienti da paesi terzi, che vengono tendenzialmente posti in custodia cautelare, mentre cittadini della UE hanno maggiore probabilità di essere sottoposti a misure meno restrittive. Imputati vulnerabili che non hanno una abitazione ed una rete di rapporti sociali sono solitamente posti in custodia cautelare carceraria anche quando in astratto le esigenze cautelari potrebbero essere soddisfatte con gli arresti domiciliari.

3. L'uso di alternative alla detenzione: giudici e, soprattutto, pubblici ministeri non credono nell'efficacia delle misure alternative alla detenzione; a parere dei ricercatori, tali misure sono quindi poco utilizzate. Tuttavia, gli arresti domiciliari e l'obbligo di presentarsi alla polizia sono le alternative più comunemente utilizzate. Il controllo elettronico non è ancora implementato nella prassi.
4. Riesame della misura di custodia cautelare: non vi è alcun obbligo giuridico di valutare ad intervalli regolari la possibilità di revisionare la misura cautelare. Tutti i procedimenti, volti alla estinzione o modifica della misura, osservati nel corso della ricerca, sono stati sollecitati dalla difesa. I procedimenti di revisione della misura (ad eccezione del riesame) sono spesso decisi senza la partecipazione e l'ascolto dell'imputato.

Le conclusioni della ricerca indicano che il processo decisionale volto all'applicazione della custodia cautelare in Italia è ancora lontano dall'essere conforme alle norme della CEDU sotto molteplici profili.

Stranieri e custodia cautelare

Il dato più allarmante della ricerca è forse costituito dall'eccessivo utilizzo della misura cautelare in carcere nei confronti dei soggetti più vulnerabili, specie se stranieri extra UE. Basti pensare che tutti i casi di ingiusta detenzione riscontrati nella ricerca hanno riguardato esclusivamente cittadini extra UE. In un caso, l'ingiusta detenzione in carcere si è protratta per 445 giorni.

In effetti, a ben vedere, emerge chiaramente una forte disparità tra cittadini extra-comunitari ed europei se analizziamo il dato demografico dei destinatari di ordini di carcerazione preventiva. Nei casi analizzati soltanto 13 imputati su 43 fascicoli esaminati erano cittadini stranieri, 11 gli extra-comunitari di cui quattro irregolari, due senza fissa dimora. Per questi imputati la custodia cautelare è stata richiesta in 11 casi (circa l'85%), e la Procura in sei casi ha giustificato la richiesta sostenendo che l'imputato era un cittadino straniero. Il giudice ha ordinato la detenzione in nove casi (69%) e misure alternative alla custodia cautelare in carcere in due casi. Gli esiti dei procedimenti sono stati: otto condanne, tre assoluzioni (e relative richieste di risarcimento per l'ingiusta detenzione subita) e in due casi (relativi ad estradizione e mandato di arresto europeo) la consegna allo stato richiedente non è stata accolta.

Imputati vulnerabili (specie se stranieri extra UE) che non hanno una abitazione ed una rete di rapporti sociali sono solitamente posti in custodia cautelare carceraria anche quando in astratto le esigenze cautelari potrebbero essere soddisfatte con gli arresti domiciliari.

Emblematico è il caso di Juan (nome di fantasia), che per il furto in un supermercato di pochi beni alimentari, è stato detenuto in custodia cautelare.

All'imputato, un cittadino extracomunitario, durante la prima udienza è stato imposto, in alternativa alla custodia cautelare, l'obbligo di presentarsi regolarmente alla polizia giudiziaria. A seguito della violazione di questa misura cautelare il giudice ha ordinato che la misura fosse trasformata in arresti domiciliari, a patto che il domicilio dell'interessato fosse idonea a questo scopo. La polizia incaricata di eseguire l'ordinanza di mutamento della misura ha tuttavia ritenuto l'alloggio non idoneo: si trattava di un'abitazione occupata illegalmente a suo tempo dall'imputato, che nel frattempo era stata occupata da altro soggetto. L'imputato è stato quindi ricondotto in carcere per mancanza di un alloggio idoneo, finendo in questo modo in carcere nonostante il giudice avesse ritenuto, per tutelare gli interessi sottesi all'applicazione della misura cautelare (pericolo di reiterazione del reato, di fuga o inquinamento delle prove), fosse sufficiente che una misura assai meno afflittiva.

Un altro caso emblematico è quello di Karim (nome di fantasia), arrestato il 9 maggio del 2013. L'11 maggio è stato convalidato l'arresto per contraffazione di banconote, con applicazione della custodia cautelare in carcere. Inizialmente Karim è stato difeso da un avvocato d'ufficio che addirittura ha rinunciato alla traduzione degli atti essenziali del processo, nonostante l'interessato non comprendesse la lingua italiana e si professasse innocente. Il difensore di fiducia, nominato il successivo 21 maggio, ha ottenuto il 6 giugno la modifica della misura in arresti domiciliari, dopo aver provato l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza: incredibilmente le banconote non erano mai state sottoposte ad alcun esame tecnico per verificare che fossero false e, a seguito dell'istanza della difesa, ne è stata infine accertata l'autenticità. Ciò nonostante, alla prima richiesta di revoca o modifica sono stati concessi soltanto i domiciliari. Tale misura è stata poi revocata soltanto il 20 luglio, a seguito di una ulteriore istanza della difesa. L'interessato è stato infine assolto con formula piena e sta per presentare domanda di risarcimento del danno per l'ingiusta detenzione subita per 28 giorni in custodia cautelare in carcere e 44 giorni in regime di arresti domiciliari.

Alcune raccomandazioni

I risultati della ricerca svolta da Antigone suggeriscono la necessità di ulteriori iniziative del nostro paese in materia di custodia cautelare, per rafforzare i diritti degli imputati e per evitare ulteriori condanne dell'Italia per violazione dell'art. 5 della CEDU.

Per quanto riguarda la prima udienza relativa all'applicazione della misura cautelare la ricerca ha dimostrato che esiste una disuguaglianza dei mezzi a disposizione delle parti (gli avvocati hanno poco tempo per organizzare la migliore difesa sin dalla prima udienza) mentre il giudice non dispone di strumenti per superare questa disuguaglianza (come, ad es., il coinvolgimento dei servizi sociali o un servizio di

interpretariato e traduzione di livello adeguato). Un suggerimento pratico alle Autorità italiane potrebbe essere quello di introdurre la notifica per via telematica, contestualmente all'avviso di fissazione della prima udienza relativa all'applicazione della misura cautelare, anche del fascicolo dell'accusa (o almeno degli atti essenziali), in modo da consentire al difensore di predisporre adeguatamente la difesa, come avviene in molti paesi europei. Ciò in quanto dalla ricerca è emerso che in circa tre casi su quattro la misura cautelare inizialmente disposta viene successivamente mitigata. Tale stato dell'arte è spesso dovuto al fatto che l'interessato fornisce la prova di avere un alloggio idoneo, o riesce a provare l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza o delle esigenze cautelari, solo dopo la prima udienza relativa all'applicazione della misura cautelare. Intervenire sulle garanzie relative alla prima udienza, dove si decide in ordine all'applicazione della misura, significa dunque evitare il passaggio in carcere di soggetti che possono essere sottoposti a misure meno afflittive sin dall'inizio.

Un ulteriore suggerimento è quello di istituire un albo degli interpreti e traduttori di cui si possono avvalere giudici ed avvocati nonché di adottare tutte le misure (ad es., formazione degli operatori) che possano favorire il rispetto delle direttive europee che prevedono maggiori tutele per l'imputato che non parla la lingua nazionale. Ad oggi sia la normativa che le prassi in Italia sono piuttosto carenti.

Quanto sopra non significa che negli ultimi tempi non si siano registrati progressi importanti, ed in particolare la recente riforma introdotta dalla legge 47/2015 ha sicuramente rafforzato i diritti dell'imputato, ma anche questa riforma da sola non è sufficiente a porre rimedio agli aspetti critici emersi nella ricerca, perché i soggetti più vulnerabili, privi di tutele sociali e di un alloggio adeguato continuano, e continueranno, a subire la custodia cautelare in carcere anche quando in astratto potrebbero essere applicate misure meno afflittive.

Inoltre, come sovente accade, anche in questo caso l'intervento legislativo non è da solo sufficiente a risolvere i problemi. Andrebbe mutato l'atteggiamento culturale della pubblica accusa e dei giudici che talvolta, con troppa facilità, utilizzano la custodia cautelare per i soggetti stranieri con piccoli precedenti. Ma andrebbe cambiato anche l'atteggiamento della difesa, talvolta poco attenta all'implementazione delle ultime direttive europee volte a rafforzare la tutela degli imputati che non capiscono l'italiano. Resta infatti notevole la diffidenza verso il servizio, a volte effettivamente inadeguato, di interpretariato, e si sottovaluta l'importanza del fatto che l'imputato possa comprendere e partecipare attivamente al procedimento che lo riguarda.

II. FINALITÀ DEL PROGETTO EUROPEO

Questo *report* "La custodia cautelare: analisi delle alternative e del processo decisionale in Italia" è la sintesi in italiano di uno dei 10 *report* nazionali che descrivono i risultati del progetto di ricerca finanziato dall'UE, che è stato condotto in 10 diversi Stati membri dell'UE nel 2014-2015.

Più di 100.000 imputati si trovano in custodia cautelare in tutta l'UE. Mentre ci sono stati numerosi studi sul quadro normativo che disciplina la custodia cautelare negli Stati membri dell'UE, è stata effettuata una ricerca limitata, fino ad oggi, sul procedimento decisionale volto all'applicazione di questa misura. Questa assenza di riferimenti sul tema è stato il motivo di questo importante progetto in cui le ONG, e gli accademici provenienti da 10 Stati membri dell'Unione Europea, coordinata da Fair Trials International (Fair Trials) hanno condotto una ricerca sulle procedure decisionali volte all'applicazione della custodia cautelare. L'obiettivo del progetto è quello di fornire una base di conoscenze unico riguardo a ciò che, in pratica, è la causa dell'eccessivo ricorso alla custodia cautelare. In questa ricerca, sono state esaminate le procedure decisionali per comprendere le motivazioni e gli interessi delle parti coinvolte (gli avvocati della difesa, i giudici, i pubblici ministeri). Questi risultati saranno diffusi tra i politici, giudici, pubblici ministeri e gli avvocati difensori, informando così lo sviluppo di future iniziative volte a ridurre l'uso della custodia cautelare a livello UE e nazionale.

Questo progetto integra anche gli attuali sviluppi a livello europeo in materia di diritti processuali. Sotto la *Procedural Rights Roadmap*, adottata nel 2009, le istituzioni dell'UE hanno esaminato le questioni derivanti dalla insufficiente protezione dei diritti procedurali nell'ambito del riconoscimento reciproco, come ad esempio le difficoltà derivanti dalla applicazione del mandato d'arresto europeo. Sono già state adottate tre direttive in materia (atti giuridici che obbligano gli Stati membri ad adottare disposizioni nazionali che permetteranno di conseguire gli obiettivi delineati): la Direttiva sull'interpretazione e traduzione (2010/64 / UE), la Direttiva sul diritto all'informazione (2012/13 / UE), e la Direttiva sull'accesso ad un avvocato (2013/48 / UE). Tre ulteriori misure sono attualmente in fase di negoziazione - sull'assistenza giudiziaria, le garanzie per i bambini e la presunzione di innocenza e il diritto di essere presente al processo.

La *Roadmap* include anche il compito di esaminare i problemi legati alla detenzione, inclusa la custodia cautelare, attraverso un *Green Paper* pubblicato nel 2011. Basandosi sulla propria esperienza lavorativa maturata attraverso il proprio *Legal Expert Advisory Panel (LEAP¹)* Fair Trials ha risposto al *Green Paper* con il report "Detenuti senza processo" ed ha messo in guardia il legislatore Europeo su come i diritti fondamentali degli individui siano violati nel processo di applicazione della custodia cautelare. Una tavola rotonda di esperti nel 2012-2013 in Amsterdam, Londra, Parigi, Polonia, Grecia e Lituania ha individuato nel processo decisionale la possibile causa dell'uso eccessivo della custodia cautelare ed ha sottolineato la

¹ <http://www.fairtrials.org/fair-trials-defenders/legal-experts/>

necessità di risolvere questo tema. Ma sino ad ora, nessuna iniziativa a livello legislativo è stata presa in relazione al potenziamento della tutela dei diritti dei sospettati che rischiano di essere sottoposti a custodia cautelare. Tuttavia la Commissione Europea sta attualmente conducendo un *Impact Assessment* per una misura a livello di legislazione Comunitaria sulla custodia cautelare, che dovrebbe recepire il *report* di questo progetto di ricerca.

II.I. Gli standard

Gli attuali standard in materia di custodia cautelare sono definiti all'articolo 5 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). L'articolo 5, c. 1 della CEDU stabilisce che l'arresto o la detenzione dovrebbe essere "effettuato al fine di portare il sospettato innanzi alla competente autorità giudiziaria sulla base di un ragionevole sospetto di aver commesso un reato o quando è ragionevolmente considerato necessario al fine di prevenire la commissione da parte sua di un reato o di fuggire dopo averlo commesso".

Chiunque venga privato della libertà personale in deroga a quanto disposto dall'articolo 5 "ha il diritto di presentare ricorso attraverso il quale l'illegittimità della sua detenzione sia speditamente decisa da una autorità giudiziaria e venga disposto il suo rilascio in caso di detenzione illegittima" (Articolo 5, c. 4 CEDU). La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) ha sviluppato dei principi generali in merito all'attuazione dell'Articolo 5 che dovrebbero governare il procedimento volto all'applicazione della custodia cautelare e rafforzare il diritto di difesa se applicati in maniera appropriata. Questi standard si sono sviluppati attraverso un numero sempre crescente di casi giurisprudenziali.

II.II. La Procedura

La Corte EDU ha stabilito che una persona detenuta sulla base del sospetto di aver commesso un reato deve essere prontamente² o "velocemente"³ tradotta innanzi all'autorità giudiziaria, ed il "margine di elasticità nell'interpretazione ed applicazione della nozione di velocità è molto limitato"⁴. Il processo deve instaurarsi in tempi ragionevoli in conformità a quanto previsto all'articolo 5, c. 3 della CEDU e in via generale il procedimento che riguarda un detenuto in custodia cautelare deve essere condotto con particolare diligenza e speditezza⁵. Se ciò si sia realizzato deve essere valutato alla luce dei fatti valutando caso per caso⁶. La Corte EDU ha considerato periodi di custodia cautelare di durata compresa tra i 2 anni e mezzo ed i cinque anni eccessivi⁷. Come previsto dalla Corte EDU, la corte che statuisce in merito alla custodia, deve avere anche il potere di rilasciare il sospettato⁸ e deve essere indipendente dall'esecutivo

² *Rehbock c. Slovenia*, n. 29462/95, 28 novembre 2000, paragrafo 84

³ Il limite di tolleranza della custodia cautelare non è stato definito dalla Corte Europea, tuttavia in *Brogan e altri c. UK*, App.11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, 29 novembre 1988, la Corte ha statuito che la detenzione preventiva che si protrae da quattro a sei giorni viola l'art. 5, c. 3

⁴ *Ibidem* paragrafo 62

⁵ *Stogmuller c. Austria*, n. 1602/62, 10 novembre 1969, paragrafo 5

⁶ *Buzadj c. Moldavia*, n. 23755/07, 16 dicembre 2014, paragrafo 3

⁷ *PB c. Francia*, n. 38781/97, 1 agosto 2000, paragrafo 34

⁸ *Singh c. UK*, n. 23389/94, 21 febbraio 1996, paragrafo 65

così come da entrambe le parti del procedimento⁹. L'udienza in cui si statuisce in merito alla detenzione deve essere orale e condotta alla luce del principio del contraddittorio, inoltre deve essere garantita la partecipazione effettiva del sospettato¹⁰.

II.II. Il merito

La Corte EDU ha a più riprese sottolineato la presunzione a favore del rilascio¹¹ ed ha chiarificato che lo Stato ha l'onere della prova nel dimostrare che una alternativa più mite rispetto alla custodia cautelare non soddisferebbe le esigenze cautelari¹². La decisione in merito alla detenzione deve essere sufficientemente motivata e non dovrebbero essere utilizzate formule stereotipate¹³. Le ragioni a favore e contro la custodia cautelare non devono essere "generalizzate ed astratte"¹⁴. Il giudice deve esplicitare le ragioni per cui dispone la custodia cautelare e motivare il perché non abbia proceduto al rilascio¹⁵.

La Corte EDU ha inoltre sottolineato i motivi che legittimano l'applicazione della custodia cautelare: (1) il rischio che il sospettato non si presenti al processo¹⁶; (2) il rischio che il sospettato inquina le prove o possa intimidire i testimoni¹⁷; (3) il rischio che il sospettato possa commettere ulteriori reati¹⁸; (4) il rischio che il rilascio possa causare disordine pubblico¹⁹; o (5) la necessità di proteggere la sicurezza di una persona sotto indagine in casi eccezionali²⁰. La commissione di un reato è una ragione insufficiente per ordinare la custodia cautelare, non ha rilevanza quanto il reato sia grave e la univocità delle prove contro il sospettato²¹. La custodia cautelare basata sulla "necessità di preservare l'ordine pubblico dal pericolo causato dal reato"²² può essere legittimata solo se l'ordine pubblico rimane sotto minaccia. La custodia cautelare non può essere mantenuta solo perché il giudice crede che il processo si concluderà con una sentenza di condanna²³. Relativamente al pericolo di fuga, le Corte EDU ha chiarificato che la mera mancanza di una fissa dimora²⁴ o il rischio di dover affrontare un periodo di lunga carcerazione in caso di condanna non giustifica una decisione di custodia cautelare²⁵. Solo il rischio di recidiva può giustificare la

⁹ *Neumeister c. Austria*, n. 1936/63, 27 giugno 1968, paragrafo 24

¹⁰ *Göç c. Turchia*, n. 36590/97, 11 luglio 2002, paragrafo 62

¹¹ *Michalko c. Slovacchia*, n. 35377/05, 21 dicembre 2010, paragrafo 145

¹² *Ilijkov c. Bulgaria*, n. 33977/96, 26 luglio 2001, paragrafo 85.

¹³ *Yagci e Sargin c. Turchia*, nn. 16419/90, 16426/90, 8 giugno 1995, paragrafo 52

¹⁴ *Smirnova c. Russia*, n. 46133/99, 48183/99, 24 luglio 2003, paragrafo 63

¹⁵ Vedi *supra*, nota 7

¹⁶ Vedi *supra*, nota 15, paragrafo 59

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ *Muller c. Francia*, n. 21802/93, 17 marzo 1997, paragrafo 44

¹⁹ *J.A. c. Francia*, n. 28213/95, 23 settembre 1988, paragrafo 104.

²⁰ *Ibidem* paragrafo 108

²¹ *Tomasi c. Francia*, n. 12850/87, 27 agosto 1992, paragrafo 102

²² Vedi *supra*, nota 20

²³ Vedi *supra*, nota 12, paragrafo 149

²⁴ *Sulaoja c. Estonia*, n. 55939/00, 15 febbraio 2005, paragrafo 64.

²⁵ Vedi *supra*, nota 22, paragrafo 87

custodia cautelare se vi è la prova reale che il rischio di recidiva sia attuale²⁶; la semplice mancanza di un lavoro o di legami familiari locali sarebbe comunque insufficiente²⁷.

II.III. Le alternative alla detenzione

La giurisprudenza della Corte EDU ha fortemente invitato all'utilizzo della custodia cautelare solo come misura eccezionale. In *Ambruszkiewicz c. Polonia*²⁸, la Corte ha stabilito che la "detenzione di un soggetto è una misura così restrittiva che è giustificata solo nel caso in cui altre misure meno restrittive siano state considerate e ritenute non sufficienti a salvaguardare gli individui o l'interesse pubblico, a meno che il sospettato non venga posto in custodia cautelare". Ciò significa che la privazione della libertà personale non solo deve essere ammessa dalla legge nazionale, ma deve essere anche necessaria tenuto conto delle circostanze.

Inoltre, la Corte EDU ha enfatizzato l'uso della proporzionalità nel prendere le decisioni, in cui le autorità dovrebbero considerare le alternative meno stringenti prima di imporre la detenzione²⁹, e le autorità dovrebbero inoltre considerare se il protrarsi della detenzione dell'accusato sia indispensabile³⁰.

Una possibile alternativa è quella di rilasciare il sospettato all'interno dello stato in cui si trova sottoponendolo a supervisione. Lo Stato non può giustificare la detenzione in relazione alla non appartenenza alla nazione del sospettato, ma deve considerare piuttosto misure di supervisione che siano sufficienti a garantire la presenza del sospettato al processo.

II.IV. Riesame della custodia cautelare

La custodia cautelare deve essere soggetta ad un regolare riesame giurisdizionale³¹, che tutti gli interessati (il difensore, il corpo giudiziario, ed il pubblico ministero) devono poter dare impulso al riesame³². L'udienza di riesame deve prendere la forma di una udienza in contraddittorio tra le parti con la parità delle armi delle parti coinvolte³³. Ciò potrebbe richiedere l'accesso ai fascicoli³⁴, cosa oggi confermata all'articolo 7, c. 1 della Direttiva sul diritto di informazione. La decisione sul mantenere in custodia un soggetto deve essere presa velocemente e nel caso in cui si decida di protrarre lo stato di custodia si devono fornire delle motivazioni³⁵. La decisione precedente non dovrebbe essere semplicemente ripetuta³⁶. Quando una decisione di custodia cautelare viene riesaminata, la Corte EDU dispone che il giudice deve tenere a mente che una presunzione a favore del rilascio³⁷ rimane, ed il perdurare dello stato di detenzione "può essere giustificato in un determinato caso solo sussistano specifiche indicazioni ed effettive esigenze di ordine

²⁶ *Matznetter c. Austria*, n. 2178/64, 10 novembre 1969, parere concordante di Judge Balladore Pallieri, paragrafo 1.

²⁷ Vedi *supra*, nota 25.

²⁸ *Ambruszkiewicz c. Polonia*, n. 38797/03, 4 maggio 2006, paragrafo 31

²⁹ *Ladent c. Polonia*, n. 11036/03, 18 marzo 2008, paragrafo 55

³⁰ *Ibidem*, paragrafo 79

³¹ *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, nn. 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18 giugno 1971, paragrafo 76

³² *Rakevich c. Russia*, n. 58973/00, 28 ottobre 2003, paragrafo 43

³³ Vedi *supra*, nota 11.

³⁴ *Wloch c. Polonia*, n. 27785/95, 19 ottobre 2000, paragrafo 127

³⁵ Vedi *supra*, nota 3, paragrafo 84.

³⁶ Vedi *supra*, nota 13

³⁷ Vedi *supra*, nota 12, paragrafo 145

pubblico, nonostante la presunzione di innocenza, tali da giustificare una limitazione della libertà individuale come previsto dall'art. 5 della Convenzione³⁸. Le autorità rimangono sottoposte ad un continuo dovere di considerare la possibilità di utilizzare misure alternative³⁹.

II.V. L'implementazione

Eppure, queste linee guida non vengono rispettate nelle corti nazionali e gli Stati membri hanno violato l'articolo 5 della CEDU in oltre 400 casi dal 2010.

Indipendentemente da una possibile azione da parte della UE in merito a questo tema in una fase successiva, l'ultima responsabilità per assicurare che il diritto del sospettato ad un equo processo e al diritto alla libertà siano rispettati spetta agli Stati membri che devono assicurare che almeno i minimi standard sviluppati dalla Corte EDU siano rispettati.

II.VI. La custodia cautelare in Italia.

L'Italia è uno dei paesi Europei con il maggior numero di detenuti in custodia cautelare: nel 2010 il 42% dei detenuti era in attesa di una sentenza definitiva, ed il 20,8% era in attesa di una sentenza di primo grado (Fonte: Ministero della Giustizia). Oggi la situazione è migliorata (34,5% e 17,1%) ma il numero di detenuti in attesa di una sentenza definitiva è ancora allarmante.

Il libro *L'impatto socio-economico della custodia cautelare*⁴⁰, e il documento *L'Eccessivo utilizzo della custodia cautelare*, scritti dal Commissario per i Diritti umani Thomas Hammarberg nell'Agosto del 2011, mettono in evidenza che ogni anno circa 10 milioni di persone in tutto il mondo vengono incarcerate in custodia cautelare e rimangono in carcere per mesi o anni prima che la loro colpevolezza venga dimostrata. Al di là delle considerazioni sul piano legale e umanitario, il libro afferma che "imprigionare milioni di persone che si presume siano innocenti è una perdita di potenziale umano che mina lo sviluppo economico"⁴¹. L'articolo 5 della CEDU dispone che ogni persona ha il diritto alla libertà ed alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà tranne nei casi esplicitamente richiamati dall'articolo 5 e nei modi prescritti dalla legge. Un certo numero di garanzie sono fornite in relazione all'informazione circa il capo d'accusa, alla traduzione innanzi all'autorità giudiziaria, al diritto ad essere giudicato in un lasso di tempo ragionevole o di essere lasciato libero durante la fase delle indagini, all'accesso a un riesame rapido ed efficace ed al diritto al risarcimento in caso di violazione dell'articolo 5.

Tuttavia queste garanzie non sono sempre rispettate. L'articolo 5 della CEDU è stato frequentemente violato in Italia in passato, e la nostra ricerca dimostra come violazioni simili potrebbero ripetersi anche in futuro.

³⁸ *McKay c. UK*, n. 543/03, 3 ottobre 2006, paragrafo 42.

³⁹ *Darvas c. Hungary*, n. 19574/07, 11 gennaio 2011, paragrafo 27.

⁴⁰ *L'impatto socio-economico della custodia cautelare* è edito e pubblicato dall'*Open Society Foundations & United Nations Development Program*.

⁴¹ Il libro fornisce degli esempi a sostegno della limitazione dell'uso della custodia cautelare, quantificando in un primo momento i costi derivanti da un eccessivo uso della custodia cautelare nel mondo, attraverso l'analisi degli effetti avversi che la misura cautelare in questione genera al livello di disoccupazione e crescita economica, a livello di costi per la salute, e costi correlati alla corruzione e dell'errato utilizzo delle finanze pubbliche.

La custodia cautelare: analisi delle misure alternative e del processo decisionale dell'autorità giudiziaria in Italia

In ogni caso, è opportuno notare che l'Italia ha recentemente approvato due leggi (la legge n. 117/2014 e n. 47/2015,) che hanno certamente delineato un sistema più liberale, teoricamente idoneo a ridurre significativamente il numero dei sospettati o imputati in custodia cautelare e le conseguenti violazioni dell'articolo 5 della CEDU.

L'Associazione Antigone, che ha condotto questa ricerca in Italia, crede che questo studio possa promuovere un dibattito a livello europeo in merito alla uniformazione delle legislazioni nazionali che elevi gli standard delle garanzie legali nelle procedure di applicazione della custodia cautelare.

III. LA METODOLOGIA DEL PROGETTO DI RICERCA

Questo progetto è stato definito per sviluppare una migliore comprensione del processo decisionale volto all'applicazione della custodia cautelare, in 10 Stati Membri dell'UE. Questa ricerca è stata portata avanti in 10 Stati Membri caratterizzati da differenti sistemi giuridici (*common* e *civil law*), tradizioni giuridiche e culturali (per esempio influenze russe, romaniche e napoleoniche), differenti condizioni economiche e, soprattutto, un uso fortemente differente della custodia cautelare nei procedimenti penali (per esempio il 12,7 % dei detenuti in Irlanda non sono stati ancora condannati⁴² mentre nei Paesi Bassi il 39,9% dei detenuti non sono stati ancora condannati⁴³). La scelta dei paesi partecipanti permette di individuare buone e cattive pratiche, e proporre una riforma a livello nazionale così come la definizione di raccomandazioni che possano garantire lo sviluppo di standard minimi in tutta l'UE. I report dei singoli paesi focalizzati sulla situazione in ogni paese partecipante provvederà a fornire un punto di partenza da cui sarà possibile evincere i problemi comuni ai vari paesi, così come individuare esempi di buone pratiche, e forniranno una comprensione del processo decisionale paneuropeo volto all'applicazione della custodia cautelare.

Cinque elementi di ricerca sono stati utilizzati al fine di comprendere i procedimenti decisionali adottati nei singoli paesi, con l'aspettativa che ciò permetta a) l'analisi di carenze nel processo decisionale volto all'applicazione della custodia cautelare, comprendere le ragioni degli elevati tassi di custodia cautelare in alcuni paesi e comprendere le ragioni del minor numero negli altri, b) la valutazione di similitudini e differenze nelle diverse giurisdizioni e c) lo sviluppo di sostanziali raccomandazioni che possano guidare i responsabili politici negli sforzi di una riforma.

I cinque stadi della ricerca sono stati i seguenti:

1. Una ricerca *desk-based* in cui i partner hanno esaminato la legge nazionale e le procedure relativamente alla custodia cautelare, raccolto statistiche pubbliche relative all'utilizzo della custodia cautelare e delle alternative possibili, così come informazioni sulle recenti o prossime riforme legislative. Basandosi su questa ricerca, Fair Trials ed i partner hanno sviluppato strumenti di ricerca che - con piccoli adattamenti in relazione alle specifiche condizioni locali - esplorano le prassi e le motivazioni delle decisioni di custodia cautelare e catturano le percezioni dei vari soggetti coinvolti in tutti i paesi partecipanti.
2. Un sondaggio con cui è stato chiesto agli avvocati in merito alla loro esperienza sia relativamente alle procedure volte all'applicazione della custodia cautelare che alle ragioni di merito che portano a tale decisione.

⁴² <http://www.prisonstudies.org/country/ireland-republic>, dati forniti dall'International Centre for Prison Studies, 18 giugno 2015.

⁴³ <http://www.prisonstudies.org/country/netherlands>, dati forniti dall'International Centre for Prison Studies, 18 giugno 2015.

3. Partecipazione alle udienze volte all'applicazione della custodia cautelare, acquisendo così una visione diretta delle procedure seguite durante tali udienze, comprendendo allo stesso modo le argomentazioni fornite da avvocati e pubblici ministeri e recependo le decisioni giudiziarie a seguito dell'udienza iniziale e di quelle del riesame.
4. Riesame di fascicoli, che hanno permesso ai ricercatori di capire in maniera completa un caso di applicazione della misura di custodia cautelare come si sviluppa, in contrasto con la "foto" ottenuta attraverso la partecipazione alle udienze.
5. Interviste strutturate con i giudici e i pubblici ministeri, catturando le loro impressioni e motivazioni in casi di custodia cautelare. In aggiunta alle domande comuni che hanno formato la parte più ampia delle interviste, i ricercatori hanno sviluppato domande considerando le specificità dei paesi basate sui precedenti risultati di follow-up su specifiche questioni locali.

III.1. In Italia

Questo report si basa per la maggior parte sull'analisi di 43 fascicoli processuali esaminati, 19 udienze monitorate, 35 questionari sottoposti agli avvocati, cinque questionari compilati dai giudici, tre questionari compilati dai pubblici ministeri.

Gli avvocati intervistati provengono da tutta l'Italia, cercando di avere un campione più vario possibile (includendo sia giovani avvocati che professionisti esperti nell'ambito del diritto penale). L'indagine è stata condotta via email ed inoltre tramite telefonate e incontri. La maggior parte degli avvocati intervistati sono membri di Antigone o comunque hanno avuto contatti con la nostra organizzazione in passato per altre ragioni.

I pubblici ministeri ed i giudici intervistati lavorano in distretti differenti ed anche in questo caso abbiamo cercato di avere un campione il più vario possibile (Corte di Cassazione, Corte d'Assise, Tribunale).

I fascicoli per la maggior parte riguardavano la Corte di Appello di Roma, il Tribunale di Roma (ivi compresa la sezione del riesame), Bologna e Lecce. Anche in questo caso, per avere un campione il più vario possibile, si è deciso di focalizzare l'attenzione sul Tribunale della Capitale, su uno nel nord ed uno nel sud Italia.

I principali problemi riscontrati hanno riguardato l'accesso ai fascicoli ed alle udienze. Sebbene Antigone sia stata autorizzata dal Presidente della Corte di Roma ad accedere ai fascicoli ed alle udienze sin dal Novembre 2014 ed ha riscontrato grande disponibilità dei giudici e degli operatori coinvolti, nei fatti, l'accesso è stato problematico, sia perché i fascicoli elettronici contenevano dati parziali (e.g., non vi erano dati relativi ai ricorsi contro le misure cautelari) sia perché l'autorizzazione alla partecipazione alle udienze non includeva la possibilità di avere informazioni in merito all'esito finale del procedimento monitorato.

Per queste ragioni, è stato deciso di esaminare i fascicoli raccolti principalmente da studi legali in tutto il paese; i dati incompleti ottenuti dai 15 fascicoli elettronici esaminati nel Tribunale di Roma non sono stati ricompresi nel report finale.

La custodia cautelare: analisi delle misure alternative e del processo decisionale dell'autorità giudiziaria in Italia

Per quanto riguarda il tipo di reati è stato deciso di dare preferenza ai reati legati alle sostanze stupefacenti, dato che in Italia oltre il 30% della popolazione carceraria è detenuta per crimini di questo tipo.

I nostri risultati derivano per la maggior parte dai 43 fascicoli esaminati, poiché i dati raccolti in questo caso erano più comprensibili e includevano la motivazione delle decisioni di custodia cautelare, motivazione che non era sempre disponibile reperire per le 19 udienze monitorate⁴⁴.

Nei prossimi capitoli, dopo una breve introduzione sulle peculiarità del sistema italiano, analizzeremo nel dettaglio i risultati riguardanti le procedure decisionali volte all'applicazione della custodia cautelare, il merito della decisione di custodia cautelare, le alternative alla detenzione, il riesame e gli esiti processuali dei casi esaminati.

Abbreviazioni utilizzate

cpp. - codice di procedura penale
UE - Unione europea

Corte EDU - Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
CEDU - Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

IV. IL CONTESTO

IV.I. Il quadro normativo

I principi costituzionali relativi alle misure restrittive della libertà personale sono:

- a) la libertà personale non può essere limitata tranne nei casi e nei modi prescritti dalla legge, ed a seguito della decisione di un giudice (art. 13 e art. 14);
- b) la possibilità di ricorrere ad un giudice per le misure che limitano la libertà personale in violazione della legge (art. 111, c. 7);
- c) la presunzione di innocenza (art. 27, c. 2).

Le misure cautelari personali sono coercitive o interdittive. Le misure cautelari coercitive sono: la custodia cautelare (art. 285 cpp), gli arresti domiciliari (art. 284 cpp), la custodia cautelare in luogo di cura (art. 286 cpp). Queste misure sono simili alla custodia cautelare sotto molti aspetti: il tempo di applicazione della misura è sottratto dal tempo della pena definitiva; il termine massimo di durata e le regole procedurali sono le medesime della custodia cautelare.

Il monitoraggio elettronico non è considerato una alternativa alla custodia cautelare, ma una forma possibile degli arresti domiciliari.

Le misure interdittive alternative alla detenzione sono: divieto di espatrio (art. 281 cpp), obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria (art. 282 cpp), allontanamento dalla casa familiare (art. 282 bis cpp), divieto e obbligo di dimora (art. 283 cpp). Il giudice non può applicare una misura che sia più restrittiva di quella richiesta dal pubblico ministero.

Il codice di procedura penale (artt. 272-279) definisce in maniera dettagliata le regole che disciplinano la custodia cautelare.

Secondo il codice di procedura penale (cpp) una misura cautelare può essere applicata solo nel caso di gravi indizi di colpevolezza (art. 273 cpp) e in caso di specifiche esigenze cautelari (art. 274 cpp). Queste ultime sono indicate dalla legge e sono unicamente il pericolo di fuga, inquinamento delle prove, o la recidiva.

Il giudice, alla scelta della misura cautelare, deve seguire i criteri individuati dall'art. 275 cpp (così detta discrezionalità vincolata): la misura deve essere adeguata, proporzionata e deve essere la meno invasiva.

La legge esplicitamente prevede che la detenzione possa essere comminata solo per specifici crimini e quando tutte le altre misure non possano soddisfare le esigenze cautelari.

In termini generali la custodia cautelare non può essere applicata per reati che possono essere puniti con una pena massima inferiore ai cinque anni (si noti che in passato la soglia era quattro anni. La modifica dell'art. 280 cpp introdotta dalla legge n. 94/2013 ha avuto un forte impatto sui crimini legati alla droga). Fa eccezione il finanziamento illecito ai partiti politici.

Per reati la cui pena massima si pone sotto questa soglia l'applicazione della custodia cautelare è possibile nel caso di violazione degli arresti domiciliari.

Ciò detto, per reati più gravi (pena massima superiore ai 5 anni) i principi della discrezionalità vincolata e dell'ultimo rimedio utile continuano comunque ad applicarsi.

La Legge n. 47/2015 recentemente introdotta, entrata in vigore lo scorso 8 Maggio, riguardante "Modifiche al Codice di Procedura Penale in materia di misure cautelari", seguendo l'orientamento giurisprudenziale della Corte Costituzionale, ha fortemente limitato la presunzione di idoneità assoluta di custodia cautelare in carcere, che è il caso in cui solo la detenzione si presume essere rispondente alle esigenze cautelari, solo nel caso di tre crimini particolarmente gravi: crimini di mafia, associazione terroristica, ricomprendendo anche l'associazione terroristica di stampo internazionale, e l'associazione sovversiva.

Per gli altri reati (come ad esempio omicidio, violenza sessuale e sequestro a scopo di estorsione), la custodia cautelare non può essere applicata se le esigenze cautelari possono essere soddisfatte attraverso l'utilizzo di altre misure.

Come previsto dall'art. 278 cpp, per determinare la gravità dell'offesa, e di conseguenza quale misura cautelare possa essere usata o meno, il codice considera il periodo massimo di detenzione che potrebbe essere inflitto per un certo reato (massima pena edittale: 5 anni). Agli effetti dell'applicazione della misura non si tiene conto delle circostanze aggravanti come la continuazione, la recidiva e le altre circostanze che potrebbero aumentare la durata della pena, ma solo le circostanze aggravanti più serie, che potrebbero aumentare la durata della pena di oltre un terzo.

La legge n. 47/2015 recentemente introdotta, in linea con gli orientamenti della giurisprudenza della Corte EDU ha modificato l'art. 275, c.3 cpp: la custodia cautelare può essere applicata solo se ogni altra misura coercitiva o interdittiva risulti inadeguata; la detenzione, dunque, diventa estrema *ratio* e le altre misure, diversamente dal passato, possono adesso essere applicate cumulativamente per rendere ancor più remota la possibilità di applicare la custodia cautelare. Tutte le altre misure devono essere considerate inadeguate, anche nel caso di applicazione cumulativa, prima che la custodia cautelare possa essere applicata.

L'art. 274 cpp, c.1, lett. b) e c), è stato anche modificato nel senso che per applicare la custodia cautelare è richiesto che il pericolo di fuga non sia solo concreto, ma anche attuale. Si prevede, inoltre, che il pericolo concreto ed attuale non possa derivare solamente dalla gravità dell'offesa, ma debba derivare anche da altri elementi come il comportamento pregresso, la personalità dell'accusato, ecc.

Per il giudice non è più possibile motivare l'applicazione della custodia cautelare *per relationem* (art. 292, c. 2, lett. c) e *c-bis* cpp), facendo mero riferimento al fascicolo del pubblico ministero, quando invece una motivazione autonoma si rende necessaria, che tenga inoltre in considerazione le argomentazioni della difesa. Come stabilito dall'art. 274 cpp la motivazione deve essere dettagliata.

La riforma limita la discrezionalità del giudice nel valutare l'applicazione delle misure cautelari che garantiranno le esigenze cautelari in attesa del giudizio, sia secondo il requisito della concretezza del rischio di fuga o di reiterazione sia secondo il requisito della loro attualità.

Entrambi i requisiti non possono essere considerati integrati "solo in relazione alla gravità del reato perseguito" ma necessitano di essere scrutinati dal giudice caso per caso.

Le modifiche, inoltre, eliminano il ricorso automatico alla custodia cautelare nel caso di violazione degli arresti domiciliari (o di altra privata dimora). In questi casi, infatti, il giudice può decidere di continuare ad applicare gli arresti domiciliari se la violazione di questa misura è da considerarsi di lieve entità.

Ancor prima della legge 47 sopra sintetizzata, la Legge n. 117/2014, di conversione con modifiche del Decreto Legge n. 92/2014, aveva introdotto significativi cambiamenti nella disciplina che regola l'applicazione della custodia cautelare.

Come previsto dall'art. 275, c. 2-*bis*, prima parte, cpp, la custodia cautelare o gli arresti domiciliari non possono essere applicati se il giudice ritiene che al termine del processo possa essere concessa la sospensione condizionale della pena (che è il caso di condanne inferiori a due anni, se il giudice crede che non sussista il rischio di recidiva).

Un nuovo periodo è stato aggiunto all'art. 275, c. 2-*bis*, che però assume rilevanza solo nel caso di custodia cautelare in carcere: la custodia cautelare non può essere applicata se il giudice ritiene che concretamente (non in astratto, considerando il massimo di legge) all'esito del giudizio la pena non sarà superiore a tre anni. Questa disposizione non si applica nei procedimenti per i reati di cui agli articoli 423-*bis*, 572, 612-*bis*, e 624-*bis* del codice penale (reati di forte allarme sociale come furto in abitazione e furto con strappo o incendio boschivo) e di cui all'art. 4 della legge penitenziaria (reati gravi come la criminalità organizzata o violenza sessuale) e quando, considerata l'inadeguatezza di qualsiasi altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere applicati a causa della mancanza di fissa dimora. Ma vi è anche una serie di altre eccezioni:

- per i reati di cui al comma 3 dell'art. 275 cpp (una lunga lista di altri gravi reati);
- in caso di violazione degli arresti domiciliari (art. 276, c. 1-*ter* cpp);
- in caso di violazione di altre misure cautelari (art. 280, c. 3 cpp).

La previsione di una durata massima della custodia cautelare è una conseguenza di quanto disposto dall'art. 13, c. 5 della Costituzione che stabilisce che la legge deve prevedere una durata massima della custodia cautelare. Una serie di limiti definiscono la durata massima, dall'arresto fino al momento in cui la condanna diviene definitiva.

IV.II. Il procedimento

Normalmente, la prima udienza per ciò che riguarda la custodia cautelare si tiene subito dopo che un soggetto è colto in flagranza di reato (art. 382 cpp).

Non appena la decisione sulla conferma dell'arresto viene adottata, il giudice statuisce sulla misura cautelare, dopo aver sentito le parti.

L'applicazione di una misura meno restrittiva può essere richiesta dal pubblico ministero (il giudice non può applicare una misura più restrittiva di quella richiesta dal pubblico ministero) dal giudice (che per esempio rifiuta la richiesta del pubblico ministero e poi applica una misura meno restrittiva) e dalla difesa.

Come già detto, secondo la Costituzione italiana (art. 13) una persona tratta in arresto deve essere posta immediatamente a disposizione del pubblico ministero, ed al massimo entro 24 ore, altrimenti l'arresto è inefficace. Dal canto suo il pubblico ministero, entro 48 ore dall'arresto, deve chiedere al giudice la convalida. L'arresto è inefficace se il giudice non lo convalida entro 48 ore dalla richiesta.

Il sospettato che si trova in custodia, in arresto o sottoposto ad altra misura, può parlare immediatamente con un avvocato (art. 104 cpp); per questo motivo un avvocato deve essere prontamente messo al corrente (art. 293 e 386 cpp). Questo diritto può essere sospeso al massimo per 5 giorni per "specifiche ed eccezionali ragioni cautelari" quando l'incontro con l'avvocato può mettere a repentaglio le indagini.

Il fascicolo deve essere messo a disposizione da parte dell'autorità che interroga il sospettato immediatamente dopo l'arresto (art. 390 e 391 cpp).

I tre scenari più probabili sono i seguenti:

1) Se il sospettato è stato colto nell'atto di compiere un reato il pubblico ministero, dopo aver informato l'avvocato, interroga il sospettato, spiegandogli le ragioni dell'arresto, quali sono le prove contro di lui, e, se ciò non pregiudica le indagini, le fonti di prova.

All'udienza di convalida, immediatamente dopo la decisione di convalida dell'arresto, il giudice decide sull'applicazione della misura cautelare. L'avvocato può prendere visione del fascicolo all'udienza o brevemente prima dell'udienza ed in questa occasione può conferire con l'imputato in via confidenziale.

2) Se la misura richiesta dal pubblico ministero è applicata dal giudice durante le indagini, ma prima dell'inizio del processo, il fascicolo è reso disponibile per l'avvocato dopo l'esecuzione della misura, ma prima dell'udienza di convalida.

3) Quando la misura è applicata durante il processo, il difensore ha già potuto visionare il fascicolo. Durante tutto il processo la presenza del difensore è obbligatoria. Se la persona sottoposta ad indagini non ha un avvocato di fiducia, viene nominato un avvocato d'ufficio.

La revoca o la modifica della misura cautelare può essere richiesta dal convenuto o dal pubblico ministero, nel corso dell'udienza o formulando una richiesta specifica al giudice.

L'art. 279 cpp: sull'applicazione, revoca o modifica delle misure cautelari la decisione spetta al giudice procedente (durante le indagini, al Giudice per le indagini preliminari). Ciò è conforme a quanto stabilito dalla Costituzione italiana, che all'art. 13, c. 2 stabilisce che la restrizione della libertà personale è legittima solo se derivante da un atto motivato dell'autorità giudiziaria.

La custodia cautelare viene riesaminata dal giudice che procede (che potrebbe, come non potrebbe, essere il giudice che ha applicato la misura, ciò dipende dallo stadio del procedimento) di solito a seguito di una

richiesta della difesa (in ogni momento e senza limiti nel numero delle richieste), oppure d'ufficio quando i termini di durata massima stanno per scadere.

La misura deve essere revocata immediatamente (eventualmente d'ufficio) quando i gravi indizi di colpevolezza e/o le esigenze cautelari vengono meno. In aggiunta, dietro richiesta della difesa o del pubblico ministero, la misura può essere modificata.

Se la misura è basata sul pericolo di inquinamento delle prove, il giudice deve fissare il termine finale della misura, tenendo in considerazione le esigenze investigative (art. 292, c. 2, lett. d) cpp). Se la misura è la custodia cautelare in carcere, di regola (ci sono delle eccezioni per i reati più gravi) non può protrarsi oltre i 90 giorni.

Per il riesame della misura cautelare il destinatario della misura può rivolgersi ad un altro giudice ai fini della decisione. In questo caso la competenza è del Tribunale del Riesame, una sezione apposita, del Tribunale del Capoluogo del distretto di Corte d'Appello, non costituita nei capoluoghi più piccoli. Contro la decisione emessa dal Tribunale del Riesame si può ricorrere in Cassazione.

Questo tipo di impugnazione può essere esercitata entro dieci giorni dall'applicazione della misura, e la decisione può essere contestata sia sul piano formale che nel merito. La richiesta di riesame può essere, così come può non essere motivata, ed essa è completamente devolutiva: la cognizione del giudice non è limitata ai motivi proposti dal soggetto sottoposto alla misura. Ci sono termini perentori entro i quali il pubblico ministero deve presentare i fascicoli di indagine, e la decisione è presa entro 10 giorni. Se il termine scade l'interessato viene rilasciato.

Una volta che la misura è stata applicata, per il suo prosieguo (modifica o revoca) è competente il giudice che ha cognizione per quella fase del procedimento.

Le sue decisioni possono essere impugnate innanzi al Tribunale del Riesame ma in questo caso si tratterà di appello e non di riesame e sono previste minori garanzie procedurali.

IV.III. Caratteristiche del sistema Italiano

Le recenti riforme (leggi nn. 117/2014 e 47/2015) hanno certamente generato un sistema più liberale, teoricamente atto a ridurre significativamente il numero di sospettati o imputati in stato di custodia cautelare.

La volontà specifica del Parlamento italiano è stata quella di ridurre il numero di detenuti (compresi quelli in attesa di giudizio) per conformarsi con quanto statuito nella sentenza della Corte EDU nel caso *Torreggiani contro Italia* (08.01.2013). In questo caso l'Italia è stata condannata per violazione dell'art. 3 della Convenzione, a causa delle condizioni in cui si trovano i detenuti, che si trovano in celle dove hanno a disposizione meno di tre metri quadri per persona. "La Corte ritiene che le condizioni detentive in questione, anche tenuto conto della durata della detenzione dei detenuti, li ha sottoposti ad un test così duro da eccedere l'inevitabile livello di sofferenza che è insito nello stato di detenzione".

La Corte in questo caso ha riscontrato un problema più ampio e generale del sovraffollamento delle carceri ed ha sollecitato il Governo italiano per una risoluzione, attraverso l'applicazione di pene non detentive e, per quanto qui interessa, l'adozione di misure atte a ridurre l'uso dello strumento della custodia.

Per esempio i casi di presunzione di idoneità della custodia cautelare sono stati fortemente ridotti solo a tre reati (crimini di mafia, associazione terroristica, includendo anche il terrorismo internazionale e associazione sovversiva) sulla base di numerose sentenze della Corte Costituzionale che ha considerato illegittima una presunzione assoluta di questo tipo in altri casi⁴⁵.

Considerando la giurisprudenza della Corte EDU sullo specifico problema della legislazione in materia di misure cautelari, il problema è più complesso e non può essere pienamente compreso senza considerare, almeno, tre particolari caratteristiche del sistema legislativo italiano.

Molto brevemente, in una cornice comparativa a livello Europeo, il sistema di custodia cautelare è caratterizzato dal fatto che la presunzione di innocenza (art. 27, c. 2 Costituzione) si estende oltre il primo grado, così che anche per il secondo grado e il giudizio di Cassazione si continuano ad applicare le regole in materia di misure cautelari.

Strettamente correlato a questi aspetti teorici vi è un aspetto pratico, ed uno estremamente rilevante, confermato dai dati raccolti in questa ricerca. L'eccessiva durata del procedimento penale in Italia inevitabilmente, in pratica, comporta che la custodia cautelare rappresenti anche una anticipazione (o sostituzione) della pena finale. Ciò comporta inoltre che la custodia cautelare svolga una funzione in parte contraria alla legge, perché si pone in contrasto con il principio di presunzione di innocenza sopra menzionato: la funzione della custodia cautelare dovrebbe risiedere esclusivamente nel rispondere alle esigenze cautelari come indicate all'art. 274 cpp.

Una terza peculiarità del sistema italiano consiste nel procedimento di modifica della misura cautelare. A differenza di altri sistemi giuridici Europei, non è previsto un controllo periodico sulla misura e le vicende modificative sono quasi sempre sollecitate dalla difesa. Inoltre, ad eccezione del riesame, la garanzia del contraddittorio è solo cartolare, senza aver preventivamente ascoltato il soggetto sottoposto alla misura.

IV.IV. Decisioni della Corte EDU contro l'Italia in materia di misure cautelari.

Le decisioni della Corte EDU contro l'Italia in materia di custodia cautelare riguardano sostanzialmente i commi 3 e 4 dell'art. 5 della Convenzione. L'Italia è stata condannata in più occasioni per l'eccessiva durata della custodia cautelare e la mancanza di garanzie per l'accusato durante il procedimento relativo all'applicazione delle misure.

⁴⁵ La decisione 26/03/2015 n. 48, in relazione al reato di concorso esterno in associazione mafiosa, la decisione 27/07/2013, n. 232, in relazione al reato di cui all'art. 609 *octies* c.p., la decisione n. 08/07/2013, n. 231, in relazione al reato di cui all'art. 630 c.p., la decisione 29/03/2013 n. 57 in relazione ai reati commessi ai sensi dell'art. 416 *bis* cp o attività delittuose volte a promuovere il sodalizio criminale di cui all'art. 416 *bis*, la decisione 03/05/2012, n. 110 in relazione al reato di cui all'art. 416 cp, volto o realizzare gli ulteriori reati di cui all'art. 473 e 474 cp, la decisione 22/07/2011, n. 231, in relazione al reato di cui all'art. 74 del DPR 09/10/1990, n. 309, la decisione 12/05/2011, n. 164 in relazione al reato di cui all'art. 575 cp, la decisione 21/07/2010, n. 265 in relazione al reato di cui all'art. 600 *bis* c. 1, 609 *bis* e 609 *quater* cp possono essere consultate all'indirizzo: <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/3797->

La custodia cautelare: analisi delle misure alternative e del processo decisionale dell'autorità giudiziaria in Italia

L'Italia tuttavia è stata anche condannata per la violazione dell'articolo 5, c. 1 della Convenzione, per detenzione arbitraria in custodia cautelare. Ciò è accaduto piuttosto recentemente nella causa Gallardo Sanchez contro Italia (24/03/2015) riguardante un caso di estradizione. Il soggetto sottoposto a misura cautelare lamentava la violazione dell'art. 5, c. 3 per l'eccessiva durata della custodia cautelare (un anno e sei mesi) ma la Corte qualificava il fatto come una violazione dell'art.5, c.1, ritenendo che l'Italia non si era dimostrata diligente nella decisione di concedere l'extradizione della persona in custodia cautelare, una decisione segnata da un ingiustificato ritardo⁴⁶.

In altre decisioni, come nel caso Vaccaro contro Italia (16/02/2001) e Labita contro Italia (06/04/2000), l'eccessiva durata della custodia cautelare era stata criticata dalla Corte che aveva considerato che, anche se l'applicazione della misura era inizialmente giustificata, tuttavia, con il passare del tempo, la sussistenza dell'esigenza cautelare non era stata verificata con la dovuta diligenza. Il passare del tempo, secondo la Corte, fa sorgere per gli Stati Membri l'obbligo di verificare la presenza attuale sia degli indizi di colpevolezza che delle esigenze cautelari⁴⁷.

Il caso Labita è ben conosciuto in Italia anche perché il nostro Paese è stato condannato per i fallimenti investigativi relativi alle presunte violenze perpetratesi nel carcere di Pianosa. Ciò offre interessanti spunti sulla materia delle misure cautelari. In quella decisione, la Corte contestò all'Italia la violazione dell'art. 5, c. 3, per l'illegittimità nella prosecuzione della detenzione anche quando i gravi indizi di colpevolezza erano venuti meno. La sentenza critica l'utilizzo delle dichiarazioni fatte dai c.d. pentiti se non corroborate da ulteriori prove. In questo caso, 2 anni e 7 mesi in custodia cautelare sembravano eccessivi anche considerato che nel frattempo l'imputato era stato assolto in un altro procedimento collegato e le dichiarazioni dei pentiti non erano state confermate durante le indagini⁴⁸.

Relativamente alla procedura per l'applicazione della custodia cautelare ed il suo appello, la Corte EDU si era espressa contro l'Italia per l'eccessiva durata del procedimento. In particolare, aveva dichiarato la violazione degli artt. 5, c.1 e 5, c.4 nella causa Picaro contro Italia (09/06/2005) giacché il soggetto sottoposto a misura cautelare era stato arbitrariamente sottoposto a custodia cautelare prima per 24 giorni, e poi ci sono voluti cinque mesi e 20 giorni alla Corte di Cassazione per decidere sull'appello avverso gli arresti domiciliari.

⁴⁶ "A questo proposito, la Corte rammenta inoltre che, nel contesto di questa disposizione, solo la procedura di estradizione giustifica la privazione della libertà, e se questa procedura non è condotta con la dovuta diligenza, lo stato di detenzione non trova più giustificazione". Sulla materia dell'extradizione e della custodia cautelare si veda anche la decisione Sardegna c. Italia (08/01/2004). La violazione dell'art. 5, c. 1 è stata contestata anche delle decisioni Saferovic c. Italia (08/02/2011) e Hokic e Hrustic c. Italia (01/12/2009), anche se questi casi riguardavano il ritardo nella liberazione di persone in centri di detenzione per immigrati.

⁴⁷ Nella decisione Vaccaro c. Italia (16.02.2001) la Corte ha concluso dicendo "l'iniziale rilevanza dei presupposti citati dalle autorità nazionali si è andata riducendo nel tempo. Avendo riguardo anche all'ingiustificato ritardo che è maturato nel corso del procedimento, la Corte considera che il periodo trascorso in stato di detenzione durante la pendenza del processo ha ecceduto il "tempo ragionevole" come previsto dall'art.5, c. 3.

⁴⁸ In altri casi innanzi la Corte, tuttavia, i termini di custodia cautelare sono stati considerati ragionevoli (Conrada c. Italia) in ragione della complessità del caso.

La custodia cautelare: analisi delle misure alternative e del processo decisionale dell'autorità giudiziaria in Italia

Nella decisione Marturana contro Italia (04/03/2008), la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 5, c. 4 in relazione all'eccessivo ritardo con il quale il tribunale si è espresso sulla illegittimità della custodia cautelare in questo caso⁴⁹.

Nella decisione Rizzotto contro Italia (24/04/2008), la Corte ha confermato la lamentata violazione dell'art. 5, c. 4, da parte della persona sottoposta a misura cautelare, per l'eccessiva durata della procedura per l'applicazione della custodia cautelare (circa 4 mesi per la decisione sulla sua richiesta di riesame della misura cautelare).

Nella decisione Luberti contro Italia la Corte ha condannato l'Italia per la violazione dell'art. 5, c. 4 per quanto riguarda la decisione di rilascio di un detenuto non tempestiva. Infatti la Corte (il Tribunale di Sorveglianza di Roma), un anno e mezzo dopo l'applicazione, ha deciso che non aveva competenza sul caso senza neppure affrontare il caso nel merito.

Nel caso Vittorio e Luigi Mancini (08/02/2001) entrambi i soggetti lamentavano il ritardo nell'esecuzione dell'ordine di rilascio, che veniva eseguito tre giorni dopo che il tribunale aveva deciso sul loro rilascio. Mancini aveva ottenuto gli arresti domiciliari, ma la misura cautelare era stata applicata tre giorni dopo la decisione in ragione di alcuni problemi organizzativi dell'amministrazione carceraria: la Corte EDU si era espressa contro l'Italia per quanto riguarda il ritardo della polizia penitenziaria incaricata del trasferimento dei detenuti.

Nel caso Fodale contro Italia (01/06/2006), la Corte ha accolto il ricorso affermando che la mancata comunicazione della data dell'udienza innanzi alla Corte di Cassazione, nonostante il non-irreparabile danno sofferto dal soggetto sottoposto a misura cautelare, ha violato il carattere giurisdizionale del procedimento. Nella stessa sentenza viene sanzionata la mancata comunicazione del fascicolo di indagine⁵⁰.

⁴⁹ La decisione Rapacciuolo c. Italia (19/05/2005) e Naranjo c. Italia (03/07/2007) seguono lo stesso orientamento.

⁵⁰ 41. La Corte più avanti ribadisce che un tribunale che esamina un appello proposto da un soggetto in stato di detenzione deve offrire le garanzie di un procedimento giudiziario. Il procedimento deve essere svolto nel rispetto del principio del contraddittorio e deve sempre garantire la "parità delle armi" tra le parti, che sono, il pubblico ministero e il soggetto in stato di detenzione. La parità delle armi non è garantita se l'avvocato non ha l'accesso a quei documenti all'interno del fascicolo delle indagini che risultano essere essenziali al fine di contestare effettivamente l'illegittimità della detenzione del suo cliente. Nel caso di una persona che si trovi in stato di detenzione in uno dei casi di cui all'art. 5, c. 1 lett. c) una udienza si rende necessaria (si veda, tra le altre, Lamy c. Belgio, 30 marzo 1989, paragrafo 29, serie A, n. 151, e Nikolova, menzionato *supra*, paragrafo 58). 42. Questi requisiti derivano dal diritto ad un processo governato dal principio del contraddittorio come previsto dall'art. 6 della Convenzione, il che significa, in un procedimento penale, che entrambe le parti, ossia il pubblico ministero e l'imputato, devono essere in condizione di conoscere e poter replicare alle osservazioni ed alle prove addotte dalla controparte. Come sottolineato dalla giurisprudenza della Corte, discende direttamente dalla formulazione letterale dell'articolo 6 – e in particolar modo dal significato autonomo che deve essere dato alla nozione di "accusa penale" – che questa disposizione abbia delle applicazioni anche nei procedimenti cautelari (si veda Imbrioscia c. Svizzera, 24 novembre 1993 paragrafo 35, serie A, n. 275). Ne consegue che, in considerazione dell'impatto drammatico derivate dalla privazione della libertà quale diritto fondamentale della persona interessata, i procedimenti condotti ai sensi dell'art. 5, c. 4 della convenzione dovrebbero in generale anche rispettare, nel maggior modo possibile tenuto conto anche delle esigenze investigative in atto, le esigenze basilari del giusto processo, come il diritto ad un processo in cui sia garantito il contraddittorio. Mentre la legge nazionale può soddisfare questo requisito in vari modi, qualunque sia il metodo scelto, dovrebbe comunque garantire che la controparte sia effettivamente a conoscenza delle osservazioni della parte avversa e possa a queste replicare (si veda Garcia Alva c. Germania, n. 23541/94, paragrafo 39, 13 febbraio 2001). 43. In questo caso, la Suprema Corte ha fissato l'udienza a seguito dell'appello proposto dall'ufficio del pubblico ministero per il 15 febbraio 2000. Tuttavia non è stata notificata una citazione a comparire alla controparte o al suo difensore. L'accusato quindi non ha potuto presentare memorie o comunque difendersi in udienza, in risposta alle contestazioni mosse dall'ufficio del pubblico ministero. Al contrario un rappresentante dell'ufficio del pubblico ministero era in condizioni farlo. 44. In questo caso la Corte non ha potuto riscontrare il

SECONDA PARTE. I RISULTATI DELLA RICERCA

V. PROCESSO DECISIONALE SOTTESO ALL'APPLICAZIONE DELLA CUSTODIA CAUTELARE

Le garanzie procedurali in caso di applicazione di misure cautelari hanno un'importanza fondamentale perché rappresentano gli strumenti attraverso i quali l'interessato può evitare l'applicazione della misura cautelare, ovvero può ottenere la decisione meno afflittiva tra quelle astrattamente possibili.

Come la Corte EDU ha avuto modo di affermare con fermezza, procedure giuste e corrette nei procedimenti di applicazione della custodia cautelare sono fondamentali per assicurare una applicazione legittima della custodia cautelare.

La Corte EDU ha stabilito che un detenuto per finalità cautelari deve essere messo a disposizione dell'autorità giudiziaria prontamente⁵¹ o velocemente⁵², ed il "margine di flessibilità nell'interpretare ed applicare la nozione di velocità è molto limitato"⁵³. Il processo deve avere inizio in un termine "ragionevole" come previsto dall'art. 5, c. 3 della CEDU e in via generale un procedimento che riguarda un soggetto sottoposto a custodia cautelare deve essere condotto con particolare diligenza e speditezza⁵⁴. Si devono tenere in considerazione le peculiarità dei casi concreti⁵⁵.

Come sancito dalla Corte EDU l'Autorità giudiziaria che statuisce in merito all'applicazione della custodia cautelare deve avere anche il potere di rilasciare il sospettato⁵⁶ e deve inoltre essere indipendente dall'esecutivo e da entrambe le parti del procedimento⁵⁷. L'udienza in cui si dispone la eventuale detenzione del sospettato deve essere orale e governata dal principio del contraddittorio, ed alla difesa deve effettivamente essere data l'opportunità di partecipare⁵⁸.

Questo capitolo tratterà dei risultati ottenuti dalla nostra ricerca relativi all'analisi delle procedure decisionali in materia di misure cautelari, con particolare attenzione alla decisione di applicare la misura di custodia cautelare ed il coinvolgimento della difesa, sulla valutazione fatta dalle parti coinvolte in merito alla correttezza delle procedure, sottolineando gli aspetti critici più rilevanti e proponendo delle raccomandazioni per risolverli.

rispetto dei principi del contraddittorio e della parità delle armi. 45. Vi è stata quindi una violazione dell'art. 5, c. 4 della Convenzione.

⁵¹ *Rehbock c. Slovenia*, n. 29462/95, 28 novembre 2000, paragrafo 84.

⁵² Il limite massimo per cui un periodo di custodia cautelare possa ritenersi ragionevole non è stato definito dalla Corte EDU, tuttavia in *Brogan e altri c. UK*, nn. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, 29 novembre 1988, la Corte ha stabilito che la detenzione preventiva che si protrae da quattro a sei giorni viola l'art. 5, c. 3.

⁵³ *Ibidem* paragrafo 62.

⁵⁴ *Stogmuller c. Austria*, n. 1602/62, 10 novembre 1969, paragrafo 5

⁵⁵ *Buzadj c. Moldavia*, n. 23755/07, 16 dicembre 2014, paragrafo 3

⁵⁶ *Singh c. UK*, n. 23389/94, 21 febbraio 1996, paragrafo 65.

⁵⁷ *Neumeister c. Austria*, n. 1936/63, 27 giugno 1968, paragrafo 24

⁵⁸ *Göç c. Turchia*, n. 36590/97, 11 luglio 2002, paragrafo 62.

V.I. La fase di decisione di applicazione della custodia cautelare ed il coinvolgimento della difesa.

La correttezza della procedura secondo l'avvocato, i giudici ed i pubblici ministeri in questa fase

Di norma, la prima udienza relativa l'applicazione della custodia cautelare ha luogo subito dopo che l'accusato è stato colto in flagranza di reato (art. 382 cpp).

Come previsto dalla Costituzione italiana l'arrestato deve essere immediatamente messo a disposizione del pubblico ministero, al massimo entro 24 ore dall'arresto, altrimenti l'arresto diviene inefficace. Dal canto suo il pubblico ministero, nelle successive 24 ore, deve chiedere al giudice la convalida dell'arresto. L'arresto è inefficace se il giudice non lo convalida nell'arco di 48 ore (art. 13 Costituzione).

Dalla nostra ricerca si evince che il periodo di tempo che mediamente intercorre dall'arresto alla prima udienza è di due giorni. In 16 fascicoli esaminati su 43 il periodo si riduce ad un giorno, in 4 a quattro giorni. Il pubblico ministero non svolge funzioni giudicanti, e pertanto può solamente chiedere l'applicazione, la modifica o la revoca della misura. Può adottare solo misure urgenti e provvisorie nelle prime 24 ore (art. 379-381 cpp).

Durante la prima udienza la presenza dell'avvocato difensore è necessaria. Se l'indagato o l'imputato non ha nominato un avvocato di fiducia, un difensore viene nominato d'ufficio (art. 24 Costituzione, art. 97 e seguenti cpp).

Il fascicolo delle indagini deve essere prontamente messo a disposizione dall'autorità che procede all'interrogatorio immediatamente dopo l'arresto (art. 390, 391 cpp).

Dopo la decisione relativa alla convalida dell'arresto, il giudice decide anche sull'applicazione della misura cautelare, dopo aver ascoltato le richieste delle parti.

Come vedremo in seguito, i risultati della nostra ricerca dimostrano che il coinvolgimento della difesa in questa fase, per esempio contestando la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza e/o delle esigenze cautelari che giustifichino l'applicazione della custodia cautelare, è un elemento che assume grande rilevanza nella decisione giudiziaria di applicazione della misura cautelare.

Nel 62% delle interviste gli avvocati hanno sottolineato che le richieste della difesa e del pubblico ministero sono trattate allo stesso modo durante la fase di decisione relativa all'applicazione della custodia cautelare. Ciò è confermato dai risultati della ricerca che hanno dimostrato che gli avvocati effettivamente hanno un importante ruolo sulle decisioni prese dal giudice.

Nel 90% dei fascicoli analizzati, infatti, l'avvocato ha formulato specifiche richieste relative all'applicazione della misura cautelare, e nel 55% di queste ipotesi, il giudice non ha disposto l'applicazione della custodia cautelare in carcere, mentre quando gli avvocati non hanno avanzato richieste, nel 75% dei casi il giudice ha disposto l'applicazione della custodia cautelare in carcere.

Nel 75% dei fascicoli in cui l'avvocato ha richiesto più tempo per predisporre ed organizzare la difesa ed il giudice lo ha concesso, il risultato è stato che il giudice non ha applicato la custodia cautelare.

La custodia cautelare: analisi delle misure alternative e del processo decisionale dell'autorità giudiziaria in Italia

In più del 70% delle udienze a cui abbiamo partecipato la difesa ha richiesto che nessuna condizione venisse applicata al rilascio dei propri assistiti: ciò è stato confermato dal giudice nel 35% dei casi, mentre le udienze che si sono concluse con un rilascio con condizioni sono state il 45%, e solo il 10% si è concluso con l'applicazione di custodia cautelare.

In riferimento all'opinione degli avvocati in relazione alla equità del processo, l'83% degli avvocati intervistati ha dichiarato che l'avvocato è in condizioni di avanzare richieste durante la prima udienza relativa all'applicazione della misura, e la stragrande maggioranza degli avvocati che hanno partecipato all'intervista (85%) ha dichiarato che l'avvocato ha formalmente accesso al fascicolo in modo da poter predisporre una strategia difensiva.

Tuttavia, l'85% degli avvocati intervistati ha sottolineato che l'avvocato ha a disposizione poco tempo per organizzare la difesa per la prima udienza relativa all'applicazione della misura (da un minimo di meno di 10 minuti ad un massimo di meno di 30 minuti), e molti di loro (37%) riferiscono che il periodo medio per la notificazione dell'avviso della data e dell'ora dell'udienza è di circa 12-24 ore.

La maggior parte degli avvocati che hanno partecipato all'intervista ritengono che l'udienza sia condotta comunque in maniera corretta.

Tuttavia, quando si tratta di valutare l'equità della decisione del giudice, circa il 55% degli avvocati che hanno partecipato all'intervista hanno dichiarato che il giudice raramente fa una valutazione basata sulle prove, ed oltre il 70% degli avvocati intervistati sostengono che la decisione venga presa dal giudice sulla base di presunzioni illegittime.

I risultati della nostra ricerca non dimostrano che gli avvocati d'ufficio siano meno efficienti degli avvocati di fiducia, ma questo risultato è fortemente influenzato del campione a nostra disposizione⁵⁹. Tuttavia in uno dei 43 fascicoli esaminati, quello in cui all'inizio l'imputato era rappresentato da un avvocato d'ufficio, il caso si è chiuso con l'assoluzione grazie al lavoro svolto successivamente dall'avvocato di fiducia. Alla prima udienza l'accusato, uno straniero che non parlava la lingua italiana, non solo era stato sottoposto a custodia cautelare, ma l'avvocato gli aveva anche suggerito di rinunciare al suo diritto alla traduzione dei principali atti del processo (Direttiva 64/2010/UE).

Passando all'analisi delle interviste con i giudici, l'80% dei giudici intervistati relativamente alla equità della procedura, ritiene di avere tempo a sufficienza per decidere sull'applicazione della misura cautelare.

Contrariamente ai risultati relativi alle interviste con gli avvocati, tutti i giudici intervistati ritengono di tenere nella stessa considerazione le richieste e le argomentazioni della difesa e dell'accusa. Tutti i giudici intervistati inoltre sostengono di non essere influenzati nelle loro scelte dal Ministero della Giustizia (ma il 40% di loro dichiara di risentire della pressione dell'opinione pubblica ed il 20% dei giudici intervistati

⁵⁹ La maggior parte dei fascicoli è stata fornita dagli studi legali e non dal Tribunale, dove abbiamo riscontrato notevoli problematiche di ordine burocratico. Di conseguenza, i casi in cui la difesa è stata prestata da un avvocato d'ufficio hanno un margine di rappresentazione molto basso in questo progetto di ricerca.

dichiara di essere influenzata dalla pressione derivante dalle aspettative della polizia che ha effettuato l'arresto.)

Unanimemente i giudici intervistati credono che vi siano delle ripercussioni negative (nella stampa) quando accusati poi liberati commettono nuovi reati.

Come gli avvocati, tutti i giudici intervistati credono che quando viene applicata la custodia cautelare i processi siano condotti in maniera più celere.

Passando all'analisi delle interviste con i pubblici ministeri, circa la loro percezione sulla equità del procedimento, unanimemente sostengono di avere tempo a sufficienza per decidere sull'applicazione della misura cautelare e che la difesa abbia tempo a sufficienza per organizzare la strategia difensiva.

Contrariamente ai risultati delle interviste con gli avvocati, e conformemente a quanto dichiarato dai giudici nelle interviste, tutti i pubblici ministeri intervistati credono che i giudici tengono in ugual considerazione le richieste e le argomentazioni della difesa e dell'accusa. Credono, così come i giudici intervistati, di non essere influenzati dal Ministero della Giustizia (100%) ma il 34% dei pubblici ministeri intervistati si sente influenzato dall'opinione pubblica. Unanimemente credono che non vi siano ripercussioni negative quando un accusato poi rimesso in libertà commette nuovi reati.

Il 66% dei pubblici ministeri intervistati non crede che l'applicazione della custodia cautelare abbia significative conseguenze positive o negative sulle indagini e ritiene di poter fare affidamento, ai fini della decisione sull'applicazione della custodia cautelare, sulle informazioni della polizia.

V.II. La presenza della difesa e dell'accusato alla prima udienza e la qualità dei loro rapporti dall'arresto fino all'udienza per l'applicazione della custodia cautelare

Come già osservato, un ruolo chiave nel processo decisionale di applicazione della custodia cautelare è giocato dalla difesa, dalla sua abilità nel formulare richieste e dalla sua partecipazione attiva alle udienze. Qui vogliamo concentrare l'attenzione sulle caratteristiche della relazione tra l'accusato e l'avvocato, dall'arresto fino alla udienza relativa all'applicazione della misura e fino all'esito di tale udienza.

In relazione alla presenza dell'accusato alla prima udienza in cui si statuisce sull'applicazione della misura cautelare, ed in relazione al contatto tra l'accusato ed il difensore prima dell'udienza, la nostra ricerca ha evidenziato quanto segue. L'accusato non era presente alla prima udienza relativa all'applicazione della misura esclusivamente in due casi, in entrambi i casi per ragioni di salute.

In 32 casi analizzati (76%), gli avvocati di fiducia erano stati nominati sin dall'inizio, mentre in quattro casi l'avvocato è stato individuato solo dopo la prima udienza relativa all'applicazione della misura. Di questi ultimi quattro casi citati, tre si sono conclusi con un ordine di custodia cautelare.

In 31 casi analizzati l'avvocato ha incontrato l'accusato prima dell'udienza, in tre casi analizzati no; in sette fascicoli analizzati tale dato non è stato fornito. Tuttavia, su tre casi in cui non c'è stato un incontro preliminare tra difesa e imputato, in due casi è stata applicata una misura non detentiva e in un caso la custodia cautelare in carcere.

In 33 casi analizzati l'avvocato della difesa è sempre stato presente a tutte le udienze, in tre l'avvocato non è stato presente a tutte le udienze (e la decisione del giudice è stata favorevole all'applicazione della custodia cautelare), per sette casi queste informazioni non sono disponibili.

Nelle udienze a cui abbiamo partecipato l'accusato era sempre presente, ad eccezione di due casi in cui ha deciso di non partecipare⁶⁰. L'avvocato è sempre stato presente. La maggior parte degli avvocati (12 su 17, in tre casi non è stato possibile reperire questa informazione) erano di fiducia, quattro sono stati scelti d'ufficio ed uno era in gratuito patrocinio. Le udienze con gli avvocati d'ufficio si sono concluse con un ordine di custodia cautelare, un ordine di arresti domiciliari e due liberazioni senza alcuna condizione.

In quattro casi l'avvocato non ha incontrato l'accusato prima dell'udienza: il giudice ha ordinato la custodia cautelare in due casi, gli arresti domiciliari in uno e l'obbligo di presentazione alla polizia nell'ultimo caso.

V.III. Diligenza particolare nei procedimenti di custodia cautelare

Come già detto, la giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 5, c. 3 della CEDU, presta particolare attenzione alla durata della custodia cautelare ed alla particolare diligenza che l'autorità giudiziaria deve avere nel procedimento di applicazione della custodia cautelare.

La particolare diligenza è prevista sia nel processo penale (art. 111 Cost) che nei sub-procedimenti (art. 299 e seguenti cpp) in relazione all'applicazione e la modifica delle misure cautelari.

La nostra ricerca mostra che il 71% degli avvocati ritiene che il procedimento in cui la custodia cautelare viene applicata procede più celermente rispetto a quelli in cui una misura cautelare non viene applicata.

Il 71% degli avvocati che abbiamo intervistato sono dell'idea che i soggetti sottoposti a custodia cautelare vengono perseguiti con una particolare diligenza. Tra questi il 60% ritiene che le indagini vengono accelerate nel caso di applicazione della custodia cautelare, ed il 40% sostiene che il processo è condotto con particolare diligenza dati i termini imposti dalla legge.

Questo dato in apparenza sembra essere in contraddizione con la giurisprudenza della Corte EDU che ha più volte condannato l'Italia per la violazione del principio della particolare diligenza.

Ciò in quanto gli avvocati intervistati fanno riferimento al processo, che obbiettivamente subisce un'accelerazione quando vi è applicazione di custodia cautelare, mentre le decisioni della Corte EDU contro l'Italia riguardano il ritardo nella definizione dei sub-procedimenti di applicazione delle misure cautelari.

Questo aspetto (la lunghezza dei sub-procedimenti in caso di modifiche della custodia cautelare) verrà affrontato in seguito, nella sezione relativa al riesame e alla modifica delle misure cautelari.

Come conseguenza, in relazione alla particolare diligenza usata nel processo, se in media sono richiesti cinque anni per il processo (fonte: report del presidente della Corte di Cassazione, per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2014), nel caso di applicazione della custodia cautelare la nostra ricerca dimostra che il processo si conclude in minor tempo, e che spesso la sua durata coincide con il quantum della pena inflitta.

⁶⁰ Come già detto la partecipazione dell'accusato è obbligatoria solo nel caso di prima udienza per l'applicazione della misura cautelare. Le due udienze menzionate non riguardano la prima applicazione della misura.

V.IV. Conclusioni e raccomandazioni

Una prima analisi sulla percezione della correttezza della procedura secondo gli avvocati, i giudici e i pubblici ministeri può portare a concludere che per tutte e tre le categorie la procedura per l'applicazione delle misure cautelari è corretta.

L'avvocato è in condizione di poter fare richieste nell'udienza in cui si statuisce sull'applicazione della custodia cautelare ed ha accesso al fascicolo in anticipo ed ha la possibilità di interloquire con l'accusato.

Per altro verso, come abbiamo detto, l'85% degli avvocati intervistati sostiene di avere poco tempo per preparare ed organizzare compiutamente la difesa sin dalla prima udienza relativa all'applicazione della misura (da 10 minuti a meno di 30 minuti) ed oltre la metà degli avvocati intervistati (55%) si lamenta in relazione alla equità della decisione del giudice, dato che i giudici raramente fondano la propria decisione sulle evidenze probatorie del caso concreto, tanto che oltre il 70% degli avvocati intervistati ritiene che la custodia cautelare venga applicata dai giudici sulla base di illegittime presunzioni (ad esempio lo *status* di immigrato irregolare).

Come vedremo nei prossimi capitoli, dove la nostra attenzione si soffermerà sui problemi sostanziali collegati alla custodia cautelare, il timore degli avvocati è effettivamente fondato, in particolare nei casi in cui sono coinvolti cittadini extra UE. Per adesso è sufficiente considerare che i fascicoli esaminati mostrano che in circa l'85% dei casi in cui sono coinvolti cittadini extra UE, il pubblico ministero ha chiesto l'applicazione della custodia cautelare solamente sulla base, in oltre il 60% dei casi, della non appartenenza all'UE dell'accusato. Nel 69% dei casi analizzati la custodia cautelare è stata poi applicata dal giudice.

Noi crediamo che questa situazione sia dovuta all'ineguaglianza dei mezzi disponibili alle parti (gli avvocati hanno poco tempo per organizzare la difesa prima dell'udienza) e alla mancanza di strumenti per il giudice per colmare questa ineguaglianza. Facciamo riferimento, in particolare, all'assenza di una espressa disposizione di legge che stabilisca, assieme alla notifica della data dell'udienza, che l'avvocato riceva anche il fascicolo elettronico delle indagini per avere un termine adeguato per organizzare la difesa.

Inoltre è opinabile il mancato coinvolgimento all'udienza relativa all'applicazione della misura cautelare dei servizi sociali, dato che potrebbero contribuire a colmare il gap tra l'accusa e la difesa e supportare il giudice nella decisione. La presenza in tribunale, o comunque il coinvolgimento nel procedimento, degli operatori dei servizi sociali potrebbe evitare la custodia cautelare per i tossicodipendenti, o per altri soggetti vulnerabili che con il supporto dei servizi sociali, potrebbero essere sottoposti a misure alternative alla detenzione cautelare.

I servizi sociali potrebbero giocare un ruolo chiave. Il Tribunale di Sorveglianza, nelle decisioni sulle misure alternative alla detenzione, può fare affidamento su specifici servizi sociali (UEPE), e non è chiaro perché questo stesso supporto non dovrebbe essere messo a disposizione in caso di applicazione di misure cautelari, specialmente se teniamo in considerazione che un ampio numero di soggetti sottoposti a queste misure in Italia, vi si trova sottoposto per un lungo lasso di tempo.

La custodia cautelare: analisi delle misure alternative e del processo decisionale dell'autorità giudiziaria in Italia

Per risolvere le problematiche sopra esposte non vi è la necessità di un intervento legislativo. La notifica del fascicolo elettronico dell'accusa unitamente alla comunicazione della data dell'udienza (via fax o email) e la presenza, o il coinvolgimento, dei servizi sociali sin dalla prima udienza relativa all'applicazione della misura cautelare, potrebbe essere implementata e garantita anche con provvedimenti amministrativi.

VI. IL MERITO DEL PROCESSO DECISIONALE SOTTESO ALL'APPLICAZIONE DELLA CUSTODIA CAUTELARE

La qualità delle motivazioni addotte dal giudice nell'ordinanza cautelare e nelle decisioni relative alle vicende modificative della misura cautelare è di primaria importanza. Attraverso un esame delle motivazioni addotte è possibile constatare se il giudice ha tenuto conto in egual misura degli argomenti delle parti, se il suo ragionamento usa forme "stereotipate" e, infine, quali categorie di reato e quali soggetti hanno più probabilità di essere sottoposti a misure cautelari.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ("Corte EDU") ha più volte sottolineato l'importanza della presunzione di innocenza, la quale interviene ovviamente a favore della liberazione⁶¹, ed ha chiarito che lo Stato ha l'onere di provare che le misure alternative alla detenzione cautelare in carcere, meno invasive della detenzione, non avrebbero la stessa efficacia rispetto allo scopo perseguito⁶². La decisione sull'applicazione della custodia cautelare deve essere sufficientemente motivata e priva di formule standardizzate⁶³. Gli argomenti a favore e contrari alla misura detentiva non devono essere generali ed astratti⁶⁴. Il giudice deve esplicitare nel dettaglio le ragioni sottese alla custodia cautelare e quelle addotte per giustificare il rigetto della domanda per il rilascio⁶⁵.

La Corte EDU ha inoltre delineato quali sono le motivazioni legittime per ordinare la custodia cautelare, ed in particolare: (1) il rischio che l'indagato non riuscirà a comparire per il processo⁶⁶; (2) il rischio che l'indagato possa disperdere le prove ovvero possa intimidire eventuali testimoni⁶⁷; (3) il rischio che l'indagato commetta altri reati⁶⁸; (4) il rischio che il rilascio possa causare disordine pubblico⁶⁹; o (5) la necessità di proteggere la sicurezza di una persona sotto indagine in casi eccezionali⁷⁰. La sola commissione del reato non è di per sé sufficiente a giustificare l'ordine di custodia cautelare, non importa quanto sia grave il reato e la sussistenza delle prove contro l'indagato⁷¹. La custodia cautelare basata sulla "*necessità di preservare l'ordine pubblico dalla offesa provocata dal reato*"⁷² può essere disposta soltanto se l'ordine pubblico è gravemente a rischio. La durata della custodia cautelare non può essere estesa soltanto in ragione del fatto che il giudice ritiene che, al termine del processo, sarà comminata una pena detentiva⁷³.

⁶¹ *Michalko v. Slovakia*, App 35377/05, 21 dicembre 2010, paragrafo 145.

⁶² *Ilijkov v Bulgaria*, App 33977/96, 26 luglio 2001, paragrafo 85.

⁶³ *Yagci and Sargin v Turkey*, App 16419/90, 16426/90, 8 giugno 1995, paragrafo 52.

⁶⁴ *Smirnova v Russia*, App 46133/99, 48183/99, 24 luglio 2003, paragrafo 63.

⁶⁵ Vd. *Supra*, nota 7.

⁶⁶ Vd. *Supra*, nota 15, paragrafo 59.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Muller v. France*, App 21802/93, 17 marzo 1997, paragrafo 44.

⁶⁹ *I.A. v. France*, App 28213/95, 23 settembre 1988, paragrafo 104.

⁷⁰ *Ibid* para 108.

⁷¹ *Tomasi v France*, App 12850/87, 27 agosto 1992, paragrafo 102.

⁷² Vd. *Supra*, nota 20.

⁷³ Vd. *Supra*, nota 12, paragrafo 149.

Per quanto riguarda il rischio di fuga, la Corte EDU ha chiarito che l'assenza di una residenza fissa⁷⁴ o il rischio di essere condannati a pena detentiva non giustificano la custodia cautelare⁷⁵. Il rischio di recidiva può giustificare la custodia cautelare solo se ci sono prove fondate di uno specifico rischio di recidiva disponibile⁷⁶. La disoccupazione o l'assenza di legami familiari *in loco* sono da ritenersi insufficienti⁷⁷.

Questa sezione è dedicata all'analisi della motivazione sottesa alla prima decisione applicativa delle misure cautelari, l'eccessivo utilizzo della misura cautelare nei confronti di cittadini extra comunitari e la mancanza di diligenza nella verifica della presenza di gravi indizi di colpevolezza che giustificano la protrazione della misura detentiva, mettendo in evidenza gli aspetti più critici e fornendo raccomandazioni per porvi rimedio.

VI.I. Il processo decisionale sotteso all'applicazione della custodia cautelare

Come anticipato nel capitolo 4, la decisione sottesa alla misura cautelare deve essere sempre adeguatamente motivata dal giudice (art. 292 cpp). La motivazione deve comprendere, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio, la sussistenza e la valutazione sia di gravi indizi di colpevolezza (artt. 273 cpp) sia delle esigenze cautelari specifiche (artt. 274) quali il pericolo di fuga, la dispersione di prove, la reiterazione del reato, che giustificano la misura applicata nel caso specifico.

La legge 47/2015 ha reso la disciplina rilevante più incisiva anche nell'ordinamento italiano, implementando così la giurisprudenza della Corte EDU, sancendo che il giudice non può motivare l'applicazione della misura cautelare *per relationem* (art. 292, comma 2, lett. C, e 2ter cpp) facendo meramente riferimento agli atti del pubblico ministero; diviene dunque necessaria una motivazione autonoma che tenga in debita considerazione le argomentazioni della difesa e tutti gli elementi a favore dell'imputato. Secondo la nuova versione dell'art. 274 cpp, inoltre, la motivazione deve essere maggiormente dettagliata.

La riforma limita la discrezionalità del giudice nel valutare l'inadeguatezza delle misure cautelari diverse dalla detenzione cautelare che garantiscono le esigenze cautelari in attesa del giudizio, sia in relazione al requisito della concretezza del rischio di fuga o reiterazione del reato, sia della loro attualità. Nella valutazione di entrambi i menzionati requisiti non può essere presa in considerazione soltanto la gravità del reato perseguito, ma deve essere effettuata dal giudice un'analisi caso per caso.

I giudici intervistati nel corso della ricerca hanno dichiarato di applicare la custodia cautelare più spesso se l'imputato ha dei precedenti penali (80%), e che la misura cautelare è utilizzata principalmente nell'ambito dei reati contro la persona (40%), contro la proprietà (20%) o perpetrati dalla criminalità organizzata (20%). Allo stesso modo, i pubblici ministeri intervistati (100%) ritengono che il rischio di recidiva è la ragione principale che porta alla richiesta della custodia cautelare, e sottolineano di basare la loro scelta in base alla gravità del reato (66%) nonché di applicare tale misura maggiormente nell'ambito dei reati contro la persona particolarmente efferati (66%) e dei crimini di mafia (33%).

⁷⁴ *Sulaoja v Estonia*, App 55939/00, 15 febbraio 2005, paragrafo 64.

⁷⁵ Vd. *Supra*, nota 22, paragrafo 87.

⁷⁶ *Matznetter v Austria*, App 2178/64, 10 novembre 1969, ed in "concurring opinion" del Giudice Ballardore Pallieri, paragrafo 1.

⁷⁷ Vd. *Supra*, nota 25.

Dall'analisi effettuata, emerge che su 20 casi in cui è stata applicata la custodia cautelare, il 45% riguardava delitti legati al traffico di stupefacenti, mentre i restanti sono rapina a mano armata, omicidio, mafia, falsificazione di denaro ed estorsione.

Nel 63% dei fascicoli recensiti la custodia cautelare è applicata per imputati con precedenti penali e la richiesta del pubblico ministero, così come le motivazioni addotte dal giudice in ordine di applicazione della misura, si è basata sul rischio di recidiva.

Sempre con riferimento ai fascicoli analizzati, va osservato che nella motivazione del giudice, nei 20 casi in cui è stata applicata la misura cautelare, in nove casi (45%) il giudice rinviene l'esistenza di almeno due delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 cpp.

Nel 42% dei casi in cui la detenzione preventiva è stata ordinata la esigenza dichiarata dal giudice per motivare l'ordinanza è stata il rischio di fuga. Nel 31% invece è stata rinvenuta l'esigenza cautelare legata al pericolo per l'ordine pubblico.

Per quanto riguarda invece l'analisi dei motivi adottati dal giudice per giustificare l'applicazione della custodia cautelare, tra i citati 20 casi, nel 50% di questi le motivazioni sono considerate dai difensori meramente formali e nel 10% sia formali che sostanziali.

I sondaggi con gli avvocati, infine, hanno rivelato che più della metà degli avvocati intervistati (55%) si lamentano che i giudici raramente fanno valutazioni eque basate su prove, e più del 70% degli avvocati intervistati trova che la detenzione sia applicata dai giudici sulla base di presunzioni illegali, cioè su presunzioni che non sono rilevanti per la legge (ad esempio, lo stato di soggiorno irregolare per gli stranieri extra UE).

In definitiva, i motivi sottesi alla custodia continuano ad apparire formali e si fondano eccessivamente sull'esistenza di precedenti penali dell'interessato, al fine di giustificare l'esistenza del rischio di recidiva e il pericolo per l'ordine pubblico.

La recente riforma introdotta dalla legge 47 ha sicuramente rafforzato l'obbligo di motivazione. Una rigorosa applicazione di questa nuova legge potrebbe impedire che la motivazione delle ordinanze cautelari continui ad essere meramente formale e basata sull'esistenza di precedenti.

VI.II. L'uso eccessivo della custodia cautelare nei confronti di cittadini extra-comunitari e la mancanza di diligenza nella verifica della permanenza dei gravi indizi di colpevolezza per giustificare il prolungamento della misura

Come abbiamo detto in precedenza, più della metà degli avvocati intervistati (55%) lamenta che i giudici raramente effettuano valutazioni eque fondate sulla sussistenza di prove, e anche più del 70% degli avvocati intervistati riscontra che i giudici ordinano l'applicazione della detenzione preventiva sulla base di presunzioni illegali (come ad esempio, lo stato di soggiorno irregolare per gli stranieri extra UE).

In effetti, a ben vedere, emerge chiaramente una forte disparità tra cittadini extra-comunitari ed europei se analizziamo il dato demografico dei destinatari di ordini di carcerazione preventiva. Nei casi analizzati 13

La custodia cautelare: analisi delle misure alternative e del processo decisionale dell'autorità giudiziaria in Italia

accusati erano cittadini stranieri, 11 gli extra-comunitari di cui quattro irregolari, due senza fissa dimora. Per questi imputati la custodia cautelare è stata richiesta in 11 casi (circa l'85%), e la Procura in sei casi ha giustificato la richiesta sostenendo che l'imputato era un cittadino straniero. Il giudice ha ordinato la detenzione in nove casi (69%) e misure alternative alla custodia cautelare in carcere in due casi. Gli esiti dei procedimenti sono stati: otto condanne, tre assoluzioni e in due casi (relativi ad estradizione e mandato di arresto europeo) la consegna allo stato richiedente non è stata accolta.

Dall'analisi dei sondaggi e dei fascicoli esaminati, altre caratteristiche demografiche, quali ad esempio i legami familiari, l'assenza di precedenti, la disoccupazione e la salute, non sono state invece utilizzate dai giudici per motivare l'applicazione della custodia cautelare. Nei predetti casi, il pubblico ministero non ha utilizzato tali elementi demografici come argomentazione per giustificare la richiesta di detenzione cautelare, ma sono stati invece ampiamente utilizzati dai difensori nella richiesta di una misura alternativa. Dalla ricerca emerge dunque che i cittadini extra-comunitari sono sottoposti a custodia cautelare più spesso per una serie di motivi. In primo luogo, la non conoscenza della lingua e della legge e la scarsa professionalità degli interpreti comportano per gli stessi enormi difficoltà a relazionarsi con il proprio difensore per organizzare la difesa nel poco tempo a disposizione (in media: meno di 2 giorni) intercorrente tra l'arresto e la celebrazione della prima udienza. Pertanto i gravi indizi di colpevolezza sostenuti dall'accusa difficilmente trovano un contraddittore in sede di prima udienza. (cfr. paragrafo 5.1 ove l'avvocato ha suggerito che l'imputato rinunciasse al suo diritto alla traduzione dei principali atti del processo).

Come accennato, la direttiva UE 64/2010 è stata recepita in Italia con grande ritardo. Nell'atto di attuazione (Decreto Legislativo n. 32/2014 del 4 marzo 2014) è espressamente previsto dall'art. 1 (che modifica l'art 104 comma 4 cpp) che lo straniero che non parli italiano ha diritto - a titolo gratuito - a un interprete per predisporre con il suo avvocato la difesa, in tutte le fasi del processo, compresa la fase relativa all'applicazione della misura cautelare. Solo la concreta attuazione di questa nuova garanzia ridurrebbe il ricorso al meccanismo della custodia cautelare nei casi di imputati che non parlano italiano.

Dalla nostra ricerca emerge che solo nel 23% dei casi esaminati è stato coinvolto un esperto, e in questi casi la qualità dell'interpretazione è stata ritenuta sufficiente dagli avvocati intervistati. Di conseguenza, nei casi rimanenti l'imputato ha dovuto cercare da solo di capire ed interpretare la lingua italiana.

Riteniamo, tuttavia, che la decisione di non nominare un interprete nel 77% dei casi analizzati è dovuta alla sfiducia nella qualità dell'interpretazione offerta dai professionisti messi a disposizione dal Tribunale (in Italia non esiste un registro ufficiale degli interpreti e gli interpreti non hanno una formazione giuridica) e alla mancanza di attenzione di avvocati e giudici a questo aspetto, ritenuto invece aspetto fondamentale della Roadmap di Stoccolma. Si può presumere che una conoscenza di base della lingua italiana dello straniero non implichi una adeguata comprensione del linguaggio giuridico e, di conseguenza, la mancata nomina di un interprete nel 77% dei casi è dovuta ai motivi di cui sopra e non alla effettiva conoscenza della

lingua da parte degli interessati. Questa constatazione è indirettamente confermata dall'uso eccessivo della custodia cautelare nei casi riguardanti imputati stranieri sopra riportati.

In secondo luogo, la mancanza di legami esterni radicati e di un alloggio idoneo comportano che alla prima udienza applicativa della misura cautelare il Giudice opti per la custodia cautelare in carcere perché non può applicare gli arresti domiciliari e perché le altre misure vengono (spesso *contra legem*) ritenute inadeguate a salvaguardare le esigenze cautelari, proprio perché il cittadino irregolare e/o senza fissa dimora viene considerato per definizione un soggetto che difficilmente si atterrà alle prescrizioni (ad es., obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria) impartite dal giudice.

Non a caso i fascicoli processuali esaminati dai quali risulta che l'interessato ha subito un'ingiusta detenzione (eventualmente beneficiando successivamente dell'equa riparazione) in regime cautelare sono cittadini extra UE. Analizzando questi fascicoli emerge chiaramente che le prove dell'accusa erano infondate sin dalla prima udienza. Tuttavia, per i problemi sopra esposti, non vi è stata alla prima udienza e nella prima parte del processo una contestazione puntuale, corroborata da prove, della tesi dell'accusa. In un caso, già citato nel precedente paragrafo, addirittura vi è stata la rinuncia in prima udienza della traduzione dei documenti essenziali. Il secondo caso merita un approfondimento (vedi box) in quanto palesa anche che le prove fornite dall'accusa nei confronti di soggetti vulnerabili sono acriticamente valutate dal Giudice che sovente non solo applica la custodia cautelare in carcere in prima udienza ma la mantiene in essere per un periodo eccessivo (nel caso citato per circa un anno e mezzo e la liberazione dell'interessato è avvenuta dopo l'assoluzione con formula piena in secondo grado), senza verificare l'attualità dei gravi indizi per giustificare il protrarsi della misura custodiale.

Il sig. A.H.N., cittadino algerino, regolarmente presente in Italia, veniva tratto in arresto con l'accusa di estorsione in data 13.08.2008. L'accusa si fondava sul racconto della persona offesa e dal possesso di somme sul conto postale dell'imputato ritenute non compatibili con la sua attività lavorativa (domestico e parcheggiatore abusivo). Sin dalla convalida dell'arresto, avvenuta in data 14.8.2008, con applicazione della misura cautelare della detenzione in carcere, A.H.N. si è professato innocente, esplicitando la sua versione alternativa dei fatti in sede di interrogatorio. A.H.N. ristretto presso la Casa circondariale di Roma Regina Coeli, proponeva a settembre e novembre 2008 due istanze di revoca o sostituzione della misura entrambe rigettate dal Giudice precedente. In data 5.2.2009, il Tribunale di Roma, emetteva sentenza di condanna alla pena della reclusione di 5 anni ed € 516,00 di multa oltre spese, per il reato di cui all'art. 629 cpp. Proponeva appello il difensore e la **Corte di Appello di Roma in data 2.11.2009, assolveva con formula piena «perché il fatto non sussiste»** il sig. A.H.N. ordinando l'immediata liberazione dello stesso. Il capovolgimento dell'esito processuale viene ben chiarito in motivazione: la Corte ritiene da un lato non supportata da riscontri la tesi accusatoria, incentrata esclusivamente sulla accusa della persona offesa - contenuta nel solo verbale di denuncia sporta dallo stesso, acquisito ex art. 512 cpp - che però non si è mai presentato in giudizio e, per altro verso, ritiene corroborata da prove la tesi difensiva. Per i **445 giorni di ingiusta detenzione** il sig. A.H.N. ha ricevuto un equo indennizzo di € 70.000,00.

La custodia cautelare: analisi delle misure alternative e del processo decisionale dell'autorità giudiziaria in Italia

Purtroppo il caso di A.H.N. non è isolato e la mancata verifica della permanenza dei gravi indizi di colpevolezza per giustificare il protrarsi della custodia cautelare in carcere non riguarda solo cittadini extra UE. Come già evidenziato nel precedente capitolo, la giurisprudenza della Corte Edu ha infatti a più riprese condannato l'Italia per violazione dell'art. 5.3. Cedu per aver il giudice domestico erroneamente valutato la prova della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza per mantenere in essere la custodia cautelare in carcere.

In due decisioni (sentenza del 16.2.2001 Vaccaro c. Italia e sentenza del 6.4.2000 Labita c. Italia) l'eccessiva durata della custodia cautelare in carcere è stata censurata dalla Corte che ha ritenuto la misura custodiale giustificata nella sua fase genetica, tuttavia, con il decorso del tempo, non è stata verificata con la dovuta diligenza la permanenza dei gravi indizi e delle esigenze cautelari. Il decorso del tempo, a parere della Corte, comporta dunque per gli stati membri uno specifico obbligo di verificare l'attualità dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari.

Il caso Labita, noto alle cronache perchè l'Italia è stata condannata per la mancata inchiesta sulle presunte violenze avvenute nel carcere di Pianosa anche a discapito del ricorrente, offre interessanti spunti di riflessione anche in tema di misure cautelari. In tale decisione, la Corte ha condannato l'Italia anche per violazione dell'art. 5.3, per l'illegittimo protrarsi della custodia cautelare anche quando i gravi indizi di colpevolezza erano venuti meno. La sentenza critica l'utilizzo delle dichiarazioni rese dai c.d. pentiti laddove non corroborate da ulteriori riscontri probatori. Nel caso di specie, 2 anni e 7 mesi in custodia cautelare in carcere è parso alla Corte eccessivo perché nel frattempo erano intervenute sentenze assolutorie per l'interessato e le deposizioni rese dai pentiti non avevano trovato conforto nello sviluppo delle indagini.

VII. ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE

La previsione di misure alternative alla detenzione nella fase cautelare ed il loro concreto utilizzo nella prassi costituiscono un aspetto saliente della presente ricerca. Allorquando, nel caso concreto, il giudice procedente ravvisa l'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza e la sussistenza delle esigenze cautelari, la scelta della misura in concreto da applicare, attuando il principio dell'*extrema ratio*, sono essenziali per l'attuazione delle disposizioni di cui all'art. 5 della CEDU.

La giurisprudenza della Corte EDU ha fortemente incoraggiato l'uso della carcerazione preventiva come una misura eccezionale. In *Ambruszkiewicz v Polonia*⁷⁸, la Corte ha precisato che la:

“la detenzione di un individuo è una misura così grave che è ammessa solo quando altre misure meno rigorose sono state considerate e sono risultate insufficienti per tutelare l'individuo o l'interesse pubblico che potrebbe richiedere che la persona interessata sia detenuta. Ciò significa che non è sufficiente che la privazione della libertà sia conforme alla legislazione nazionale, deve anche essere necessaria in questo contesto.”

Inoltre, la Corte ha sottolineato l'uso del principio di proporzionalità nel processo decisionale, in quanto le autorità dovrebbero prendere in considerazione alternative meno rigorose prima di ricorrere alla detenzione⁷⁹, e le autorità devono anche considerare se il "*protrarsi della detenzione degli imputati sia indispensabile*"⁸⁰. Una tale alternativa è quella di rilasciare l'imputato all'interno del proprio Stato di residenza soggetto a vigilanza. Gli stati membri non possono giustificare la detenzione perchè l'imputato è straniero, ma devono considerare se le misure cautelari siano sufficienti a garantire la presenza dell'imputato al processo.

Questa sezione presenterà i risultati della ricerca relativi all'utilizzo delle alternative alla detenzione cautelare con un *focus* sulla attuazione del principio di *extrema ratio* (nella recente normativa e nella pratica), mettendo in evidenza gli aspetti più critici e fornendo raccomandazioni per porvi rimedio.

VII.1 L'Italia rafforza il principio di ultima istanza: la legge 47/2015

Abbiamo già menzionato le importanti novità introdotte dalla legge 47/2015, entrata in vigore l'8 maggio 2015. In tema di alternative alla detenzione, l'art. 275 cpp, così come modificato, è il nucleo centrale della riforma laddove sintetizza la **assoluta residualità** della custodia cautelare in carcere. *In primis*, il primo periodo del comma 3, viene sostituito dal seguente "*La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate*". Viene inoltre prevista la **cumulabilità delle misure**, offrendo al giudice una più vasta gamma di scelte operative calibrabili sulla specificità del caso, potendo combinare un divieto di dimora con un

⁷⁸ *Ambruszkiewicz v Poland*, App 38797/03. 4 maggio 2006, paragrafo 31.

⁷⁹ *Ladent v Poland*, App 11036/03, 18 March 2008, paragrafo 55.

⁸⁰ *Ibid*, paragrafo 79.

obbligo di presentazione alla p.g. La felice intuizione normativa risponde in modo preciso alla ratio per cui deve essere consentita e imposta l'adozione del trattamento meno afflittivo tra quelli idonei ad assicurare le esigenze cautelari del caso di specie. A chiusura, dopo il comma 3 dell'art. 275 cpp, è aggiunto un comma 3-bis per cui *“Nel disporre la custodia cautelare in carcere il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'art. 275 bis, comma1”*: ancora un ostacolo motivazionale che attribuisce alla misura degli arresti domiciliari, assistita dal controllo elettronico, la funzione di reale misura alternativa al carcere, sulla cui comparazione il giudice dovrà esprimersi in modo concreto espresso e specifico, prima di addivenire ad un secco giudizio di inidoneità⁸¹.

In caso di violazione della misura è stata abolita la sostituzione con misura più grave. Ora il giudice deve valutare l'entità della violazione, e quando viene considerato di entità lieve la misura può essere mantenuta, eventualmente applicando congiuntamente un'altra misura: questo è il caso di una vera soppressione del meccanismo automatico di aggravamento della misura che in passato era il risultato di qualsiasi tipo di violazione.

VII.II. Alternativa alla detenzione in pratica: i risultati della nostra ricerca

Dalle nostre interviste con cinque giudici emerge che il 60% ritiene la detenzione cautelare in carcere come misura di ultima istanza, privilegiano l'obbligo di presentazione alla p.g. e gli arresti domiciliari.

Due dei tre pubblici ministeri intervistati, pur affermando che attuano il principio di detenzione come misura di ultima istanza, hanno anche detto che non hanno fiducia nelle misure alternative.

Dall'analisi dei 43 casi esaminati è emerso che il pubblico ministero ha chiesto una alternativa alla detenzione solo in 15 occasioni, mentre in 28 occasioni ha chiesto l'applicazione della custodia cautelare e in nessun caso ha chiesto la scarcerazione dell'imputato senza condizioni.

Il giudice ha applicato la custodia cautelare in 20 casi (un po' meno del 50%), e le alternative alla detenzione in 23 casi.

In 19 casi (83% delle alternative alla detenzione), il giudice ha applicato gli arresti domiciliari, in due casi l'obbligo di presentarsi alla polizia giudiziaria, in un caso il divieto di residenza e in un caso il ricovero in una struttura psichiatrica.

E' evidente che nella prima udienza relativa all'applicazione delle misure cautelari, i giudici tendono a far proprie le argomentazioni dell'accusa. Un' analisi dei fascicoli mostra però che in quasi tre casi su quattro la misura cautelare viene successivamente mitigata. In molti casi ciò è dovuto semplicemente al fatto che l'interessato fornisce la prova di avere un alloggio idoneo e riesce a provare l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari solo dopo la prima udienza relativa all'applicazione della misura cautelare.

⁸¹ Nonostante ciò l'uso del braccialetto elettronico è estremamente limitato. Al momento sono disponibili soltanto 2000 braccialetti elettronici.

Non è un caso che quasi il 50% degli avvocati ha risposto che nella loro opinione, i giudici non hanno fiducia sull'efficacia delle misure alternative alla detenzione cautelare. Questo avviene anche a causa della mancata previsione della presenza dei servizi sociali sin dalla prima udienza relativa all'applicazione della misura cautelare, che potrebbe facilitare la scelta del giudice sull'idoneità di una misura alternativa alla detenzione nel caso concreto.

20 avvocati (57% degli avvocati intervistati) hanno infatti dichiarato che di solito i giudici non si avvalgono di servizi sociali per effettuare la valutazione di idoneità al fine di concedere una misura alternativa alla detenzione. Gli avvocati intervistati ritengono che i giudici basino le loro decisioni prevalentemente sulle informazioni disponibili raccolte dalla polizia durante le indagini e l'esame delle caratteristiche più rilevanti della personalità dell'imputato, e che spesso si affidano a pregiudizi e all'esistenza di precedenti penali. Infine, il 71% degli avvocati ha risposto al sondaggio sostenendo che la normativa prevede molte alternative, ma poco utilizzate perché i giudici spesso preferiscono optare per la detenzione e tendono a sotto utilizzare le misure alternative per le ragioni di cui sopra.

Gli avvocati ritengono inoltre di svolgere un ruolo importante nel corso delle udienze e ritengono la loro partecipazione effettiva indispensabile. Nella loro opinione, le misure più usate sono gli arresti domiciliari e l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria.

L'esame dei fascicoli e delle udienze rivela quanto segue:

Udienze. In 14 delle 19 udienze esaminate i difensori hanno chiesto la liberazione senza condizioni: questa è stata concessa dal giudice in 4 casi, nei restanti 10 l'udienza si è conclusa con l'applicazione di una misura alternativa alla custodia cautelare in carcere e 2 con la custodia cautelare. Soltanto in un caso di quelli sopra esaminati ha riguardato un imputato con difensore retribuito dallo Stato (gratuito patrocinio).

Sei avvocati hanno chiesto l'applicazione di una misura alternativa, ma cinque udienze si sono concluse con un ordine di custodia cautelare, mentre in un caso la decisione è stata più favorevole in quanto il giudice ha ordinato la liberazione dell'imputato senza restrizioni.

Passando all'esame dei fascicoli, in 17 casi gli avvocati hanno chiesto la liberazione senza condizioni: in 11 casi i giudici hanno disposto una misura cautelare diversa dalla detenzione, in 8 casi hanno ordinato la detenzione.

In 21 casi, la difesa ha chiesto misure alternative: in 12 casi la decisione del giudice è stata adottata in conformità con la richiesta della difesa, in 9, invece, il giudice ha ordinato la detenzione preventiva.

Nessuno degli avvocati dei fascicoli analizzati prestava assistenza con il gratuito patrocinio.

VII.III. Conclusioni e raccomandazioni.

La nostra ricerca mostra che in 20 dei fascicoli esaminati (su un campione di 43) i giudici hanno applicato la custodia cautelare alla prima udienza, e in quasi due/terzi dei casi la misura è stata successivamente mitigata.

La custodia cautelare: analisi delle misure alternative e del processo decisionale dell'autorità giudiziaria in Italia

Le alternative alla detenzione sono sottoutilizzate nella prima udienza relativa all'applicazione della misura a causa della sfiducia della pubblica accusa sull'efficacia di tali misure, perché i giudici non possono contare su alcuna fonte informativa diversa dalla polizia che ha operato l'arresto per ottenere informazioni sulla possibilità di attuare una misura diversa dalla detenzione cautelare, e per il sottoutilizzo di monitoraggio elettronico.

La legge 47/2015 può effettivamente invertire questa situazione e rafforzare l'attuazione del principio di ultima istanza perché dà al giudice la possibilità di utilizzare diverse misure congiuntamente, costringe il giudice a dare una motivazione specifica quando si applica la custodia cautelare, invece degli arresti domiciliari con monitoraggio elettronico, e perché ha abrogato la sostituzione automatica *in peius* delle misure in caso di violazione degli obblighi imposti.

Si raccomanda pertanto la piena attuazione della legge 47/2015 e l'uso efficace del monitoraggio elettronico per ridurre l'uso della custodia cautelare.

Tuttavia, la legge 47/2015 di attuazione è una condizione necessaria per il cambiamento, ma non sufficiente perché le leggi procedurali non hanno alcuna influenza sulle questioni sociali (leggi: la mancanza di alloggi adeguati per l'imputato) e sulle valutazioni del pubblico ministero (il 66% dei pubblici ministeri intervistati ha dichiarato che non si fida delle alternative) che sono la ragione sottesa all'uso eccessivo della custodia cautelare, in particolare nei confronti di persone in difficoltà.

Emblematico è il caso descritto in questa ricerca, dove per un piccolo furto in un supermercato, l'imputato, un cittadino extracomunitario, durante la prima udienza è stato sottoposto all'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria come alternativa alla custodia cautelare. A seguito di ripetute violazioni, il giudice ha ordinato che la misura fosse trasformata in arresti domiciliari, a patto che la residenza del convenuto fosse adatta a questo scopo. La polizia che ha effettuato l'ordine di mutamento della misura, ha ritenuto l'alloggio non idoneo (si trattava di un'abitazione occupata illegalmente a suo tempo dall'imputato, che nel frattempo era stata occupata da altro soggetto) e l'imputato è stato quindi ricondotto in carcere per mancanza di un alloggio idoneo.

Come già detto, la nostra ricerca ha dimostrato che le alternative alla detenzione sono sottoutilizzate per i cittadini extracomunitari. In particolare, nei fascicoli analizzati, 13 imputati erano cittadini stranieri, di cui quattro migranti irregolari, e due non avevano fissa dimora. Per questi imputati la custodia cautelare è stata richiesta in 11 casi (circa l'85%), e l'accusa ha giustificato la richiesta sostenendo che l'imputato era un cittadino straniero in sei casi. Il giudice ha deciso per la detenzione cautelare in carcere in nove casi (69%) e per le alternative in due casi. Gli esiti finali dei processi in questi casi sono stati: otto condanne, tre assoluzioni e due casi (relativi ad estradizione e mandato di arresto europeo).

Inoltre, la qualità del lavoro della difesa non incide sulla scelta della misura quando il giudice ritiene che gli arresti domiciliari potrebbero soddisfare le esigenze cautelari, ma l'imputato non ha un alloggio adeguato. Naturalmente, la possibilità di utilizzare diverse misure congiuntamente e l'uso del monitoraggio

La custodia cautelare: analisi delle misure alternative e del processo decisionale dell'autorità giudiziaria in Italia

elettronico sono opportunità che la difesa può utilizzare anche per i soggetti vulnerabili, ma la mancanza di alloggi adeguati rimane il principale ostacolo per la parità degli accusati nella fase di custodia. Se non ci sono investimenti per rendere disponibile un alloggio adeguato per gli arresti domiciliari la recente riforma difficilmente avrà effetti positivi anche per gli indigenti ed è perciò auspicabile un investimento dello stato e degli enti locali che consentano ai non abbienti di avere un alloggio idoneo in caso di applicazione degli arresti domiciliari.

Inoltre bisogna considerare che gli imputati, di fatto, rischiano di scontare quasi tutta la loro condanna nella fase cautelare, che è un problema in sé, soprattutto per le condizioni di detenzione, che sono di solito peggiori di quelle relative ai condannati in via definitiva. Gli istituti di pena destinati a chi è sottoposto a custodia cautelare sono di solito più affollate e poco attrezzate rispetto a quelle per i detenuti che scontano una pena definitiva. Inoltre, programmi riabilitativi (ad es. l'accesso al lavoro) sono disponibili solo per i detenuti che stanno scontando una condanna definitiva. Ciò significa che, nella maggior parte dei casi, gli imputati in regime di custodia cautelare in carcere finiscono per non fare nulla durante la detenzione. A questo proposito, la presunzione di innocenza va paradossalmente contro gli interessi di chi è sottoposto a misura cautelare.

VIII. IL RIESAME DELLA MISURA CAUTELARE

La possibilità di chiedere l'estinzione o la modifica della misura cautelare in atto, ovvero di impugnare innanzi ad un giudice diverso la precedente decisione relativa all'applicazione di una misura cautelare costituisce un diritto essenziale per l'imputato sottoposto al sub procedimento cautelare .

La Corte EDU ha fornito linee guida applicabili al procedimento di revisione della misura cautelare. In caso di infrazione dei seguenti principi, l'ordinanza che dispone la custodia viola i diritti dell'imputato:

- (i) presunzione di rilascio: durante il periodo delle indagini preliminari vi è una presunzione a favore della liberazione ; la detenzione continuata *"può essere giustificata soltanto se sono presenti gravi requisiti di tutela dell'ordine pubblico poiché, considerata la presunzione di innocenza, prevale in ogni caso il rispetto della libertà individuale di cui all'articolo 5 della Convenzione"*⁸²;
- (ii) riesame periodico: la detenzione preventiva deve essere soggetta a riesame periodico⁸³, e tutte le parti interessate (imputato, autorità giudiziaria e pubblico ministero) devono avere facoltà di darvi impulso⁸⁴;
- (iii) principio di oralità del riesame: la revisione della misura detentiva deve avere forma orale in contraddittorio seguendo il principio della parità delle armi⁸⁵. Ciò potrebbe richiedere l'accesso ai fascicoli⁸⁶ (tale previsione risale ad un periodo precedente al termine di recepimento della Direttiva del giugno 2014 sull'accesso alle informazioni nei procedimenti penali);
- (iv) motivazione: l'ordinanza di estensione della detenzione deve essere presa rapidamente e deve essere motivata specificatamente sulla necessità di estendere la misura⁸⁷. Eventuali precedenti non devono semplicemente essere riprodotti⁸⁸.

Questa sezione presenterà le nostre conclusioni relative alle caratteristiche specifiche della normativa italiana in materia di revoca, modifica ed impugnazione di misure cautelari, i risultati della ricerca su questo aspetto, mettendo in evidenza gli aspetti più critici e fornendo raccomandazioni per porvi rimedio.

VIII.I Caratteristiche specifiche della normativa italiana sulla revoca, la modifica e l'impugnazione di misure cautelari.

⁸² Michalko c. Slovakia, App 35377/05, 21 dicembre 2010, paragrafo 145, disponibile su: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102473>

⁸³ McKay c UK, App 543/03, 3 ottobre 2006, paragrafo 42, disponibile su: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-77177>.

⁸⁴ De Wilde, Ooms and Versyp v Belgium, App 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18 giugno 1971, paragrafo 76, disponibile su: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57606>.

⁸⁵ Rakevich c Russia, App 58973/00, 28 ottobre 2003, paragrafo 43, disponibile su: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61414>.

⁸⁶ Assenov c Bulgaria, App 24760/94, 28 ottobre 1998, disponibile su: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-6773>.

⁸⁷ Rehbock c Slovenia, App 29462/95, 28 novembre 2000, paragrafo 84, disponibile su: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59052>

⁸⁸ Yagci/Sargin c Turkey, App 16419/90, 16426/90, 8 giugno 1995, disponibile su: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57938>.

La custodia cautelare: analisi delle misure alternative e del processo decisionale dell'autorità giudiziaria in Italia

La legge italiana non richiede un riesame periodico effettuato d'ufficio della misura cautelare, a parte quando i termini intermedi e finali stanno per scadere e il giudice deve intervenire per revocare la misura.

Dopo la prima applicazione della misura cautelare l'imputato può chiedere in qualsiasi momento la revoca o la modifica della misura in atto (art. 299 cpp.), o entro 10 giorni può presentare la richiesta di riesame (art. 309 c.p.c.). **La richiesta di revoca o modifica della misura cautelare** può essere disposta d'ufficio dal Giudice o su istanza delle parti (imputato e suo difensore; PM). Tale richiesta viene presentata al giudice procedente (a margine dell'udienza di merito o con deposito di apposita istanza in cancelleria) e prevede un **contraddittorio cartolare**, senza la celebrazione di un'udienza. Quindi, una volta presentata l'istanza (orale o scritta) da parte dell'imputato o del difensore, ovvero del PM, il Giudice decide con ordinanza motivata⁸⁹.

⁸⁹ l'art. 299 cpp prevede che: "1. Le misure coercitive [281-286] e interdittive [287-290] sono immediatamente revocate quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dall'articolo 273 o dalle disposizioni relative alle singole misure ovvero le esigenze cautelari previste dall'articolo 274 (1).

2. Salvo quanto previsto dall'articolo 275 comma 3, quando le esigenze cautelari risultano attenuate ovvero la misura applicata non appare più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata, il giudice sostituisce la misura con un'altra meno grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità meno gravose (2).

2 bis. I provvedimenti di cui ai commi 1 e 2 relativi alle misure previste dagli articoli 282 bis , 282ter, 283, 284,285 e 286, applicate nei procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona, devono essere immediatamente comunicati, a cura della polizia giudiziaria, ai servizi socio-assistenziali e al difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa (3).

3. Il pubblico ministero e l'imputato richiedono la revoca o la sostituzione delle misure al giudice, il quale provvede con ordinanza entro cinque giorni dal deposito della richiesta. La richiesta di revoca o di sostituzione delle misure previste dagli articoli 282 bis, 282ter, 283, 284, 285 e 286, applicate nei procedimenti di cui al comma 2-bis del presente articolo, che non sia stata proposta in sede di interrogatorio di garanzia, deve essere contestualmente notificata, a cura della parte richiedente ed a pena di inammissibilità, presso il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa, salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio. Il difensore e la persona offesa possono, nei due giorni successivi alla notifica, presentare memorie ai sensi dell'articolo 121. Decorso il predetto termine il giudice procede. Il giudice provvede anche di ufficio quando assume l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare o quando è richiesto della proroga del termine per le indagini preliminari o dell'assunzione di incidente probatorio ovvero quando procede all'udienza preliminare o al giudizio (4).

3 bis. Il giudice, prima di provvedere in ordine alla revoca o alla sostituzione delle misure coercitive e interdittive, di ufficio o su richiesta dell'imputato, deve sentire il pubblico ministero. Se nei due giorni successivi il pubblico ministero non esprime il proprio parere, il giudice procede.

3 ter. Il giudice, valutati gli elementi adottati per la revoca o la sostituzione delle misure, prima di provvedere può assumere l'interrogatorio [141bis] della persona sottoposta alle indagini. Se l'istanza di revoca o di sostituzione è basata su elementi nuovi o diversi rispetto a quelli già valutati, il giudice deve assumere l'interrogatorio [141bis] dell'imputato che ne ha fatto richiesta.

4. Fermo quanto previsto dall'articolo 276, quando le esigenze cautelari risultano aggravate, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sostituisce la misura applicata con un'altra più grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità più gravose.

4 bis. Dopo la chiusura delle indagini preliminari, se l'imputato chiede la revoca o la sostituzione della misura con altra meno grave ovvero la sua applicazione con modalità meno gravose, il giudice, se la richiesta non è presentata in udienza, ne dà comunicazione al pubblico ministero, il quale, nei due giorni successivi, formula le proprie richieste. La richiesta di revoca o di sostituzione delle misure previste dagli articoli 282 bis, 282ter, 283, 284, 285 e 286, applicate nei procedimenti di cui al comma 2-bis del presente articolo, deve essere contestualmente notificata, a cura della parte richiedente ed a pena di inammissibilità, presso il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa, salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio (5).

4 ter. In ogni stato e grado del procedimento, quando non è in grado di decidere allo stato degli atti, il giudice dispone, anche di ufficio e senza formalità, accertamenti sulle condizioni di salute o su altre condizioni o qualità personali dell'imputato. Gli accertamenti sono eseguiti al più presto e comunque entro quindici giorni da quello in cui la richiesta è pervenuta al giudice. Se la richiesta di revoca o sostituzione della misura della custodia cautelare in carcere è basata sulle condizioni di salute di cui all'articolo 275, comma 4bis, ovvero se tali condizioni di salute sono segnalate dal servizio sanitario penitenziario, o risultano in altro modo al giudice, questi, se non ritiene di accogliere la richiesta sulla base degli atti, dispone con immediatezza, e comunque non oltre il termine previsto nel comma 3, gli accertamenti medici del caso, nominando perito ai sensi dell'articolo 220 e seguenti, il quale deve tener conto del parere del medico penitenziario e riferire entro il termine di cinque giorni, ovvero, nel caso di rilevata urgenza, non oltre due giorni dall'accertamento. Durante il periodo compreso tra il provvedimento che dispone gli accertamenti e la scadenza del termine per gli accertamenti medesimi, è sospeso il termine previsto dal comma 3.

Avverso tale decisione del Giudice procedente è possibile proporre appello (art. 310 cpp). Competente a decidere sulle istanze di riesame ed Appello è il Tribunale del Riesame.

Il riesame è un mezzo di impugnazione che ha per oggetto il primo provvedimento applicativo della misura cautelare. Il difensore dell'imputato, o l'imputato, possono proporre la richiesta di riesame entro dieci giorni dalla notificazione dell'avviso di deposito dell'ordinanza che dispone la misura. Il tribunale, in composizione collegiale, entro altri dieci giorni, se non dichiara l'inammissibilità della richiesta, annulla, riforma o conferma l'ordinanza.

L'appello è il mezzo di impugnazione avverso la decisione del giudice procedente relativa ad un'istanza di revoca o modifica della misura cautelare già in essere⁹⁰.

La procedura relativa alle impugnazioni si svolge in camera di consiglio. Si tratta dunque di un'udienza non pubblica e senza tutte le garanzie previste dall'art. 6 Cedu.

Tale scelta del Legislatore italiano potrebbe essere contraria all'art. 6.1 Cedu in quanto trattasi di udienze che si svolgono in un momento antecedente ad un'affermazione di penale responsabilità ed immediatamente susseguente alla presunta commissione del fatto. E' una fase, dunque, in cui, anche alla luce del principio di presunzione di innocenza, la persona indagata deve poter godere delle garanzie processualpenalistiche nella maggior estensione possibile. Dovrebbe perciò essergli riconosciuta la facoltà di chiedere che l'udienza avanti al Tribunale del Riesame possa essere pubblica, in ossequio a quanto prescritto dall'art. 6.1 Cedu.

Sul punto non è ancora intervenuta la Corte Edu né la Corte Costituzionale. Tuttavia, in ipotesi analoghe entrambe le Corti (in ultimo: Corte Costituzionale sentenza n. 109 del 2015) hanno affermato che l'interessato possa richiedere la celebrazione dell'udienza pubblica⁹¹.

In definitiva, anche per le udienze innanzi al Tribunale del Riesame deve ritenersi possibile, nonostante il silenzio del Legislatore, chiedere che l'udienza sia celebrata a porte aperte.

Da evidenziare che nel procedimento innanzi al Tribunale del Riesame è prevista **la partecipazione necessaria del solo difensore**, e non anche dell'interessato. Sul punto è di recente intervenuta la legge 47/2015 che ha previsto la possibilità per l'interessato che ha proposto il riesame di poter chiedere di

4 quater. Si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 286bis, comma 3.

⁹⁰ Per un'analisi approfondita dei mezzi di impugnazione e, in particolare, della differenza tra riesame e appello, si veda <http://www.diritto.it/docs/35503-la-differenza-tra-riesame-e-appello>

⁹¹ Ha una particolare importanza, al riguardo, la sentenza Lorenzetti c. Italia (10 aprile 2012), con la quale la Corte di Strasburgo considerato "essenziale" per il rispetto dell'articolo. 6, paragrafo 1, della Convenzione, che le persone coinvolte in una procedura di risarcimento da ingiusta detenzione - una procedura che, secondo il diritto processuale italiano, deve essere tenuta in un'udienza a porte chiuse - ha offerto almeno la possibilità di richiedere una pubblica udienza davanti alla corte d'appello (il tribunale competente). Non esistono circostanze eccezionali che giustificano, in relazione a questa procedura, un'eccezione generale al principio di pubblicità. Anche per quanto riguarda la procedura per l'applicazione di misure preventive (Bocellari e Rizza contro Italia (13/11/2007); Paleari contro Italia (26/07/2011), Capitani e Campanella-Italia (17/05/2011), v Leone. Italia (2010/02/02), Bongiorno e altri c. Italia (2010/05/01), Perre e altri contro Italia (2008/08/07)), la Corte europea è giunta a una simile conclusione, ricordando la sua giurisprudenza costante secondo la quale la pubblicità dei procedimenti giudiziari protegge l'individuo contro la giustizia segreta, una giustizia al di là del controllo pubblico, ed è anche un mezzo per mantenere la fiducia nei tribunali, in tal modo contribuendo a realizzare un processo equo, l'obiettivo di Art. 6, paragrafo 1, della Convenzione.

partecipare personalmente all'udienza (anche se detenuto in altro distretto) e che ha fortemente ampliato le tutele dell'interessato in sede di impugnazione.

In particolare, con la legge in commento è stato modificato l'art. 292 cpp che ora impone, a pena di nullità, al Tribunale del Riesame di dover **autonomamente motivare il provvedimento relativo all'impugnazione**, sia in punto di esposizione degli elementi indiziari e cautelari che hanno imposto la adozione della misura cautelare, sia in termini di valutazione delle specifiche e concrete ragioni che non hanno consentito il ricorso a misure alternative alla custodia carceraria. Ciò al fine di evitare "*motivazioni apparenti*" che di fatto eludono la copertura costituzionale di cui all'art. 13 Cost.

E' stato inoltre previsto dalla medesima legge che l'imputato possa chiedere un differimento dell'udienza di riesame per potere pienamente esercitare il diritto di difesa.

Per quanto riguarda l'attuazione del **principio di speciale diligenza**, la decisione del Tribunale del Riesame deve avvenire entro 10 giorni dal ricevimento degli atti, pena la perdita di efficacia della misura. La legge 47/2015 ha introdotto l'obbligo per il Tribunale del Riesame di depositare le motivazioni entro un termine (tra i 30 e i 45 giorni), a pena di perdita di efficacia della misura.

Sia in questo caso, sia nelle altre situazioni di perdita di efficacia delle misure, il provvedimento non potrà essere reiterato se non in presenza di motivate eccezionali esigenze cautelari.

Di conseguenza, anche se si deve riconoscere che la legge 47/2015 ha introdotto nuovi e importanti garanzie per l'imputato, la possibilità per l'interessato di chiedere un'udienza pubblica con tutte le garanzie previste dall'art. 6 della CEDU nella procedura di riesame è opportuna.

VIII.II. Le vicende modificative delle misure cautelari nella pratica: risultati di ricerca.

Una volta chiarito che nell'ordinamento italiano il termine *review* va inteso in senso ampio, in quanto riguarda ogni vicenda modificativa della misura cautelare (sia essa originata da una richiesta di revoca o sostituzione della misura sia essa un'impugnazione innanzi al Tribunale del Riesame), possiamo ora all'esame dei fascicoli processuali.

Da evidenziare che nella stragrande maggioranza dei casi l'istanza dell'avvocato è rivolta al giudice precedente e sono invece rare le impugnazioni.

Il primo dato che emerge è che nell'84% dei fascicoli è stata richiesta, almeno una volta, una modifica della misura cautelare.

In soli sette casi su 43 analizzati (16%) le misure cautelari non sono state contestate.

Il secondo dato importante è che nel 72% dei casi analizzati in cui è stata richiesta una revisione, il giudice ha concesso una misura alternativa alla detenzione. Questo è avvenuto soprattutto perché il difensore che ha richiesto la revisione è stato in grado di fornire ulteriori prove, come ad esempio la prova di un alloggio idoneo e un lavoro stabile. Dunque il giudice in sede di revisione ha più elementi per concedere una misura alternativa sia per gli elementi positivi (possesso di un alloggio e opportunità lavorative) evidentemente non conosciuti in sede di prima applicazione della misura, sia perché la difesa ha avuto modo di meglio

argomentare le contestazioni in ordine alla non sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari.

In tutti i casi in cui la difesa ha fornito nuove prove durante la revisione è stata concessa una misura alternativa alla detenzione (di solito gli arresti domiciliari o l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria).

Tale dato è allarmante perché rivela che un gran numero di imputati sono sottoposti alla custodia cautelare in carcere, anche se per un periodo limitato di tempo, solo perché la difesa, nel breve tempo a disposizione tra l'arresto e l'udienza di convalida, non ha tempo per dimostrare che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con misure meno restrittive.

Da rilevare che anche quando il PM ha fornito ulteriori prove a supporto dell'esigenza di mantenere la misura cautelare precedentemente applicata, la capacità del difensore di confutare la tesi dell'accusa fornendo nuove prove comporta in oltre il 90% dei casi la gradazione della misura. Più nello specifico, in 11 fascicoli (25%), la difesa ha controargomentato in sede di riesame le nuove prove fornite dall'accusa: in 10 casi è stata data una misura alternativa, in 1 è stata concessa la liberazione senza condizioni.

Passando alle opinioni degli avvocati, più del 90% degli intervistati ritiene che non vi siano ostacoli nella presentazione di istanze volte alla modifica della misura o all'impugnazione della decisione relativa all'applicazione della misura. Alla domanda se il Giudice tiene conto o meno di fatti nuovi sopravvenuti in ordine ai gravi indizi e alle esigenze cautelari, il campione intervistato è diviso: il 50% ritiene che spesso ciò accada, il 50% raramente.

Il 75% evidenzia che non viene periodicamente riesaminata la misura e che vi è sempre bisogno dell'impulso di parte. Non a caso, dall'analisi dei fascicoli processuali, è emerso che le vicende modificative delle misure sono sempre state sollecitate dalla difesa, nonostante in astratto sia previsto che anche il Giudice d'ufficio possa provvedere. Il 42% degli intervistati denuncia che l'assenza della verifica periodica della permanenza delle esigenze sottese alla misura applicata comporta un grave pregiudizio per l'imputato⁹².

Nelle cinque interviste a giudici, in risposta alla domanda su quali siano le principali considerazioni alla base della motivazione di modificare la custodia cautelare, due di loro hanno dichiarato di dar conto alla persistenza dei gravi indizi di colpevolezza e alle esigenze cautelari, uno considera soprattutto il rispetto dei requisiti formali per l'adozione dell'atto impugnato, uno se ci sono nuovi fatti e soprattutto la documentazione sul lavoro e la famiglia dell'imputato e il comportamento dell'indagato o il tempo trascorso.

⁹² Questa percentuale riflette il risultato di ogni evento di revisione della misura cautelare ordinato dal giudice. Per questo motivo non tiene conto dei respingimenti *medio tempore* dell'autorità giudiziaria. In diversi casi, la revisione è stata respinta quando la prima richiesta è stata presentata, e accettata solo in seconda o terza richiesta. La modifica o la revoca della misura a seguito della prima richiesta si sono verificati solo in 15 casi (35%). Quando il giudice ha modificato la misura alla prima richiesta, poi tendeva a ridurre ulteriormente la misura con le seguenti richieste.

L'analisi dei fascicoli dimostra che le motivazioni dei giudici si basano principalmente sulle nuove prove fornite dalla difesa (vedi sopra), in secondo luogo la condotta dell'imputato durante il procedimento e sul rispetto delle misure già in atto e, solo raramente, il tempo trascorso o altri fattori.

Dall'analisi dei fascicoli emerge che le decisioni dei giudici per motivare la gradazione della misura si fondano prevalentemente sulle nuove prove fornite dalla difesa (vedi sopra), in secondo luogo sul comportamento processuale e sull'osservanza delle prescrizioni precedentemente impartite e, solo di rado, sul decorso del tempo o altri fattori.

VIII.III. Le decisioni della Corte EDU e le prospettive di revisione della disciplina della custodia cautelare dopo l'entrata in vigore della legge 47/2015

Per quanto riguarda l'attuazione del principio di speciale diligenza, come già detto in precedenza, la decisione del Tribunale del riesame (art. 309 cpp) deve essere adottata entro 10 giorni dalla ricezione degli atti, pena la perdita di efficacia della misura. Al contrario, per le decisioni sulle istanze di revoca e modifica della misura presentate davanti al giudice procedente, e per i ricorsi (appello) avverso tali decisioni davanti al Tribunale del riesame, non sono previsti termini perentori, ossia scadenze che hanno come conseguenza la perdita di efficacia della misura.

Non è un caso che l'Italia, come già detto, è stata più volte sanzionata dalla Corte per il mancato rispetto del principio di speciale diligenza nelle procedure relative al sub-procedimento cautelare.

Nella sentenza del 9.6.2005 Picaro c. Italia la Corte di Cassazione ha impiegato cinque mesi e 20 giorni per decidere se respingere l'istanza di gravame del ricorrente contro la misura degli arresti domiciliari. Nella sentenza del 4.3.2008 Marturana c. Italia la Corte ha constatato la violazione dell'art. 5.4 in relazione all'eccessivo ritardo con il quale l'autorità giudiziaria ha esaminato l'istanza del ricorrente volta ad ottenere una pronuncia sulla legittimità della sua detenzione.

Nella sentenza del 24.4.2008 Rizzotto c. Italia, la Corte ha accolto le doglianze del ricorrente che lamentava la violazione dell'art. 5.4 per l'eccessiva durata (quasi 4 mesi per ricevere la notifica del provvedimento relativo alla richiesta di riesame della misura cautelare) del sub procedimento relativo all'applicazione della misura cautelare.

Nella sentenza Luberti c. Italia, viene condannata l'Italia per violazione dell'art. 5.4 in ordine alla non tempestività della decisione relativa alla scarcerazione dell'internato. Nel caso di specie è stato ritenuto violato il diritto del ricorrente ad ottenere una decisione in tempi rapidi in ordine al mantenimento della misura dell'internamento. Infatti il tribunale adito (Tribunale di sorveglianza di Roma) si era dichiarato incompetente dopo un anno mezzo dalla presentazione dell'istanza senza entrare nel merito della vicenda.

Da evidenziare che la legge 47/2015 ha introdotto l'obbligo per il Tribunale del Riesame di depositare le motivazioni entro un termine (tra i 30 e i 45 giorni), a pena di perdita di efficacia della misura. Tale ultima modifica sembra rispondere all'esigenza di adeguare l'ordinamento italiano all'art. 5 Cedu e di evitare ulteriori condanne dell'Italia per violazione del principio di speciale diligenza.

La legge 47/2015 ha sicuramente introdotto dei correttivi per il riesame che vanno nella direzione giusta e in attuazione del principio di speciale diligenza. Tuttavia per l'appello, così come per le procedure *de plano* e le decisioni relative alle istanze di revoca o modifica della misura presentate innanzi al Giudice procedente, restano dubbi sulla mancata previsione di termini perentori, e, più in generale, di garanzie (contraddittorio cartolare, pubblicità dell'udienza, partecipazione dell'imputato, etc) per il pieno esercizio del diritto di difesa.

VIII.IV. Conclusioni e raccomandazioni

Come abbiamo detto nel paragrafo 8.1, anche se la legge 47/2015 ha introdotto nuovi e importanti garanzie per l'imputato, la possibilità di chiedere un'udienza pubblica con tutte le garanzie previste dall'art. 6 della CEDU nella procedura di revisione della misura cautelare ("Riesame" e "appello") continua a non essere prevista dalla legislazione italiana.

Un altro problema riscontrato, sempre sul piano legislativo, è la mancata previsione di un riesame a intervalli regolari della misura, tranne quando i termini intermedi e finali stanno per scadere e il giudice deve intervenire per revocare la misura. Il 75% degli avvocati intervistati lamenta che non viene periodicamente riesaminata la misura e che vi è sempre bisogno dell'impulso di parte. Non a caso, i fascicoli esaminati dimostrano che le modifiche alla misura sono sempre sollecitate dalla difesa, anche se in teoria il giudice potrebbe procedere d'ufficio.

Si suggerisce pertanto l'introduzione di un obbligo di riesame periodico d'ufficio, per valutare l'attualità dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari.

L'analisi dei fascicoli ha anche mostrato come in quasi tre casi su quattro, la misura cautelare applicata alla prima udienza è stata poi mitigata. In molti casi ciò è dovuto semplicemente al fatto che l'imputato e la sua difesa hanno fornito la prova di un alloggio idoneo e/o hanno contestato i gravi indizi di colpevolezza e le esigenze cautelari solo dopo la prima udienza. In tutti i casi in cui la difesa ha fornito nuove prove nel corso del procedimento di impugnazione è stata concessa una misura alternativa alla custodia cautelare.

Tale dato è allarmante perché rivela che un gran numero di imputati sono sottoposti alla custodia cautelare in carcere, anche se per un periodo limitato di tempo, solo perché la difesa, nel breve tempo a disposizione tra l'arresto e l'udienza di convalida, non ha tempo per dimostrare che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con misure meno restrittive.

Vale la pena di ripetere che il miglioramento delle garanzie durante la prima udienza (vd. *supra*) potrebbe ridurre tali discrasie. La notifica all'avvocato del fascicolo dell'accusa unitamente alla data della prima udienza (via fax o e-mail) e la presenza, o il coinvolgimento, dei servizi sociali sin dalla prima udienza relativa all'applicazione della misura cautelare potrebbe di fatto ridurre il ricorso alla custodia cautelare.

Infine, per l'appello, così come per le decisioni sulle istanze di revoca o modifica della misura, permangono taluni interrogativi circa la mancata inclusione di termini perentori, e, più in generale, altre garanzie

La custodia cautelare: analisi delle misure alternative e del processo decisionale dell'autorità giudiziaria in Italia

(contraddittorio, pubblica udienza, partecipazione degli imputati, etc.) per la piena applicazione del diritto alla difesa.

Si suggerisce, di conseguenza, una riforma che introduca garanzie più forti, simili a quelle che disciplinano la procedura per il "riesame". In particolare, è necessario introdurre termini perentori, pena la perdita di efficacia della misura, per tutte le decisioni relative al sub-procedimento cautelare.

IX. GLI ESITI DEI PROCESSI

Questa sezione presenterà gli esiti, nel merito, dei processi analizzati e la loro relazione con i rispettivi sub-procedimenti cautelari.

E' importante ricordare che nella legislazione italiana il tempo trascorso durante la custodia cautelare (e in regime di arresti domiciliari) è conteggiato come pre-sofferto e viene quindi detratto dalla pena effettivamente inflitta in sentenza.

IX.1 La carenza della sentenza non definitiva nel sistema italiano e legge 67/2014

Preliminarmente è opportuno rammentare che nel sistema italiano in caso di condanna l'unica pena prevista è quella detentiva carceraria e non esistono *non custodial sentence* se non ipotesi tassative. Dunque, solo in un momento successivo alla condanna definitiva l'interessato potrà richiedere la detenzione domiciliare quale misura alternativa alla detenzione carceraria.

Il decreto 78/2013 ha modificato l'articolo 656 del codice di procedura penale, che si occupa dell'esecuzione delle pene detentive. L'articolo in commento, al quinto comma in particolare, disciplina l'ipotesi in cui una persona sia stata condannata ad una pena detentiva non superiore ai 3 anni, oppure ai 6 anni nei casi di cui agli articoli 90 e 94 del Testo unico sugli stupefacenti, ovvero quando la persona sia tossicodipendente. Se ricorrono queste condizioni, il pubblico ministero emette l'ordine di esecuzione, ma contestualmente lo sospende al fine di permettere al condannato e al suo difensore, di presentare istanza, entro 30 giorni, al Tribunale di sorveglianza con cui richiedere la concessione di una misura alternativa. In questo modo, è possibile **l'accesso alle alternative alla detenzione direttamente dalla libertà**, evitando al condannato di entrare in carcere, anche per pochi giorni, quando la brevità della pena che gli è stata inflitta porta a presumere che potrebbe essergli concessa una misura alternativa. È il meccanismo, introdotto dalla legge n. 165 del 1998, volto a incentivare la concessione *ab initio* delle alternative al carcere. Tra l'altro non c'è nessuna discrezionalità nell'obbligo di sospendere l'ordine di esecuzione. **La norma si rivolge ai condannati liberi e si estende alle persone agli arresti domiciliari**, realizzando il coordinamento tra la misura cautelare degli arresti e la possibilità di far proseguire la sanzione, se ricorrono le altre condizioni, sotto forma di detenzione domiciliare. In base al comma 10, inoltre, non c'è bisogno dell'istanza delle persone agli arresti domiciliari, ma è il pubblico ministero a inviare gli atti direttamente al Tribunale di sorveglianza, affinché provveda all'eventuale applicazione di una misura alternativa.

Invero, di recente il Parlamento (legge 67/2014 entrata in vigore il 17.5.2014) ha delegato il Governo per l'introduzione dei domiciliari come pena principale applicabile direttamente in sentenza, ma tale delega non è ancora stata esercitata. Secondo la legge delega, i domiciliari dovranno diventare pena principale da applicare in automatico a tutte le contravvenzioni attualmente colpite da arresto e a tutti i delitti il cui massimo edittale è fino a 3 anni. Se invece la reclusione va da tre a cinque anni, sarà il giudice a decidere tenendo conto della gravità del reato e della capacità a delinquere. La detenzione non carceraria può avere

durata continuativa o per singoli giorni della settimana o fasce orarie e può essere eventualmente prescritto il braccialetto elettronico.

Sempre a mente della legge delega sopra menzionata, per i reati attualmente puniti con l'arresto o con la reclusione fino a 5 anni, il giudice potrà, sentito l'imputato e il PM, applicare anche la sanzione del lavoro di pubblica utilità che dovrà avere una durata minima di 10 giorni, non potrà superare le otto ore giornaliere, non sarà retribuito e andrà a beneficio della collettività.

Il Governo ad oggi non ha esercitato tale delega, mentre ha esercitato due importanti deleghe previste dalla citata legge 67/2014 in tema di esclusione della punibilità per tenuità del fatto⁹³ e per messa alla prova.⁹⁴

IX.II. I risultati: le conclusioni della nostra ricerca

Dall'esame dei fascicoli processuali (43) è emerso che il 14% degli imputati (sei) è stato assolto, in due casi (relativi a estradizione e mandato di arresto europeo) non è avvenuta la consegna ma la misura custodiale è stata applicata, mentre nei restanti 35 casi, l'81% del campione, vi è stata una sentenza di condanna.

Solo nel 6% dei casi la durata della custodia cautelare è coincisa con la pena effettivamente irrogata in sentenza, mentre nei restanti casi la durata della custodia cautelare in carcere è risultata inferiore alla pena effettivamente irrogata e il periodo in custodia cautelare in carcere (o in arresti domiciliari)⁹⁵ è stato calcolato come presofferto.

Nel 16% dei casi analizzati l'interessato ha scontato oltre la metà della pena effettivamente irrogata in custodia cautelare in carcere o in regime di arresti domiciliari.⁹⁶

In tutti gli altri la custodia cautelare e gli arresti domiciliari hanno avuto dunque una durata inferiore alla metà della pena inflitta. Come anticipato in precedenza, nell'84% dei fascicoli è stata richiesta, almeno una volta, una modifica della misura cautelare e nel 72% dei casi vi è stata effettivamente una graduazione della misura.⁹⁷

Passando alle caratteristiche demografiche degli imputati in custodia cautelare e agli esiti processuali è emerso, come già osservato, una forte disparità tra i cittadini europei ed extra europei. Per capire questa

⁹³ http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-non-punibilita-per-particolare-tenuita-del-fatto_12-06-2015.php

⁹⁴ http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-messa-alla-prova-per-gli-adulti_29-04-2014.php

⁹⁵ Nel sistema italiano il presofferto in regime di arresti domiciliari è equiparato al presofferto in regime di custodia cautelare in carcere.

⁹⁶ Dai risultati in nostro possesso su 43 fascicoli soltanto in 9 casi è stato specificato analiticamente quanto tempo l'interessato è stato sottoposto in custodia cautelare in carcere e quanto in regime di arresti domiciliari. In 7 casi su 9 si è riscontrato che gli interessati hanno trascorso maggior tempo in regime di arresti domiciliari.

⁹⁷ Tale dato si riferisce all'esito delle vicende modificative della misura cautelare per ciascun fascicolo. Pertanto non tiene conto di rigetti medio tempore adottati dall'autorità giudiziaria. In diversi casi, infatti, la modifica della misura è stata rigettata in un primo momento e accolta successivamente. Infatti, soltanto in 15 casi (35%) la modifica è avvenuta a seguito della presentazione della prima istanza di revoca o modifica della misura. Da evidenziare che quando il giudice ha concesso la modifica della misura in prima istanza, alle successive istanze, generalmente, ha ulteriormente graduato la misura. Quindi, ad esempio, se ad un imputato era stata applicata in un primo momento la custodia cautelare in carcere sono stati poi concessi gli arresti domiciliari alla prima richiesta di modifica, e, successivamente è stata accolta la richiesta di obbligo di presentazione alla p.g. o altra misura meno afflittiva di quelle detentive.

disparità è sufficiente notare che il 50% delle assoluzioni hanno interessato cittadini extracomunitari che hanno subito la custodia cautelare, e che nella presente ricerca gli imputati stranieri rappresentano solo il 30% del campione considerato. Nei casi analizzati, come già osservato, 13 imputati erano cittadini stranieri, 11 non cittadini dell'UE quattro dei quali irregolari, e due senza fissa dimora. Per questi imputati la custodia cautelare è stata richiesta in 11 casi (circa l'85%), ed il pubblico ministero ha giustificato la richiesta sostenendo che l'imputato era un cittadino straniero in sei casi. Il giudice ha optato per la detenzione cautelare in nove casi (69%) e per le misure alternative in due casi. Gli esiti processuali in questi casi sono stati: otto condanne, tre assoluzioni e due provvedimenti di mancata consegna allo stato estero richiedente.

Esaminiamo in dettaglio i tre casi di assoluzione e due casi in cui le accuse sono decadute.

-Il Signor Ahn, cittadino algerino, regolarmente presente in Italia, veniva tratto in arresto con l'accusa di estorsione in data 13.08.2008. L'accusa si fondava sul racconto della persona offesa e dal possesso di somme sul conto postale dell'imputato ritenute non compatibili con la sua attività lavorativa (domestico e parcheggio abusivo). Sin dalla convalida dell'arresto, avvenuta in data 14.8.2008, con applicazione della misura cautelare della detenzione in carcere, A.H.N. si è professato innocente, esplicitando la sua versione alternativa dei fatti in sede di interrogatorio. A.H.N. ristretto presso la Casa circondariale di Roma di Regina Coeli, proponeva a settembre e novembre 2008 due istanze di revoca o sostituzione della misura entrambe rigettate dal Giudice procedente. In data 5.2.2009, il Tribunale di Roma, emetteva sentenza di condanna alla pena della reclusione di 5 anni ed € 516,00 di multa oltre spese, per il reato di cui all'art. 629 cpp. Proponeva appello il difensore e la **Corte di Appello di Roma in data 2.11.2009, assolveva con formula piena « perchè il fatto non sussiste »** il sig. A.H.N. ordinando l'immediata liberazione dello stesso. Il capovolgimento dell'esito processuale viene ben chiarito in motivazione: la Corte ritiene da un lato non supportata da riscontri la tesi accusatoria, incentrata esclusivamente sulla accusa della persona offesa - contenuta nel solo verbale di denuncia sporta dallo stesso, acquisito ex art. 512 cpp - che però non si è mai presentato in giudizio e, per altro verso, ritiene corroborata da prove la tesi difensiva. Per i **445 giorni di ingiusta detenzione** il sig. A.H.N. ha ricevuto un equo indennizzo di € 70.000,00.

-Il signor K. è stato tratto in arresto il 9.5.2013 e l'11.5.2013 è stato convalidato l'arresto per contraffazione di banconote, con applicazione della PTD. Inizialmente è stato difeso da un avvocato d'ufficio che addirittura ha rinunciato alla traduzione degli atti essenziali del processo, nonostante l'interessato non comprendesse la lingua italiana e si professasse innocente. Il difensore di fiducia, nominato in data 21.5.2013, ha ottenuto in data 6.6.2013 la gradazione della misura (arresti domiciliari), dopo aver provato l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza. Le banconote non erano infatti state sottoposte ad alcun esame tecnico per verificarne l'autenticità e, a seguito dell'istanza della difesa, ne è stata accertata l'autenticità. Ciò nonostante, alla prima richiesta di revoca o modifica sono stati concessi soltanto i domiciliari. Tale misura è stata poi revocata soltanto in data 20.7.2013 a seguito di ulteriore istanza della

difesa di revoca della misura. L'interessato è stato assolto con formula piena e sta per presentare domanda di risarcimento del danno per l'ingiusta detenzione subita per 28 giorni in custodia cautelare in carcere e 44 giorni in regime di arresti domiciliari.

- Il Sig. N.M.A. è stato tratto in arresto il 14.7.2009 ed il 16.7.09 è stato convalidato l'arresto con applicazione della custodia cautelare in carcere. Il difensore ha proposto riesame della misura ed in data 31.7.2009 il competente Tribunale del Riesame ha annullato il provvedimento cautelare. Da evidenziare che il difensore ha anche chiesto, nelle more della decisione del Tribunale del Riesame la modifica della misura al Giudice precedente che in data 27.7.2009 ha però rigettato la relativa istanza. L'interessato è stato poi assolto dall'accusa di truffa e sta per presentare domanda di risarcimento del danno per l'ingiusta detenzione subita per 17 giorni.

- Passando ai 2 casi di mancata consegna allo stato estero richiedente, entrambi hanno riguardato un cittadino polacco raggiunto da un'extradizione e da un mandato di arresto europeo per esecuzione pena emessi dall'Autorità polacca rispettivamente nel 2010 nel 2014. Nel primo caso, l'interessato è stato tratto in arrestato, a seguito di richiesta di estradizione, il 2.7.2010 per una pena residua da scontare di 334 giorni, conseguente ad una condanna per spaccio di stupefacenti. In data 6.7.2010 la Corte di Appello di Roma ha convalidato l'arresto provvisorio, disponendo altresì la custodia cautelare in carcere.

In data 18.8.2010, all'interessato venivano concessi gli arresti domiciliari a seguito dell'istanza presentata dalla difesa. Infine veniva liberato in data 1.6.2011 per aver scontato i 334 di pena in Italia senza che le Autorità polacche avessero integrato i documenti richiesti dall'Autorità italiana.

Nel secondo caso, l'interessato è stato tratto in arrestato, a seguito di MAE, il 26.3.2014 per una pena residua da scontare di anni due mesi due e giorni 10, conseguente ad una condanna per spaccio di stupefacenti. In data 27.3.2014 la Corte di Appello di Roma ha convalidato l'arresto provvisorio, disponendo altresì gli arresti domiciliari. In data 7.4.2014, all'interessato veniva sostituita la misura con l'obbligo di firma a seguito dell'istanza presentata dalla difesa. In data 22.5.2014 la corte di Appello rigettava la richiesta di consegna disponendo che la pena fosse scontata in Italia e revocava la misura cautelare in essere. La pena non è stata poi scontata per applicazione dell'indulto.

X. CONCLUSIONI E RACCOMANDAZIONI

I risultati del nostro lavoro indicano la necessità di ulteriori iniziative delle autorità italiane (Parlamento, Ministero della Giustizia, Ministero dell'Interno, le autorità locali, Ordine degli Avvocati) sulla custodia cautelare, per rafforzare i diritti degli imputati e per evitare ulteriori condanne dell'Italia per violazione dell'art. 5 della CEDU.

Per quanto riguarda la prima udienza relativa all'applicazione della misura cautelare la ricerca ha dimostrato che esiste una disuguaglianza dei mezzi a disposizione delle parti (gli avvocati hanno poco tempo per prepararsi per la prima udienza e le motivazioni delle decisioni continuano ad apparire formali affidandosi eccessivamente sulle prove fornite dalla dall'accusa) e la mancanza di strumenti a disposizione del giudice per superare questa disuguaglianza. Ci riferiamo, in particolare, all'assenza di una previsione legale che richieda che, insieme con la notifica della data dell'udienza, l'avvocato debba inoltre ricevere il fascicolo del pubblico ministero per avere il tempo sufficiente per preparare la difesa. Per quanto riguarda la procedura, è rilevante anche l'assenza in tribunale, alla prima udienza in cui viene richiesta la misura cautelare, dei servizi sociali che potrebbero colmare il divario tra l'accusa e la difesa e sostenere il giudice nella sua decisione. La presenza dei servizi sociali potrebbe impedire la detenzione di un imputato vulnerabile che, con il sostegno di questi servizi, potrebbe accedere ad alternative al carcere sin dalla prima udienza.

Si consiglia al Ministero della Giustizia di:

- introdurre la notifica del fascicolo del pubblico ministero unitamente alla comunicazione della data dell'udienza (via fax e/o mail);
- prevedere la presenza, o il coinvolgimento, dei servizi sociali nel sub-procedimento cautelare.

Nel merito del processo decisionale e dell'implementazione delle alternative alla detenzione preventiva la ricerca ha dimostrato che la motivazione continua ad apparire formalistica e si affida eccessivamente sull'esistenza di precedenti penali per giustificare la sussistenza del rischio di recidiva e del pericolo per l'ordine pubblico. La recente riforma introdotta dalla legge 47/2015 ha sicuramente rafforzato l'obbligo di motivazione. Una rigorosa applicazione di questa nuova legge potrebbe migliorare la qualità dei provvedimenti degli ordini di custodia cautelare. D'altra parte, guardando il profilo demografico dei destinatari di ordini di custodia cautelare, una forte disparità tra cittadini dell'UE e i cittadini non comunitari emerge con chiarezza. In questi casi specifici, il ruolo svolto dal difensore non è sufficiente a impedire l'applicazione della custodia cautelare anche per l'implementazione in ritardo e molto recente della direttiva 64/2010/UE. La piena attuazione della direttiva 64/2010/UE, in particolare per quanto riguarda la possibilità di nominare un interprete per permettere alla difesa di organizzare al meglio la strategia difensiva, la costituzione di un registro degli interpreti autorizzati, la formazione giuridica di

La custodia cautelare: analisi delle misure alternative e del processo decisionale dell'autorità giudiziaria in Italia

esperti e interpreti, e una formazione specifica per avvocati e giudici sulle linee di applicazione, sono tutti elementi necessari per affrontare i problemi sopra menzionati. Più in generale, è necessaria una formazione specifica sulla CEDU, in particolare sull'art. 5, non solo per gli avvocati, ma anche per i giudici e pubblici ministeri. Inoltre, il nostro lavoro ha dimostrato che, in caso di imputati vulnerabili privi di tutele sociali e un alloggio adeguato, il giudice opta per la custodia cautelare, perché non possono applicarsi gli arresti domiciliari. Riteniamo pertanto che le autorità statali o locali centrali dovrebbero stanziare fondi per indagati e imputati che non hanno un alloggio adeguato. Infine, il nostro lavoro ha dimostrato che, per affrontare i problemi di cui sopra, la piena attuazione della legge 47/2015 è di primaria importanza, in particolare per quanto riguarda la possibilità di utilizzare diverse misure congiuntamente per evitare la custodia cautelare, e l'obbligo di dare una motivazione specifica per l'applicazione di custodia cautelare, invece degli arresti domiciliari con monitoraggio elettronico.

Si raccomanda che il Ministero della Giustizia:

- attui con rigore la legge 47/2015;
- attui con rigore direttiva 64/2010 / UE;
- stanzi fondi per il monitoraggio elettronico.

Si raccomanda che le associazioni rappresentative di giudici, avvocati, autorità di polizia, esperti ed interpreti forniscano formazione obbligatoria sulla giurisprudenza della Corte EDU, con particolare riferimento a quella sull' art. 5 della CEDU e sul piano d'azione di Stoccolma.

Si raccomanda che le autorità statali e locali centrali stanzino fondi per indagati e imputati che non possono accedere agli arresti domiciliari per mancanza di risorse finanziarie per permettersi un alloggio adeguato.

Per quanto riguarda la revisione della detenzione preventiva, la ricerca ha sottolineato il fatto che la legge italiana non richiede un riesame della misura a intervalli regolari. Non a caso, i fascicoli dimostrano che le modifiche alla detenzione sono state sempre sollecitate dalla difesa, anche se in teoria il giudice potrebbe procedere d'ufficio. Inoltre, per l'appello (art. 310 cpp), come pure per le decisioni sulle istanze di revoca o modifica della misura presentata al perseguimento giudice (art. 299 cpp), rimangono interrogativi circa la mancata inclusione di termini perentori, e, più in generale, altre garanzie (effettivo contraddittorio, udienza pubblica, la partecipazione degli imputati, ecc.) per un esercizio pieno del diritto alla difesa.

Si consiglia al Parlamento:

- di introdurre l'obbligo di revisione periodica del provvedimento da parte dell'autorità giudiziaria, per valutare l'attualità dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari;
- di introdurre per l'appello (articolo 310 cpp) , così come per le decisioni sulle istanze di revoca o modifica della misura (Art 299 cpp), maggiori garanzie, simili a quelle che disciplinano la procedura per il riesame ai sensi dell'art. 309 cpp. In particolare, per l'appello (art. 310 cpp), è necessario introdurre termini perentori per la decisione, pena la perdita di efficacia della misura.

La custodia cautelare: analisi delle misure alternative e del processo decisionale dell'autorità giudiziaria in Italia

- di introdurre la possibilità per l'imputato di chiedere un'udienza pubblica, con tutte le garanzie previste dall'art. 6 della CEDU, nella procedura di cui all'art. 309 e 310 cpp

Per valutare l'efficacia di tutte le misure introdotte negli ultimi anni per ridurre il ricorso alla custodia cautelare, e, infine, di quelle suggerite qui, raccomandiamo che il Ministero della Giustizia attui efficacemente l'art. 15 della Legge 47/2015, che stabilisce l'obbligo per il governo di fornire dati statistici affidabili e complete sull'applicazione delle misure cautelari.