



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
Dottorato di Ricerca Internazionale in Giurisprudenza

MATTIA GIANGRECO

**LIBERTÀ SU CAUZIONE E CONTRADDITTORIO ANTICIPATO.
QUALI SPAZI DI PRATICABILITÀ NEL SISTEMA CAUTELARE ITALIANO?**

—————
TESI DI DOTTORATO
—————

Ciclo Dottorale: XXXIII

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/16

SUPERVISORE:

Chiar.ma Prof.ssa Vania Patanè

COORDINATORE DEL DOTTORATO:

Chiar.ma Prof.ssa Anna Maria Maugeri

ANNO ACCADEMICO 2019/2020

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE I

CAPITOLO I – I LIMITI DEL VIGENTE CONTRADDITTORIO CAUTELARE ED IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA ESIGENZE PROCESSUALI E SPINTE GARANTISTICHE 1

- 1. Le garanzie costituzionali a tutela della libertà personale** _____ **1**
 - 1.1. Il rapporto regola-eccezione tra libertà personale e diritto alla sicurezza _____ 2
 - 1.2. Il superamento del ‘vuoto dei fini’ della custodia cautelare e la presunzione di innocenza _____ 6
 - 1.3. Il diritto di difesa nei procedimenti *de libertate* e il ‘giusto procedimento cautelare’ _____ 9
- 2. La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo in tema di libertà personale** __ **13**
 - 2.1. L’art. 5 CEDU tra diritto alla libertà personale e diritto alla sicurezza _____ 13
 - 2.2. (Segue) Le eccezionali restrizioni alla libertà personale previste dall’art. 5.1 CEDU lett. c) e il diritto di *habeas corpus* nell’art. 5 CEDU _____ 17
- 3. I limiti del diritto al contraddittorio nel codice del 1930** _____ **23**
- 4. Il contraddittorio per l’applicazione delle misure cautelari personali di tipo coercitivo** _____ **25**
 - 4.1. L’istanza del pubblico ministero e il procedimento applicativo _____ 26
 - 4.2. L’ordinanza cautelare: la motivazione *ex art. 292, comma 2, lett. c) e c-bis) c.p.p. post-riforma l. 47/2015* _____ 28
 - 4.3. La disciplina dell’interrogatorio *ex art. 294 c.p.p.*: tra correttivi giurisprudenziali e criticità taciute _____ 34
- 5. I limiti alle garanzie costituzionali dell’indagato e la *factio iuris* sottostante al contraddittorio cautelare** _____ **40**

CAPITOLO II – IL BAIL E LA SUA EVOLUZIONE NEL DIRITTO ANGLOSASSONE 43

- 1. Le origini del *bail* e la sua evoluzione storica** _____ **43**
- 2. Il *bail* negli *U.S.A.* ed il dibattito sul riconoscimento costituzionale di un *right to bail*** _____ **52**
- 3. La disciplina del *bail* in Inghilterra. Dal *Metropolitan Police Act (1829)* al *Policing and Crime Act 2017 (PCA)*** _____ **57**

INDICE

3.1. L'evoluzione normativa del <i>police bail</i> e la disciplina dello <i>street bail</i> _____	57
3.2. La libertà su cauzione, le altre <i>conditions</i> del <i>bail</i> e la <i>police custody</i> _____	66
3.3. Il <i>pre-charge bail</i> e la riforma del <i>Policing and Crime Act 2017</i> _____	72
3.4. Il <i>court's bail</i> e la <i>preventive detention</i> . Tra <i>right to bail</i> e presunzione di 'colpevolezza' _____	79
3.5. Le <i>bail application</i> come sistema di controllo diffuso dello <i>status detentionis</i> _____	83
4. La 'confusione dei poteri' nel sistema cautelare inglese e la riqualificazione del ruolo del CPS _____	92
5. Il <i>police bail</i> e il contraddittorio anticipato nell'udienza di <i>first appearance</i> _____	101

CAPITOLO III – LE NUOVE FRONTIERE DEL *PRE-CHARGE BAIL*. DAL *POST-POLICING AND CRIME ACT 2017* ALL'*HOME OFFICE CONSULTATION 2020* 103

1. Dubbi e aporie normative del <i>Policing and Crime Act 2017</i> _____	103
2. Il <i>post-PCA 2017</i>. Alcune riflessioni sull'inspiegabile successo del <i>RUI</i> _____	107
3. L'abuso del <i>RUI</i> e il <i>super-complaint</i> (2019) del <i>Centre for Women's Justice</i> _____	113
4. L'<i>Home Office Consultation 2020-2021</i> e i tratti identificativi della prossima riforma _____	118
4.1. L'avvio delle consultazioni e le proposte di modifica al <i>PCB</i> e al <i>RUI</i> _____	118
4.2. (Segue) L' <i>Home Office post-consultation report 2021</i> in tema di <i>PCB</i> _____	121

CAPITOLO IV – LA LIBERTÀ SU CAUZIONE IN ITALIA. TRA STORIA ED ATTUALITÀ NORMATIVA 123

1. L'esperienza italiana in tema di libertà su cauzione. Dal codice del 1913 al tentativo di riforma del 2012 _____	123
1.1. La libertà su cauzione nei codici del 1913 e del 1930 _____	123
1.2. I lavori preparatori al codice del 1988 e l'ostracismo della libertà su cauzione _____	126
1.3. La proposta di riforma 'Galli' del 2012 _____	128
2. Il potenziale deflattivo della libertà su cauzione _____	130
3. Quale funzione per la cauzione? Interessi collettivi vs interessi privati _____	135
4. Il (falso) mito della libertà su cauzione come strumento cautelare d'<i>élite</i> _____	138
5. Alcune riflessioni sulla libertà su cauzione con garanzia prestata da un terzo _____	143

<u>CAPITOLO V – IL CONTRADDITTORIO ANTICIPATO IN ITALIA</u>	145
1. Modelli di contraddittorio anticipato a confronto. Tra questioni spinose e soluzioni ‘deboli’ _____	145
2. L’accondiscendenza ‘condizionata’ alla sospensione del contraddittorio cautelare nella giurisprudenza costituzionale _____	153
3. Il naufragio dei progetti di riforma dal 1997 ad oggi _____	155
4. Il contraddittorio preventivo per l’applicazione delle misure cautelari <i>ex art. 289 c.p.p.</i> ed <i>ex art. 47 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231</i> _____	159
5. Il <i>débat contradictoire</i> in Francia. Cronaca di un’esperienza normativa inconsistente _____	163
<u>CONCLUSIONI – QUALI PROSPETTIVE IN OTTICA <i>DE IURE CONDENDO</i>?</u>	168
1. Collocazione normativa, funzione e profili sanzionatori della libertà su cauzione _____	168
2. Il contraddittorio cautelare a ‘doppio binario’ _____	169
3. L’esecuzione dell’ordine di comparizione e l’istituto del fermo cautelare _____	172
4. L’udienza cautelare e il suo svolgimento _____	176
5. Il contraddittorio cautelare differito e il regime impugnatorio delle ordinanze cautelari _____	177
6. Alcune considerazioni finali _____	179
<u>RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI</u>	180
<u>RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE</u>	199

INTRODUZIONE

«Chi è pronto a dar via le proprie libertà fondamentali per comprarsi briciole di temporanea sicurezza, non merita né la libertà né la sicurezza». Queste parole, pronunciate durante la guerra franco-indiana da Benjamin Franklin nel 1755 dal Parlamento della Pennsylvania al governatore delle colonie, rappresentano con puntualità e cinismo il delicato tema del confronto-scontro dei diritti fondamentali con le istanze di protezione sottostanti al diritto alla sicurezza; tema, peraltro, che trova nel settore cautelare del processo penale terreno fervido, in quanto lì a confrontarsi sono la libertà personale e le esigenze del processo garantite per mezzo delle misure cautelari personali.

In linea con questa tradizione costituzionale, anche i padri costituenti hanno trattato il tema delle cautele personali con particolare incisività. Nel tracciare i caratteri somatici dell'art. 13 Cost., si è in particolare inteso definire il bene giuridico della libertà personale come inviolabile, relegando la sua restrizione al regime della eccezionalità in presenza di precise garanzie (riserva di legge e di giurisdizione). Dando i natali a questo canone, dunque, ci si assicurava che il legislatore ordinario facesse tutto ciò che fosse in sua disponibilità per garantire il diritto alla sicurezza senza intaccare la libertà personale dell'individuo.

Cionondimeno, nei decenni successivi all'introduzione della nostra Carta costituzionale, la giustizia penale si è lasciata trasportare dalla necessità di garantire le esigenze securitarie, oggi incardinate nell'art. 274, comma 1, lett. c) c.p.p., al punto da strutturare un assetto normativo che desta un po' di imbarazzo se messo a confronto con quel principio di inviolabilità della libertà personale, voluto dall'Assemblea costituente, il quale – in seguito all'intervento della l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 – trova nel giusto procedimento cautelare l'essenza della sua tutela processuale e della sua effettività. L'attuale sistema di applicazione delle misure cautelari *inaudita altera parte*, difatti, opera come una deroga, tra i tanti, al diritto al contraddittorio ed alla difesa, cedendo il passo alla suprema necessità di garantire l'effetto sorpresa della misura da applicare.

Senz'altro, non è da biasimare l'intento del legislatore di garantire che il procedimento penale sia in condizioni di accertare eventuali responsabilità penali e

che il diritto alla sicurezza venga garantito a tutta la collettività; sembra, però, discutibile il *modus* prescelto per raggiungere questo fine. L'attuale assetto del contraddittorio cautelare, infatti, oltre a privarsi dell'importante contributo dell'indagato nella ricostruzione del fatto storico ai fini dell'applicazione della misura cautelare, sembra non rispondere a quell'intento originario della Costituente di ammettere (ancorché permettere) restrizioni della libertà personale solo in via eccezionale ove non siano diversamente tutelabili le esigenze cautelari. Se così fosse, al legislatore sarebbe oggi imposto di rimediare, individuando istituti alternativi volti a ripristinare (*rectius*: mantenere) lo *status* di inviolabilità della libertà personale, fino alla costituzione del contraddittorio in udienza per discutere sulla *quaestio libertatis*.

È sulla scorta di queste premesse che si inserisce l'istituto della libertà su cauzione il quale potrebbe operare come alternativa alle tradizionali misure di restrizione della libertà personale e che, altresì, potrebbe adoperarsi come strumento per la costituzione del contraddittorio cautelare stesso, ricoprendo così più ruoli nel complesso scacchiere della disciplina cautelare.

È vero, i problemi di coordinazione del *pre-charge bail (PCB)* con il *release under investigation (RUI)* oggi hanno gettato nel caos l'intero sistema cautelare inglese, creando proprio nella madrepatria di quest'istituto non poche perplessità sulla sua sorte. Tuttavia, gli attuali caratteri identitari del *PCB*, che attraverso l'applicazione delle *conditions* diviene uno strumento di restrizione in mano alla *police*, sono decisamente diversi da quelli che identificavano in passato il c.d. *right to bail*. Da qui, la necessità di scandagliare l'*iter* storico-normativo dell'istituto della libertà su cauzione fino ad oggi, cercando di distinguere la matrice puramente garantista dell'istituto da quella cautelare sorta a partire dal *Criminal Justice Act* 1967.

Acquisite le intrinseche potenzialità di quest'istituto, è concretamente possibile individuare un modello alternativo per l'adozione delle misure cautelari che, pur senza pregiudizio per le esigenze del processo, mantenga intatte quelle garanzie 'di cristallo' che animano il procedimento cautelare. Così, la vera sfida per il legislatore diventa l'individuazione dell'esatto confine entro cui le esigenze processuali possano considerarsi, in astratto e in concreto, tutelabili per mezzo

INTRODUZIONE

dell'istituto della cauzione e del contraddittorio cautelare anticipato, ed oltre cui debba essere eccezionalmente ammessa l'applicazione delle misure cautelari con procedura a contraddittorio cautelare differito.

La costituzione di un doppio binario nell'ambito del contraddittorio cautelare vedrebbe, dunque, la 'pacifica' convivenza di due anime antinomiche del procedimento penale (la libertà personale e il diritto alla sicurezza) e darebbe nuovo lustro al settore cautelare. Nei tempi a venire, poi, all'interprete non resterebbe che maturare la consapevolezza che talvolta la rinuncia ad alcuni diritti o garanzie costituzionali connessi alla libertà personale è inevitabile, ma proprio perché è inevitabile rientra in quella vera eccezione al principio-regola dell'inviolabilità della libertà personale, in linea con quanto previsto e inteso dalla nostra Carta fondamentale nell'art. 13 Cost.

CAPITOLO I

I LIMITI DEL VIGENTE CONTRADDITTORIO CAUTELARE ED IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA ESIGENZE PROCESSUALI E SPINTE GARANTISTICHE

Sommario: [1. Le garanzie costituzionali a tutela della libertà personale](#) – [2. La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo in tema di libertà personale e ‘detenzione provvisoria’](#) – [3. I limiti del diritto al contraddittorio nel codice del 1930](#) – [4. Il contraddittorio per l’applicazione delle misure cautelari personali di tipo coercitivo](#) – [5. I limiti alle garanzie costituzionali dell’indagato e la fictio iuris sottostante al contraddittorio cautelare](#)

1. Le garanzie costituzionali a tutela della libertà personale

Prima della promulgazione della Carta costituzionale, l’intero ordinamento giuridico era indiscutibilmente retto su un modello che vedeva prevalere i diritti collettivi e l’autorità statale sui diritti individuali e l’individuo¹. Con l’avvento della Costituzione, però, il cambiamento fu radicale. A seguito di una travagliata attività di concertazione tra pensieri politici diversi, si giunse ad individuare l’insieme dei diritti fondamentali da considerarsi inviolabili, ponendo al centro del mondo costituzionale l’individuo. In tal modo, veniva a ricomporsi l’atavico conflitto tra individuo ed autorità statale, in quanto, ora, era quest’ultima a porsi al servizio della persona stessa e non viceversa. Il 1948, dunque, può ben definirsi l’anno della ‘rivoluzione copernicana’ del sistema giuridico italiano.

Anche nel campo del diritto processuale penale la rivoluzione ‘individualistica’ compiuta dalla Costituente non rimase priva di effetti. In particolare, gli artt. 2 e 13 Cost. – sui diritti inviolabili e sulla libertà personale – portarono dapprima ad una serie di correttivi giurisprudenziali del codice abrogato

¹ Per un’analisi costituzionale dell’impostazione autoritaria presente nel codice di procedura penale del 1930 v. G. RICCIO - A. DE CARO - S. MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale: una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988*, in AA. VV., *Biblioteca di diritto processuale*, diretto da F. CIPRIANI - G. RICCIO, vol. I, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 232 ss; O. DOMINIONI, *Le parti nel processo penale: profili sistematici e problemi*, Giuffrè, 1985, p. 8 ss; A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 169 ss.

e, successivamente, all'elaborazione nel 1988 di un nuovo apparato di norme procedurali convolute nel vigente codice di procedura penale.

Ciononostante, sono tutt'oggi evidenziabili numerose inflessioni garantistiche. In particolare, nella fase cautelare del procedimento penale, la restrizione della libertà personale, che in linea di principio opera come *extrema ratio* e dunque con eccezionalità, vive il paradosso di ciò che da qui in poi verrà definito il contraddittorio differito e/o frazionato o, più esattamente, pseudo-contraddittorio, ossia la soluzione della *quaestio libertatis* in assenza del destinatario del provvedimento di custodia cautelare, unico soggetto in grado di fornire *ex ante* elementi utili a scongiurare l'erronea applicazione di una restrizione ad un diritto fondamentale, tendenzialmente inviolabile, quale è la libertà personale.

1.1. *Il rapporto regola-eccezione tra libertà personale e diritto alla sicurezza*

Il peso garantistico del diritto alla libertà personale su cui la nostra Costituzione ha fatto ampio affidamento emerge chiaramente dalla lettura dell'art. 13 Cost. che, nel primo comma, prorompentemente afferma: «la libertà personale è inviolabile». Con tale disposizione, infatti, il legislatore costituzionale ha voluto imporre una regola le cui eccezioni – relegate ai commi successivi – vanno interpretate solo ed esclusivamente in senso stretto e in osservanza delle note garanzie di riserva di legge e di giurisdizione².

² In particolare, la riserva di legge costituisce una specificazione del generale principio di legalità. Essa legittima il solo legislatore a individuare casi e modi in cui possono essere applicate restrizioni alla libertà personale. Dunque, anche la 'discrezionalità' decisoria dell'autorità giurisdizionale è vincolata agli stretti presupposti tassativamente imposti dalla legge, al fine di evitare detenzioni arbitrarie, irragionevoli e quindi illegittime. Su questo punto, la Corte cost., sent. 9 luglio 1996, n. 238, in www.giurcost.org ha specificato che l'art. 13 Cost. non ammette un rinvio ulteriore «alla piena discrezionalità del giudice che l'applica, richiedendosi invece una previsione normativa idonea ad ancorare a criteri obiettivamente riconoscibili la restrizione della libertà personale». In tal modo, si è invertita la rotta, in senso rafforzativo, della garanzia della riserva di legge rispetto all'orientamento emerso in seguito alla sentenza Corte cost., sent. 24 marzo 1986, n. 54, in www.giurcost.org che giungeva a conclusioni opposte. In generale, la riserva di legge è sempre stata considerata una garanzia sul contenuto, intesa come osservanza sia del principio della sovranità popolare, mediata dalla rappresentatività parlamentare di maggioranza e minoranza, sia del principio di uguaglianza di fronte alla legge e, in senso ampio, dei principi ideal-illuministici che hanno mosso il pensiero penale processuale e sostanziale. Parte della dottrina più recente, come F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, 1999, p. 232, ha però spostato il *focus* della prospettiva garantistica dal contenuto al procedimento, ritenendo che sia in essere l'avventarsi di una «dittatura [normativa] della maggioranza» che riflette la garanzia della riserva di legge nel

dibattito pubblico in aula, mediante il dialogo con le minoranze. In quest'ultimo senso, v. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, 2010, p. 18 ss. Ovviamente, questo non significa abbandonare all'oblio la prospettiva tradizionale di garanzia della riserva di legge. Al contrario, viene ad aversi un arricchimento della *ratio* che, dunque, presenta profili di garanzia sia contenutistici che procedimentali. La garanzia della riserva di legge è, altresì, ribadita nello stesso art. 272 c.p.p. che recita: «le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo». Sebbene il tenore letterale della norma non sia impeccabile perché la scelta di una formulazione in positivo, piuttosto che in negativo, sembra tradire il rapporto regola-eccezione imposto dall'art. 13 Cost. Tuttavia, V. GREVI, *Misure Cautelari*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di M. BARGIS, 6^a ed., Cedam, 2012, p. 409 non ha mancato di notare che una lettura costituzionalmente orientata della norma e l'adozione dell'avverbio «soltanto» sia di per sé sufficiente a ripristinare il «significato garantistico del principio [...] sotto il profilo della tassatività». In proposito, E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cass. penale*, 2014, n. 1, p. 26-27 ritiene che sia indispensabile riformare l'art. 272 c.p.p. mediante la previsione di una «Grundnorm» che metta «bene in luce il rapporto regola/eccezione su cui deve impernarsi il sistema e scandisc[a] adeguatamente la titolarità di un diritto soggettivo della persona a non essere sottoposta ad alcuna restrizione nonostante la pendenza del processo» proponendo, altresì, il tenore testuale della norma che dovrebbe recitare: «il diritto alla libertà personale è garantito in ogni stato e grado del procedimento salvo che sia applicabile una misura cautelare alle condizioni e nei limiti previsti dalle disposizioni del presente titolo». L'altra garanzia, ossia la riserva giurisdizionale (o meglio giudiziaria), invece, opera come presupposto fondamentale per l'emissione di misure restrittive della libertà personale. Sul punto, è opportuno chiarire, preliminarmente, le ragioni dell'adozione dell'espressione 'riserva giudiziaria' in luogo della più ristretta e comune espressione 'riserva di giurisdizione'. Tale scelta trova spunto dall'acuta riflessione di A. DE CARO, *Libertà personale*, cit, p. 199 ss, il quale nota che l'art. 111 comma 7 Cost. ha previsto il ricorso in cassazione solo per i provvedimenti «pronunciati dagli organi giurisdizionali» e che esistono provvedimenti restrittivi non emessi da un giudice perché di «poco momento [...] ed [afferenti] essenzialmente alla fase della investigazione». Pertanto, l'opera di «giurisdizionalizzazione» attuata dal legislatore costituente non riguarda tutti i provvedimenti dell'art. 13 Cost. ma solo quelli emessi, appunto, da un giudice. Da ciò se ne desume una distinzione tra riserva giudiziaria e riserva giurisdizionale non solo lessicale. Coerentemente a quest'impostazione, infatti, lo stesso V. GREVI, *Misure Cautelari*, cit, p. 410 adotta l'espressione riserva di giurisdizione solo in relazione all'art. 279 c.p.p. afferente alle misure cautelari personali. Precisamente, quest'ultima norma si riferisce al necessario «atto motivato dall'autorità giudiziaria», ammettendovi, quindi, anche la figura del pubblico ministero. Su questo punto, però, vi è da fare una precisazione. Il legislatore costituzionale, prevedendo la promanazione giudiziaria delle misure restrittive, sembra ammettere, *prima facie*, che sia il pubblico ministero sia il giudice possano disporre qualsiasi restrizione della libertà personale, lasciando al legislatore ordinario la scelta della ripartizione delle rispettive competenze. Analizzando l'art. 111 comma 7 Cost., però, emerge che tale disposizione, limitando il ricorso in Cassazione ai provvedimenti «giurisdizionali» restrittivi della libertà personale, abbia implicitamente attribuito la competenza di alcune misure al solo giudice, perché ove così non fosse, quest'ultima disposizione resterebbe inapplicata. Seguendo questo ragionamento e ponendo a premessa che il ruolo terzo, imparziale e indipendente del giudice – differentemente dal pubblico ministero che assume ruolo di parte nel procedimento penale – costituisce una garanzia per l'indagato-imputato, non si può che desumere un'implicita attribuzione della competenza delle misure cautelari 'più gravi' al giudice, in *primis* la custodia cautelare. Si comprende, allora, anche la scelta del legislatore del 1988 che, con l'art. 279 c.p.p., individua nel giudice l'organo competente all'applicazione, modifica e revoca di tutte le misure cautelari, escludendo la competenza del pubblico ministero. Detto in altri termini,

Tuttavia, nonostante tale disposizione sia l'unica a dedicarsi esclusivamente al diritto alla libertà personale, l'interpretazione dottrinale ha permesso di andare anche oltre. Infatti, poiché l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce «i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», dal combinato disposto della suddetta disposizione con l'art. 13 Cost. la dottrina ha derivato il diritto ad esprimere la propria personalità liberi da «aggressioni illegittime anche da parte dello Stato»³. Ciò, però, ha indotto anche a tratteggiare un doppio volto della libertà personale non del tutto aderente alla realtà. Da un lato, infatti, si è rettamente riconosciuto un profilo statico del diritto alla libertà personale consistente nella protezione da forme di coazione. Dall'altro lato, si è inspiegabilmente accostato il diritto alla libertà personale al diritto alla sicurezza, intendendo quest'ultimo come un presupposto che «esige l'assenza dal territorio di forme di criminalità che condizionano il pieno sviluppo della persona»⁴. Sul punto, sebbene sia indiscutibile l'importanza di vivere in un contesto 'sicuro' per permettere il pieno sviluppo della persona, la sua derivazione da un combinato disposto con una norma inerente al solo diritto alla libertà personale – quasi come fosse un suo corollario – appare come un'opera di ingegneria (meta)giuridica che perde ogni contatto con la teleologia costituzionale delle disposizioni interpretate. Piuttosto, sembra corretto collocare il diritto alla sicurezza nell'art. 2 Cost. non tanto per una derivazione indotta da un coordinamento e collegamento con l'art. 13 Cost., quanto per una riconduzione diretta ed esclusiva all'art. 2 Cost. tra quei diritti inviolabili che compongono la natura 'aperta' di questo disposto costituzionale⁵. Peraltro, non trattasi di una questione di 'topografia giuridica' fine a se stessa, perché una differente interpretazione costituzionale – cioè quella consistente nel far derivare il diritto alla sicurezza dal diritto alla libertà personale – potrebbe forzare quella scelta inequivocabile della regola dell'invulnerabilità della libertà personale,

prevedendo una riserva giurisdizionale in materia di misure cautelari si è sì data attuazione alla legge delega, ma non sembra – sulla base di quanto detto – che l'art. 111 comma 7 Cost. avrebbe potuto dare spazio ad una ripartizione differente delle competenze tra giudice e pubblico ministero.

³ A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale*, cit., p. 184. Cfr. P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, 1953, p. 14.

⁴ A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale*, cit., p. 185.

⁵ Per approfondimenti v. S. MANGIAMELLI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dottrina europea della tutela dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. PACE, Giuffrè, 2006, p. 471 ss.

giungendo ad eroderne la portata di canone inattaccabile e ad alimentare, senza particolari remore, infrazioni alle garanzie processuali della libertà personale.

Purtuttavia, tale dottrina ha il merito di richiamare all'attenzione i doveri di solidarietà, sottostanti all'art. 2 Cost., che possono essere rapportati tanto al diritto alla sicurezza quanto al diritto alla libertà personale, sebbene – differentemente da quanto opinato da questa dottrina – in via assolutamente autonoma e distinta. Precisamente, per il diritto alla sicurezza «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» di cui all'art. 2 Cost. implica l'impegno della Repubblica alla creazione di un ambiente sicuro di «pacifica convivenza» utile alla formazione della persona⁶. Per la tutela del diritto alla libertà personale, invece, il combinato disposto dell'art. 2 Cost. e dell'art. 13 Cost. ha dei riflessi in ambito processuale, in quanto comporta per il legislatore il dovere (*rectius*: potere⁷) di predisporre oneri a carico degli 'attori' processuali a garanzia dell'indagato qualora questi non fosse in grado di tutelare la propria libertà personale, sì da dare attuazione alla solidarietà di cui all'art. 2 Cost. Al riguardo, una concretizzazione normativa la si può rinvenire nell'art. 291 c.p.p. in cui il pubblico ministero viene

⁶ La giurisprudenza costituzionale, tra i tanti, vi riconduce in primo luogo la disciplina dell'arresto del privato. In particolare, la Corte cost., sent. 10 giugno 1970, n. 89, in www.giurcost.org ha specificato che «il ricorso al privato [...] deve farsi derivare dal richiamo che l'art. 2 della Costituzione fa all'osservanza dei 'doveri di solidarietà sociale', e che trova nel diritto vigente numerose specie di applicazione». Inoltre, la Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364, in www.giurcost.org, in tema di obbligo di informazione di alcune notizie di reato, ha chiarito che «gli indicati doveri d'informazione, di conoscenza ecc. costituiscono diretta esplicazione dei doveri di solidarietà sociale, di cui all'art. 2 Cost.».

⁷ Infatti, nella sentenza Corte cost., sent. 15 luglio 1983, n. 252, in www.giurcost.org, nota A. DE CARO, *Libertà personale*, cit., p. 188, la Consulta ha precisato che spetta al legislatore definire, in piena discrezionalità, oggetto, modi e limiti dei doveri di solidarietà e che, pertanto «l'individuazione suddetta [...] esorbita dai compiti della Corte, alla quale spetta soltanto il giudizio di legittimità costituzionale con esclusione di ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Peraltro, la Corte richiama in questa occasione la sentenza Corte cost., sent. 4 gennaio 1977 n. 29, in www.giurcost.org e, ancor prima, la sentenza Corte cost., sent. 27 gennaio 1972, n. 12, in www.giurcost.org con cui veniva chiarita la non vincolatività dei doveri di solidarietà per il singolo cittadino in quanto «a parte ogni considerazione circa il carattere direttamente precettivo dell'art. 2 allorché richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà, ed anche ad ammettere che fra questi rientri anche quello di promuovere o sollecitare l'altrui concorso in attività di carattere solidaristico, non può competere ad altri che non sia il legislatore lo stabilire i modi ed i limiti dell'adempimento stesso». Un concetto successivamente ribadito nella sentenza 29/1977 che, tuttavia, non ha mancato di precisare la 'solennità' della «norma costituzionale [...] posta a base dell'ordinamento, accanto al riconoscimento ed alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo».

gravato dell'obbligo di presentare (anche) «tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate» per la richiesta di applicazione di una misura cautelare. In tal modo, infatti, il legislatore ha istituito una sorta di 'solidarismo difensivo' che però – come si vedrà⁸ – non può essere sopravvalutato al punto da ritenerlo un equipollente del contraddittorio cautelare.

In conclusione, sebbene il diritto alla libertà personale e il diritto alla sicurezza siano inevitabilmente interlacciati – in quanto, come spiegato, dalla pacifica convivenza in un tessuto sociale sicuro deriva la possibilità per l'individuo di sviluppare pienamente e liberamente la propria personalità – entrambi i diritti vanno interpretati rispettandone la loro differente natura ontologica e la loro collocazione normativo-costituzionale. Ciò significa che diritto alla libertà personale e diritto alla sicurezza costituiscono aspetti della convivenza sociale necessariamente antinomici, contrastanti e, soprattutto, autonomi, ove alla regola dell'inviolabilità della libertà personale dell'individuo *ex art. 13 Cost.* fa da contraltare l'eccezionalità della sua restrizione a tutela del diritto alla sicurezza della collettività *ex art. 2 Cost.*⁹.

1.2. Il superamento del 'vuoto dei fini' della custodia cautelare e la presunzione di innocenza

Fin dal giorno successivo alla promulgazione della Carta fondamentale si ebbe a notare che l'art. 13 comma 5 Cost. aveva lasciato un 'vuoto' sui fini perseguibili dalla custodia cautelare. Giunse, pertanto, l'inevitabile intervento di dottrina e giurisprudenza nel tentativo di colmare, anche se non sempre in modo ineccepibile, questa lacuna della Carta fondamentale.

I primi interpreti tentarono di individuare nelle esigenze processuali o sostanziali i fini della carcerazione preventiva¹⁰, anche se tramite ricostruzioni

⁸ Cfr. *infra*, in questo capitolo, §4.1.

⁹ D'altronde la stessa Corte cost., sent. 14 aprile 1965, n. 26, in www.giurcost.org ha evidenziato per prima che l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito non può mai prevalere con altri interessi parimenti protetti, ponendo, dunque, come premessa logica del ragionamento la possibilità di un contrasto tra questi.

¹⁰ Si pensi agli studi di C. U. DEL POZZO, *La libertà personale nel processo penale italiano*, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1962, p. 74 e G. FOSCHINI, *Le cautele penali*, in *Scuola positiva*,

insoddisfacenti perché lontane da ogni collegamento costituzionale. D'altro canto, già risalente dottrina ¹¹ aveva individuato nell'esigenza cautelare il fine dell'istituto della carcerazione preventiva. Il problema, dunque, non era tanto individuare i fini della custodia cautelare, quanto più trovarne una legittimazione costituzionale. In altre parole, necessitava trovare nella Costituzione i fini della carcerazione preventiva, seppur coscienti che questi non potessero che essere di tipo cautelare.

Un primo passo importante è stato certamente quello di comprendere e rivalutare come fondamentale ed imprescindibile il ruolo del combinato disposto tra art. 2 Cost. ed art. 13 Cost., da cui emerge l'eccezionalità della custodia cautelare e che legittima una restrizione della libertà personale sol quando persegua un «fine costituzionalmente garantito» ¹², approdando così ad una forma 'negativa' di finalismo ¹³. La soluzione del problema principale, afferente alla definizione in 'positivo' delle finalità cautelari, però, doveva rinvenirsi in altre disposizioni costituzionali, e in questo è stato essenziale il contributo di autorevole dottrina ¹⁴ accompagnata dall'attività catalizzatrice della stessa Corte costituzionale.

Anzitutto, si fece notare ¹⁵ come l'art. 27 Cost., inerente al principio della presunzione di innocenza, andasse letto in funzione finalistica ed integrativa rispetto all'art. 13 Cost., riuscendo così ad aggirare il supposto conflitto virtuale tra presunzione d'innocenza e restrizione della libertà personale prima di una condanna definitiva ¹⁶. Nello specifico, dunque, la custodia cautelare non costituisce una

1956, p. 149, i quali giustificavano la carcerazione preventiva l'uno con la funzione di esemplarità o di intimidazione della misura, l'altro con il peculiare allarme sociale destato dal reato.

¹¹ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, par. XIX; F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. 4, Tipografia Giusti, 1881, p. 300.

¹² A. DE CARO, *Libertà personale*, cit., p. 202.

¹³ Questa espressione rende bene l'idea di definizione di ciò che non può rientrare tra i fini della custodia cautelare, pur non riuscendo a delineare ciò che, invece, li caratterizza in positivo.

¹⁴ Per cui si cita per tutti l'imponente opera di G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, in AA. VV., *Giustizia penale oggi*, coordinata da V. GREVI, vol. 3, Zanichelli, 1979.

¹⁵ Cfr. *ivi*, p. 33 ss; O. DOMINIONI, *Le parti nel processo penale*, cit., p. 236 ss; G. RICCIO, *Principio di giurisdizionalità e vincoli alla discrezionalità nell'odierna disciplina della libertà personale*, in AA. VV., *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di V. GREVI, in AV. VV., *Giustizia penale oggi: nuova serie*, coordinata da V. GREVI, vol. 2, Cedam, 1989, p. 31 ss; A. DE CARO, *Libertà personale*, cit., p. 214.

¹⁶ In particolare, G. RICCIO - A. DE CARO - S. MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, cit., p. 232 elogia l'intuito della dottrina nell'aver individuato nell'art. 13 Cost. una «norma di disciplina dei mezzi limitativi della libertà personale, e, perciò, norma di carattere

deroga al principio di presunzione di non colpevolezza perché le finalità di tale misura, a dispetto della pena detentiva irrogata in seguito a condanna definitiva, non ha uno «scopo direttamente punitivo»¹⁷.

Dal canto suo, anche la Corte costituzionale, con la sentenza 64/1970, ha fronteggiato senza ipocrisia la questione, argomentando nella motivazione che «la detenzione preventiva va disciplinata in modo da non contrastare con una delle fondamentali garanzie della libertà del cittadino: la presunzione di non colpevolezza»¹⁸. Inoltre, il giudice delle leggi, ponendo sempre come premessa il ruolo non conflittuale dell'art. 27 comma 2 Cost. con l'art. 13 Cost., ha colmato il 'vuoto dei fini' deducendo dal principio di non colpevolezza le esigenze aventi «carattere cautelare» e «strettamente inerenti al processo». Tali espressioni, invero, avevano solo una genericità apparente. Infatti, l'enunciato della Suprema Corte si riferiva chiaramente all'«esecuzione della condanna [ed al] buon funzionamento del processo»¹⁹, portando ad includere l'esigenza del pericolo di fuga e del pericolo d'inquinamento delle prove ed escludendo rigorosamente le esigenze di prevenzione speciale – ossia di impedire la commissione di altri reati da parte dell'imputato. Quanto fin qui statuito, però, venne presto mitigato dalle sentenze Corte Cost. 88/1976²⁰ e Corte Cost. 124/1972. Quest'ultima, in particolare, nel sottostimare l'art. 27 comma 2 Cost. in relazione alla carcerazione preventiva,

strutturale, [che] doveva ricevere direzione finalistica dall'altra [l'art. 27 comma 2 Cost.], che è norma – nel complesso – teleologicamente orientata».

¹⁷ Cfr. G. ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in AA. VV., *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. CONSO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 393.

¹⁸ Cfr. Corte cost., sent. 4 maggio 1970, n. 64, in www.giurcost.org che ha, in particolare, indicato ciò che non può perseguire la carcerazione preventiva chiarendo che «in nessun caso possa avere la funzione di anticipare la pena».

¹⁹ Così G. ILLUMINATI, *Presupposti e criteri*, cit., p. 394.

²⁰ Questa sentenza mostrò compiacenza della l. 152/1975 che – vietando la libertà provvisoria per l'imputato che fosse sottoposto ad un altro procedimento penale per i medesimi reati cui era già stata disposta la custodia cautelare – statuiva disposizioni «al fine di fronteggiare l'allarmante recrudescenza del fenomeno della criminalità [...] favorita dalle libertà provvisorie accordate ad imputati assai pericolosi e proclivi alla recidiva». Al di là dei profili sociologici del nesso causale tra l'aumento della criminalità e la concessione della libertà provvisoria, G. ILLUMINATI, *Presupposti e criteri*, cit., p. 396 sottolinea come, dal punto di vista giuridico, è priva di ragionevolezza una presunzione legislativa che, a detta della Corte, può «pregiudicare le finalità cautelari» individuate nella precedente sentenza Corte cost., sent. 4 maggio 1970, n. 64, in www.giurcost.org.

asserì che nel campo della libertà personale la Costituzione avesse semplicemente voluto negare l'esistenza di un colpevole e affermare la sola esistenza di un imputato, disconoscendo, così, le fragili conquiste della sentenza Corte Cost. 64/1970 in tema di finalismo cautelare.

La conferma che ci si stesse muovendo verso il c.d. «orientamento sostanzialista»²¹ giunse con la sentenza Corte Cost. 1/1980. La Corte, infatti, ammise la possibilità di negare la libertà provvisoria se «in relazione alla gravità del reato e alla personalità dell'imputato» ci fosse stata la probabilità «che questi, lasciato libero, possa commettere nuovamente reati che pongano in pericolo le esigenze di tutela della collettività». Tutto ciò accadeva nonostante la Corte fosse pienamente consapevole di divergere dalle direttive della sentenza Corte Cost. 64/1970 e di dare dimora alle «esigenze di tutela della collettività» tra i presupposti della custodia cautelare²². In definitiva, si trattò di una vera e propria scelta giuridica e politica che pose le fondamenta su cui, poco meno di un decennio dopo, sarebbe stato edificato l'art. 274 c.p.p.

1.3. *Il diritto di difesa nei procedimenti de libertate e il 'giusto procedimento cautelare'*

In seguito all'inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 Cost. ad opera della l. cost. 2/1999, anche i procedimenti *de libertate* si sono arricchiti di nuove garanzie²³.

²¹ *Ivi*, p. 397.

²² Per questo motivo V. DI NICOLA, *La libertà personale dell'imputato: tra regole smesse, disciplina attuale e sistema futuro*, Boccia, 1989, p. 49 precisa che «il nostro sistema processuale accetta e contempla il principio della pluridimensionalità della custodia cautelare, assegnandovi sia funzioni di tipo strumentale-finale e sia, con una certa incongruenza, funzioni cautelari di tipo preventivo»

²³ Sull'estensione dei principi del giusto processo ai procedimenti *de libertate* v. M. CHIAVARIO, *Il diritto al contraddittorio nell'art. 111 Cost. e nell'attuazione legislativa*, in AA. VV., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, 13-15 ottobre 2000, Giuffrè, 2000, p. 25; A. MOLARI, *Introduzione. Tavola rotonda*, in AA. VV., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, 13-15 ottobre 2000, Giuffrè, 2000, p. 138; G. SPANGHER, *Il "giusto processo" penale*, in *Studium iuris*, 2000, p. 257; P. TONINI - C. CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo: come perseguire una ragionevole durata*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 362; M. L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, n. 3-4, p. 874. Nello stesso senso si è espressa la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Cfr. *infra*, in questo capitolo, §2.2 (nota 68).

L'art. 111 Cost., infatti, nel prevedere al comma 2 che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata» ha delineato quattro profili costitutivi del giusto processo. Il primo, più importante, attiene al contraddittorio, considerato – alla luce della disposizione – una modalità di svolgimento o, ancor più, un tratto identificativo del processo stesso. La norma, dunque, segue un cambio di prospettiva rispetto alle impostazioni precedenti che vedevano nel diritto al contraddittorio esclusivamente un corollario del diritto di difesa²⁴, perché ora si considera il contraddittorio come un «carattere della giurisdizione»²⁵, indispensabile per il suo corretto funzionamento. Questa visione del contraddittorio, però, necessita di 'correzioni' se applicato nei procedimenti *de libertate*, perché in tal caso il fine diverge da quello del procedimento penale in generale. I procedimenti di attuazione e di controllo delle misure cautelari, infatti, sorgono per accertare, da un lato, se sussista o meno un'esigenza cautelare, dall'altro, se siano state rispettate o meno tutte le garanzie in tema di libertà personale.

Alla luce di questo differente finalismo, il contraddittorio, seppur sempre identificativo della funzione giurisdizionale, diviene (anche) uno strumento rafforzativo del diritto di difesa, specie se si tiene in considerazione il rilievo costituzionale del bene libertà personale. Quest'ultimo aspetto è stato, però, oggetto di una tale sopravvalutazione da parte della giurisprudenza costituzionale che ha condotto a collegare il contraddittorio – in tema cautelare – esclusivamente al diritto di difesa. Il risultato è stato che, non riconoscendo al contraddittorio un carattere costitutivo della funzione giurisdizionale, si è giunti a legittimare la scelta del legislatore di limitare il c.d. contraddittorio anticipato alle sole misure interdittive di cui all'art. 289 c.p.p.²⁶. Ciò ha fatto perdere di vista l'importanza di un rapporto

²⁴ In passato, su quest'impostazione, la stessa Corte cost., sent. 14 luglio 1971, n. 175, in www.giurcost.org aveva affermato il rapporto di funzionalità tra contraddittorio e diritto di difesa, disponendo che debba essere garantito l'interesse dell'imputato di «ottenere il riconoscimento della sua completa innocenza» al fine di effettivamente considerare «il bene della vita [...] l'ultimo e il vero oggetto della difesa al quale le altre pretese al giusto procedimento assumono funzione strumentale».

²⁵ Cfr. A. DE CARO, *Libertà personale*, cit., p. 235 che definisce il contraddittorio non solo «un diritto dell'individuo ma [...] anche e soprattutto l'essenza politica della giurisdizione».

²⁶ Ad esempio la sentenza Corte cost., sent. 8 giugno 1994, n. 219, in www.giurcost.org ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 301 comma 2 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva l'obbligo di sentire il

cumulativo e non alternativo tra funzione giurisdizionale e diritto di difesa per una effettiva garanzia del diritto al contraddittorio.

Vi è poi un secondo profilo costitutivo del giusto procedimento di assoluto rilievo, cioè il principio di parità tra gli attori processuali che, pur ‘spiegando’ il contenuto del diritto al contraddittorio, ha anche una propria portata autonoma. Precisamente, mentre il contraddittorio garantisce la possibilità del confronto davanti ad un giudice, il principio di parità garantisce l’effettività del contraddittorio affinché entrambe le parti possano scontrarsi ‘a condizioni pari’²⁷. Proprio quest’ultimo, in tema cautelare, è il punto debole dell’attuale disciplina codicistica, perché il procedimento applicativo delle misure cautelari – come si vedrà²⁸ – opera per mezzo di un contraddittorio asincrono tra pubblico ministero (con l’istanza) e imputato (con l’interrogatorio di garanzia) che pregiudica inevitabilmente il diritto alla parità di armi.

difensore nel caso di rinnovazione della misura cautelare, sulla base del fatto che in quest’ultimo caso non vi è alcun effetto sorpresa da garantire, contrariamente alla prima applicazione della misura cautelare, specie se custodiale. Parimenti, la sentenza Corte cost., sent. 15 settembre 1995, n. 434, in www.giurcost.org, nel rigettare una q.l.c. sull’art. 305 comma 2 c.p.p., ha interpretato quest’ultimo nel senso di permettere al difensore di conoscere i motivi e gli elementi a fondamento della proroga, individuando nella «garanzia del contraddittorio» esclusivamente un «connotato essenziale del diritto di difesa» che si realizza «nella misura in cui si dia all’interessato la possibilità di partecipare a una effettiva dialettica processuale». La Corte prosegue affermando che il silenzio della legge sul diritto al contraddittorio dell’art. 305 comma 2 c.p.p. non indica un’eccezione – che sarebbe appunto costituzionalmente illegittima – ma indica che «il legislatore non ha inteso vincolare il giudice all’obbligo di determinate forme» rendendo quest’ultimo libero di modulare forme e modi del contraddittorio. Sulla stessa scia si sono poi poste le sentenze Corte cost., sent. 26 gennaio 1994, n. 5, in www.gazzettaufficiale.it, in tema di interrogatorio di garanzia per le misure interdittive, e Corte cost., sent. 8 marzo 1996, n. 63, in www.giurcost.org, per l’applicazione di una misura cautelare più grave *audita altera parte*, cui seguirono altre sentenze il cui tratto comune, però, sembra essere più il diritto di difesa e non il diritto al contraddittorio che, frattanto, in tema cautelare ha perso i connotati tipici del carattere costitutivo della funzione giurisdizionale.

²⁷ Per approfondimenti v. P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà tra normativa nazionale e normativa internazionale*, in AA. VV., *Studi di Diritto Processuale Penale*, raccolti da G. CONSO, vol. 108, Giuffrè, 2008, p. 248 ss che ricorda come «nella prospettiva internazionale [...] si afferma costantemente che affinché una procedura possa dirsi *truly adversarial* deve essere assicurata la parità delle parti [...] ad entrambe le parti, quindi, anche nella sede *de libertate*, deve essere offerta l’identica opportunità di conoscere ed esaminare il materiale presentato al giudice», aggiungendo, inoltre, quanto chiarito dalle sentenze dai giudici di Strasburgo, tra tutte, nella sentenza Corte Eur. Dir. Uomo, 13 febbraio 2001, *Garcia Alva c. Germania* al cui §41 si legge: «*both the prosecution and the defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party*».

²⁸ Cfr. *infra*, in questo capitolo, §5.

Infine, un terzo aspetto è costituito dalla terzietà e dall'imparzialità del giudice. Seppur privi di evidenziabili specificità in tema cautelare, è opportuno ribadire l'importante correlazione – spesso trascurata – di queste garanzie con il principio del contraddittorio e della parità. Terzietà e imparzialità, infatti, sono anzitutto garanzie predisposte dal legislatore costituzionale per assicurare che il giudice non subisca influenze sull'andamento del procedimento penale, dovendo fondare la propria convinzione esclusivamente sul contraddittorio tra accusa e difesa. Questo punto, come si vedrà nel prosieguo di questa dissertazione, è la *nota dolens* dell'attuale contraddittorio cautelare, in quanto l'interrogatorio di garanzia *ex art. 294 c.p.p.* non è assunto in un clima terzo ed imparziale, bensì in seguito ad un previo convincimento e condizionamento, incarnato nel provvedimento cautelare, formatosi in assenza di contraddittorio.

A chiusura, l'art. 111 comma 2 Cost. impone l'osservanza del c.d. principio della ragionevole durata del processo. Come è noto, il problema della durata dei procedimenti penali è uno dei più spinosi e imbarazzanti del nostro ordinamento processuale, perché sempre meno rispettoso di tale principio. Al riguardo, una disamina approfondita sulle cause e sulle possibili riforme esula dai propositi di quest'analisi²⁹ ma non può non notarsi che anche la durata delle misure cautelari non può allontanarsi da parametri di ragionevolezza, perché va ad incidere indirettamente sul rapporto regola - eccezione definito dall'art. 13 Cost. È intuibile, infatti, che una misura restrittiva, specialmente se di tipo custodiale, possa dirsi eccezionale solo se di durata ragionevole e limitata nel tempo. Diversamente, finirebbe per sovvertire il finalismo cautelare definito dal combinato disposto *ex art. 13 Cost. e art. 27 comma 2 Cost.*, sì da divenire un'anticipazione della pena. Il rischio, tutt'altro che teorico, è quello di far pagare all'imputato le carenze del sistema giudiziario, tramite restrizioni alla libertà personale non più caratterizzate da eccezionalità³⁰. Un fenomeno ulteriormente aggravato dall'adozione di formule

²⁹ Spunti sono comunque rinvenibili in A. MARANDOLA, *La 'irragionevole' durata delle misure coercitive*, in AA. VV., *Le fragili garanzie della libertà personale: per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno, Trento, 11-13 ottobre 2013, *Associazione tra gli studiosi del processo penale*, vol. 24, Giuffrè, 2013, p. 193 ss.

³⁰ Cfr. G. LOZZI, *La realtà del processo penale, ovvero il 'modello perduto'*, in *Quest. Giust.*, 2001, n. 6, p. 1107.

normative «generiche e dal contenuto spesso evanescente»³¹ in tema cautelare che legittimano abusi sulla durata della custodia cautelare e che le fanno assumere una connotazione afflittiva costituzionalmente inammissibile.

2. La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo in tema di libertà personale

2.1. L’art. 5 CEDU tra diritto alla libertà personale e diritto alla sicurezza

Tra le garanzie poste a tutela della libertà personale dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, rileva nettamente l’art. 5 CEDU che nel primo paragrafo definisce la libertà personale come un diritto inviolabile di ogni persona e, dunque, limitabile solo nei casi eccezionali definiti dalla stessa Convenzione.

Non sfugge, però, che lo stesso art. 5.1 CEDU riconosce ad ogni persona, insieme alla libertà personale, anche il diritto alla sicurezza. Precisamente, la norma recita: «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della sua libertà, eccetto che nei casi seguenti e per via legale». Quest’accostamento del diritto alla sicurezza al diritto alla libertà personale appare senz’altro insolito, posta la reciproca incompatibilità dei due diritti. Infatti, garantire la libertà personale implica cedere sulle istanze di tutela della collettività e, specularmente, garantire il diritto alla sicurezza implica la compressione del diritto alla libertà personale. Sul punto, però, parte della dottrina ha affermato – un po’ cripticamente – che il diritto alla sicurezza, delineato nell’art. 5.1 CEDU, opera come valore complementare e non conflittuale della libertà personale che «lungi dall’assurgere un mero limite di tutela, esprime la dimensione generale ed onnicomprensiva del valore considerato»³². Similarmente, altra parte della dottrina ha rilevato che il diritto alla sicurezza indicato nell’art. 5 CEDU è qualcosa di notevolmente diverso rispetto allo «spazio di sicurezza» delineato nell’art. 67 del TFUE³³, perché la disposizione dell’art. 5.1 CEDU va letta necessariamente in relazione al diritto alla libertà e, quindi, il diritto alla sicurezza, in questa sede,

³¹ A. MARANDOLA, *La ‘irragionevole’ durata delle misure coercitive*, cit., p. 203.

³² A. DE CARO, *Libertà personale*, cit., p. 239.

³³ L’art. 67 T.F.U.E. prevede la realizzazione di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» ed impegna gli Stati aderenti alla lotta della criminalità attraverso il ravvicinamento delle legislazioni penali.

costituirebbe una protezione da possibili misure restrittive illegittime, senza possibilità di riconoscere un profilo autonomo di particolare rilievo ³⁴.

Effettivamente, il diritto alla sicurezza non potrebbe non tenere conto della *ratio generalis*, sottostante all'art. 5 CEDU, consistente nella predisposizione di canoni normativi a tutela della libertà personale. Purtroppo, rimane difficile pensare che il diritto di sicurezza di cui all'art. 5.1 CEDU si limiti a costituire una precisazione, potenzialmente tautologica, di quanto già contenuto nel diritto alla libertà personale – nella sua accezione positiva e negativa – e nei suoi corollari. Piuttosto, sembra più plausibile che l'art. 5.1 CEDU si sia preoccupato, tenuto conto tanto del diritto alla libertà personale quanto del diritto alla sicurezza, di enunciare esplicitamente i principi che hanno guidato le scelte del legislatore, giustificando così la necessità di trovare un bilanciamento tra questi interessi necessariamente contrapposti. Una conferma giunge dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU che, paradossalmente, viene richiamata dalla dottrina (maggioritaria) a supporto dell'interpretazione secondo la quale «*The “right to liberty and security” is a unique right, as the expression has to be read as a whole*» ³⁵. Precisamente, nel caso *Kurt c. Turchia*, la Corte ha affermato che nell'art. 5 CEDU ciò che è in gioco è «*both the protection of the physical liberty of individuals as well as their personal security*», con ciò confermando un autonomo spazio di operatività al diritto di sicurezza ³⁶. D'altro canto, la scelta di prevedere eccezionalmente ipotesi in cui possa essere ristretta la libertà personale non può che essere l'esito della necessità, ancorché della scelta, di tutelare la sicurezza della collettività in particolari ipotesi. In altre parole, il legislatore della Convenzione, mediante l'inclusione del diritto di sicurezza nell'art. 5.1. CEDU, ha implicitamente 'giustificato' sul piano teoretico le eccezionali restrizioni alla libertà personale contenute nelle lettere da a) fino ad f) dell'art. 5.1 CEDU.

³⁴ M. PISANI, *sub art. 5*, in AA. VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE - G. CONFORTI - G. RAIMONDI, Cedam, 2001, p. 118.

³⁵ M. MACOVEI, *The right to liberty and security of the person: A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights*, vol. 5, *Human Rights Handbooks*, 2004, p. 8.

³⁶ Corte Eur. Dir. Uomo, 25 maggio 1998, *Kurt c. Turchia* (§123).

Riguardo a tali restrizioni, onde tutelarne l'eccezionalità, la Convenzione ha disposto la loro subordinazione al rispetto del principio di legalità, ove quest'espressione, però, anima ancora oggi il dibattito ermeneutico. In particolare, la dottrina si è interrogata sull'*an* di sussistenza di una differenza tra il principio di legalità, enunciato nell'*incipit* dell'articolo, ed il principio di «regolarità», desumibile dalle lettere da a) fino ad f) dell'art. 5.1 CEDU³⁷. Sul punto, vi è chi ha ipotizzato una struttura duale³⁸, distinguendo dunque il principio di legalità dal principio di regolarità; chi ha ipotizzato un modello monista, riconducendo legalità e regolarità all'unica espressione «*lawfulness*»³⁹ spesso adottata nelle pronunce della Corte di Strasburgo e chi ha ipotizzato una triade di garanzie⁴⁰, portando a supporto alcuni casi giurisprudenziali⁴¹. Secondo quest'ultima ricostruzione, la prima garanzia dell'art. 5 CEDU è riferita alla conformità della detenzione al diritto nazionale, secondo cui la Corte di Strasburgo deve procedere ad una verifica di compatibilità delle norme sostanziali e processuali nazionali con la CEDU. Sulla base di ciò, è da presupporre che siano ancor prima gli stessi giudici nazionali ad attuare questo vaglio di compatibilità o, comunque, a adottare un'interpretazione conforme alla Convenzione⁴². La seconda garanzia, invece, è stata individuata nella qualità del diritto nazionale, per cui la semplice osservanza del diritto interno

³⁷ In realtà, il termine «regolarità» non compare nella lettera c) della versione italiana e francese, ma è presente nelle traduzioni degli altri Stati.

³⁸ Cfr. S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, p. 420 ritiene che «*prescribed by law*» e «*lawful*» siano due garanzie differenti, l'una di tipo procedurale, l'altra di tipo sostanziale; P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà tra normativa nazionale e normativa internazionale*, cit., p. 148 individua la differenza nel rapporto tra conformità sostanziale e processuale del diritto interno e della CEDU, da un lato, e congruenza rispetto allo scopo recepito nell'art. 5 CEDU, dall'altro.

³⁹ Corte Eur. Dir. Uomo, 23 ottobre 1979, *Winterwerp c. Paesi Bassi*.

⁴⁰ Cfr. S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti Dell'Uomo*, in AA. VV., *Breviaria Iuris*, fondati da G. CIAN - A. TRABUCCHI, vol. 21, Cedam, 2012, p. 115 ss.

⁴¹ Corte Eur. Dir. Uomo, 21 aprile 2009, *Stephens c. Malta*; Corte Eur. Dir. Uomo, 8 luglio 2009, *Mooren c. Germania*.

⁴² La Corte di Strasburgo ha comunque dato spazio ad un'interpretazione secondo cui non ogni inosservanza del diritto interno viola l'art. 5 CEDU. Nondimeno, S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve*, cit., p. 116 evidenzia che nei casi Corte Eur. Dir. Uomo, 8 febbraio 2011, *Seferovic c. Italia* e Corte Eur. Dir. Uomo, 30 giugno 2005, *Nakach c., Paesi Bassi* la Corte EDU ha considerato violazione dell'art. 5 CEDU la semplice inottemperanza dell'obbligo di redazione del verbale dell'udienza camerale in cui si era disposto il prolungamento della detenzione.

non è sufficiente a soddisfare il requisito di legalità imposto dall'art. 5 CEDU, in quanto il legislatore nazionale deve anche garantire l'osservanza del principio di certezza del diritto e deve, inoltre, permettere che la legge – legittimante la detenzione – sia sufficientemente precisa e accessibile a tutti i cittadini, sì da non vanificare la *ratio* della riserva di legge stessa⁴³. Infine, la terza garanzia, implicita nell'art. 5 CEDU, consiste nell'obbligo di tutelare l'individuo da qualunque eventuale arbitrarietà della detenzione. Quest'ultimo carattere, quindi, assume una connotazione autonoma, perché va oltre i parametri di legalità e 'regolarità' formale. In particolare, andrebbe verificata: l'assenza di un «inganno o mala fede da parte delle autorità» e l'impegno di queste ad applicare correttamente la legislazione⁴⁴; la conformità della misura restrittiva allo scopo delle limitazioni dell'art. 5 CEDU⁴⁵; la connessione tra motivo della detenzione e luogo della privazione⁴⁶ e, infine, la verifica della necessità (o *extrema ratio*) delle misure di cui alle lettere b) d) ed e) rispetto allo scopo perseguito da un lato, e della ragionevolezza della protrazione della misure cautelare per le ipotesi delle lettere c) ed f) dall'altro⁴⁷. Com'è evidente, questa ricostruzione sembra la più condivisibile, perché riflette meglio l'intenzione del legislatore della Convenzione di porre garanzie a tutela della libertà personale non solo su di un piano astratto di principio ma anche, e soprattutto, su di un piano concreto, permettendo un margine di discrezionalità ridotto nell'interpretazione dei casi eccezionali in cui è possibile

⁴³ In realtà, la giurisprudenza della Corte Europea nel caso Corte Eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2009, *Giorgi Nikolaishvili c. Georgia* ha esteso questa garanzia alle pronunce delle autorità giudicanti nazionali che devono essere anch'esse accessibili e sufficientemente precise. Inoltre, nel precedente caso Corte Eur. Dir. Uomo, 23 settembre 1998, *Steel e altri c. Regno Unito* ha chiarito che un testo normativo impreciso può essere considerato prevedibile se la giurisprudenza nazionale ha provveduto a chiarirne la portata. Vi sono, infine, due pronunce – Corte Eur. Dir. Uomo, 8 febbraio 2005, *Bordovskiy c. Russia* e Corte Eur. Dir. Uomo, 12 ottobre 2006, *Kaya c. Romania* – che rilevano in quanto la Corte EDU ha ribadito che la qualità del diritto va valutata non in astratto ma in relazione ai singoli casi concreti.

⁴⁴ Cfr. S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve*, cit., p. 117 nel commentare le sentenze Corte Eur. Dir. Uomo, 29 gennaio 2008, *Saadi c. Regno Unito* e Corte Eur. Dir. Uomo, 5 febbraio 2002, *Conka c. Belgio*.

⁴⁵ Corte Eur. Dir. Uomo, *Saadi*, cit.; Corte Eur. Dir. Uomo, *Winterwerp*, cit.

⁴⁶ Corte Eur. Dir. Uomo, *Seferovic*, cit.; Corte Eur. Dir. Uomo, 30 luglio 1998, *Aerts c. Belgio*; Corte Eur. Dir. Uomo, 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*.

⁴⁷ Corte Eur. Dir. Uomo, *Saadi*, cit.; Corte Eur. Dir. Uomo, 4 aprile 2000, *Witold Litwa c. Polonia*; Corte Eur. Dir. Uomo, 30 marzo 2005, *Enhorn c. Svezia*.

la restrizione della libertà personale di ogni individuo, a tutela del diritto alla sicurezza.

2.2. (Segue) *Le eccezionali restrizioni alla libertà personale previste dall'art. 5.1 CEDU lett. c) e il diritto di habeas corpus nell'art. 5 CEDU*

Tra le misure restrittive della libertà personale delineate dalla Convenzione, l'unica fattispecie rilevante – stante l'attuale assetto normativo interno – in tema di 'custodia preventiva' è quella disciplinata dall'art. 5.1 CEDU lett. c) che, come precisato dalla Corte EDU⁴⁸, va necessariamente letta unitamente ed alla luce del paragrafo 3 del medesimo articolo «come se costituissero una disposizione unitaria»⁴⁹.

Si tratta di una tra le più controverse ipotesi fra quelle contemplate nell'art. 5.1 CEDU⁵⁰, a causa della volontaria genericità redazionale del legislatore⁵¹. In particolare, il significato testuale della disposizione ha posto sovente difficoltà nel coordinamento con altri principi della CEDU o degli ordinamenti nazionali, per cui si contano numerosi interventi da parte della Corte EDU volti a (tentare di) colmare coerentemente tutti i problemi creati dalla prassi applicativa del disposto normativo, pur fronteggiando le peculiarità legate alla eterogeneità dei sistemi processuali dei vari Stati aderenti alla Convenzione⁵².

Un primo fronte ha riguardato la definizione 'oggettiva' dei provvedimenti restrittivi potenzialmente confluenti nell'alveo dell'art. 5.1 CEDU lett. c) e, prim'ancora, la definizione di cosa costituisca 'privazione della libertà personale' ai sensi dell'art. 5 CEDU. Anzitutto, in dottrina si è fatto notare come la Carta EDU utilizzi indistintamente i termini *arrest* e *detention* nelle varie parti della

⁴⁸ Corte Eur. Dir. Uomo, 1 luglio 1971, *Lawless c. Irlanda (no. 3)*; Corte Eur. Dir. Uomo, 4 ottobre 1979, *Schiesser c. Svizzera*.

⁴⁹ V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia penale*, raccolti da A. GIARDA - G. SPANGHER - P. TONINI, vol. 74, Cedam, 2016, p. 234.

⁵⁰ Per un'analisi approfondita delle altre ipotesi di restrizioni alla libertà personale disciplinate nelle lettere a) b) d) e) ed f) cfr. S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve*, cit., p. 118 ss.

⁵¹ Tanto da essere definita la più sfortunata dell'intera Convenzione da S. TRECHSEL, *Human Rights*, cit., p. 423.

⁵² Cfr. D. HARRIS - M. O'BOYLE - E. P. BATES - C. M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3^a ed., Oxford University Press, 2014, p. 145.

disposizione, manifestando così la volontà di tutelare la privazione della libertà indifferentemente da «*what they are called*»⁵³. In secondo luogo, nonostante il ‘confuso rapporto’ tra le condizioni legittimanti l’adozione di misure restrittive e le sue esigenze giustificatrici⁵⁴, dalla Convenzione si stagliano, sebbene non proprio nettamente, tre ipotesi di restrizione della libertà personale, tutte applicabili al fine di garantire la riconduzione della persona davanti all’autorità giudiziaria.

⁵³ M. MACOVEI, *The right to liberty and security of the person*, cit., p. 19. Ciononostante, nel precedente Corte Eur. Dir. Uomo, 21 giugno 2011, *Shimovolos c. Russia* la Corte EDU ha ricondotto alla fattispecie di cui all’art. 5.1 lett. c) anche la misura di accompagnamento coattivo presso la stazione di polizia disposta nei confronti di un attivista per i diritti umani. Precisamente, la Corte estese al caso concreto tutte le garanzie previste dalla CEDU e condannò lo Stato russo per l’arresto del ricorrente affermando che il divieto di lasciare la stazione di polizia «*without an explicit permission [is] unlawful*», perché mancavano «*reasonable [...] suspicions*» che il soggetto fermato avesse intenzione di commettere un reato. Peraltro, la Corte in quest’occasione ha precisato che neanche la breve durata della privazione della libertà personale può costituire un criterio per escludere e/o identificare l’identificazione di una misura, in senso lato, restrittiva. A tal proposito, i giudici di Strasburgo hanno richiamato il §57 della nota sentenza Corte Eur. Dir. Uomo, 12 gennaio 2010, *Gillan and Quinton c. Regno Unito* che pose fine agli ampi poteri inquisitori, concessi alla polizia dal *Terrorism Act 2000*, spesso sfociati in abusi. Eppure, come notato da E. MARZADURI, *The application of pre-trial precautionary measures*, in AA. VV., *Liberty and Security in Europe: A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*, a cura di S. RUGGERI, Vandenhoeck and Ruprecht, 2012, p. 21 ss che riporta in nota la sentenza della Corte Eur. Dir. Uomo, 28 maggio 1985, *Ashingdane c. Regno Unito* (§41), la semplice limitazione della libertà di movimento – più o meno ampia – non può di per sé ricondurre alle garanzie di cui all’art. 5.1 CEDU lett. c), esistendo già una disposizione, l’art. 2.1 del Protocollo n. 4 della Convenzione, a tutela di tale diritto fondamentale. Nello specifico, tale ultima disposizione garantisce il diritto di libera circolazione delle persone e prevede al paragrafo 2 una disposizione eccezionale – simile ma, soprattutto, più ampia rispetto all’art. 5.1. CEDU lett. c) – che permette l’adozione di misure di restrizione alla libertà personale «*necessary alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell’ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui*», in osservanza del principio di legalità. Pertanto, l’art. 2 Prot. n. 4 CEDU – al di là dell’ulteriore conferma dell’esistenza di un distinguo tra il ‘*right to freedom*’ e il suo confliggente ‘*right to security*’ all’interno della Convenzione – pone in via teorica il rischio di un «*overlapping*» con l’art. 5.1. CEDU lett. c). Al fine di evitare questo rischio, la Corte EDU nello stesso caso *Shimovolos c. Russia* ha precisato che «*the distinction between deprivation of, and a restriction upon, liberty is merely one of degree or intensity and not one of nature or substance*». Purtuttavia, è evidente che la Corte EDU si sia limitata a fornire dei canoni ermeneutici troppo vaghi che, di fatto, rinviano il problema agli operatori di pubblica sicurezza, gravati del compito di classificare in concreto i casi di privazione della libertà personale ai sensi dell’art 5.1. lett. c) CEDU da quelli di mera restrizione ex art. 2.2 Prot. n. 4 CEDU.

⁵⁴ Per cui G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, 2^a ed., Cortina, 2009, p. 107 e L. FILIPPI, *Libertà personale e garanzie europee*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Pisani: Diritto processuale penale e profili internazionali*, a cura di P. CORSO - E. ZANETTI, vol. 2, La Tribuna, 2010, p. 234 hanno rilevato che la Convenzione non opera una distinzione chiara tra esigenze cautelari e condizioni applicative delle misure, differentemente, ad esempio, dal nostro legislatore nazionale che le distingue con precisione negli artt. 273 e 274 c.p.p.

La prima ipotesi di restrizione inerisce alla sussistenza di un motivo fondato per ritenere che taluno possa commettere un reato. Leggendo il disposto normativo *strictu sensu*, la stessa intenzione di compiere un reato diventerebbe essa stessa ragione sufficiente a far scattare la misura restrittiva. Tuttavia, siffatta interpretazione, scarna di garanzie, sarebbe foriera di pericoli per la tutela della libertà personale perché, da un lato, autorizzerebbe una restrizione della libertà personale in sussistenza di un semplice pericolo astratto che non si è ancora estrinsecato neanche in atti preparatori al compimento del reato e, dall'altro, imporrebbe di ricercare i 'fondati motivi' nella personalità della persona sottoposta alla misura restrittiva. Tale impostazione, poi, finirebbe per rappresentare una realtà giuridica lontana dai principi della Convenzione perché riconoscerebbe una ipertutela al diritto alla sicurezza a discapito del diritto alla libertà personale ed in assenza di un pur minimo e ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco. Dunque, considerato che non è questa la *ratio* ispiratrice della Convenzione, la Corte Europea si è trovata costretta a dovere contestualizzare (*rectius*: ridimensionare) la disposizione alla luce dell'art. 5.3 CEDU, precisando anzitutto che l'ipotesi di cui alla lettera c) opera all'interno di un procedimento penale⁵⁵ e, in secondo luogo, che il riferimento all'impedimento del compimento di un reato va interpretato alla stregua di una misura applicabile esclusivamente nei confronti di soggetti pericolosi ed in funzione propedeutica a una decisione dell'autorità giudiziaria sull'applicazione di una misura preventiva⁵⁶. Purtroppo, la posizione ermeneutica presa dalla Corte EDU non chiarisce né cosa si intenda per restrizione della libertà personale, né in base a quali fattori un soggetto possa essere qualificato come 'pericoloso' – se in relazione ai precedenti penali dell'arrestato o se in relazione al caso in concreto. Lascia, inoltre, aperti tanti interrogativi relativi allo standard di garanzie da osservare in caso di restrizione della libertà personale per fini di prevenzione sociale. Infatti, benché la Corte EDU abbia ricordato di procedere sempre ad una lettura congiunta e sistematica delle disposizioni

⁵⁵ Corte Eur. Dir. Uomo, 1 luglio 1961, *Lawless c. Ireland*. Più di recente Corte Eur. Dir. Uomo, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*.

⁵⁶ Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, 27 maggio 1997, *Eriksen c. Norvegia*.

contenute nell'art. 5 CEDU⁵⁷, facendo particolare riferimento ai paragrafi 3 e 4, manca ugualmente una solida normativa che operi come argine per tutti quegli istituti nazionali di restrizione della libertà personale che possono definirsi 'border-line'⁵⁸.

Le altre due ipotesi contenute nell'art. 5.1 lett. c) CEDU, invece, riguardano il caso in cui sussista il ragionevole sospetto che taluno abbia commesso un reato ovvero il caso in cui vi siano motivi fondati per sospettare il pericolo di fuga. Anche in questo caso, però, non sfugge che l'ipotesi del pericolo di fuga è pienamente inglobata nella prima perché, come logica impone, il pericolo di fuga può assumere rilevanza solo in sussistenza di un ragionevole sospetto circa la commissione di un reato⁵⁹.

Comune a queste tre ipotesi – sebbene con espressioni testualmente differenti – è, invece, il requisito del ragionevole sospetto che legittima la restrizione della libertà personale. Al riguardo, la Corte ha chiarito che il *quantum* probatorio qui richiesto per adottare la misura cautelare deve essere inferiore sia a quello necessario per una condanna, sia (a maggior ragione) a quello per la formulazione di un'accusa, sebbene superiore al semplice sospetto. L'autorità giudiziaria, infatti, deve fare riferimento ad una combinazione di circostanze che condurrebbero un osservatore obiettivo a ritenere ragionevole il sospetto di commissione di un reato⁶⁰.

Quanto fin qui detto è previsto dalla Convenzione in funzione della traduzione del soggetto ristretto davanti «all'autorità giudiziaria competente», ai

⁵⁷ Corte Eur. Dir. Uomo, 1 luglio 1971, *Lawless c. Irlanda* (no. 3); Corte Eur. Dir. Uomo, 4 ottobre 1979, *Schiesser c. Svizzera*.

⁵⁸ Si pensi alla normativa del *pre-charge bail with conditions* operativa in Regno Unito fino al 2017.

⁵⁹ Cfr. S. TRECHSEL, *Human Rights*, cit., p. 428.

⁶⁰ Così Corte Eur. Dir. Uomo, 19 maggio 2004, *Gusinskiy c. Russia*; Corte Eur. Dir. Uomo, 29 ottobre 1994, *Murray c. Regno Unito*, e soprattutto, Corte Eur. Dir. Uomo, 30 agosto 1990, *Fox e altri c. Regno Unito*, secondo cui il ragionevole sospetto «presupposes the existence of fact and information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence», e che nel caso dei reati di terrorismo «justify stretching the notion of 'reasonableness' to the point where the essence of the safeguard secured by Article 5.1(c) is impaired». Su questi profili cfr. S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve*, cit., p. 126 ss che riporta altra giurisprudenza della Corte EDU che, in tema di tutela dell'anonimato delle fonti informative governative, legittima l'ulteriore abbassamento della soglia minima necessaria per ritenere ragionevole il sospetto su di un soggetto.

sensi dell'*incipit* dell'art. 5.1 lett. c) CEDU e, precisamente, alla luce della lettura congiunta con il paragrafo 3 dell'art. 5 CEDU, davanti «a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie»⁶¹. Tuttavia, sempre nel paragrafo 3 della norma in esame, il legislatore della Convenzione non ha mancato l'occasione di riconoscere espressamente all'arrestato e/o detenuto – ai sensi della lettera c) – il diritto di essere condotto al più presto davanti ad un giudice, affinché questi verifichi la legalità della detenzione e ne disponga – ove necessario – la scarcerazione, subordinandola all'occorrenza alla prestazione di garanzie. Come è evidente, la norma in esame inserisce un diritto di *habeas corpus* che impone il contatto con l'autorità giudiziaria al più presto e che si differenzia da quello del paragrafo 4 perché predispone una garanzia nei casi in cui vi sia l'impossibilità per l'arrestato di attivarsi per presentare un ricorso ad un Tribunale⁶². La disposizione, inoltre, impone il rispetto dell'immediatezza temporale che, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, consiste nel mettere in contatto l'arrestato con il giudice entro e non oltre quattro giorni e sei ore dall'arresto⁶³. Termine che, essendo inferiore rispetto ai cinque giorni normativamente previsti dall'art. 294 c.p.p. in caso di applicazione della custodia cautelare, getta altre ombre sulla conformità della disciplina interna con quella della CEDU.

Differisce, invece, rispetto a quest'istituto la previsione del paragrafo 4 dell'art. 5 CEDU che istituisce il diritto di presentare un ricorso ad un Tribunale per garantire il controllo delle misure restrittive della libertà personale⁶⁴, onerando gli Stati aderenti a predisporre un sistema di controlli di tipo giurisdizionale,

⁶¹ Sul punto, poiché la norma attribuisce a questa autorità anche il potere di rimettere in libertà il soggetto ristretto durante la procedura, in dottrina H. COOK, *Preventive Detention - International Standards and the Protection of the Individual*, in AA. VV., *Preventive detention: A Comparative and International Law Perspective*, a cura di S. J. FRANKOWSKY - D. SHELTON, Nijhoff, 1992, p. 15 ha rettamente escluso dall'alveo di legittimazione tutti i soggetti che non dispongono, per legge, di tale potere. Cfr. V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, p. 235.

⁶² Cfr. G. UBERTIS, *Principi di Procedura Penale Europea*, cit., p. 86.

⁶³ Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, 29 novembre 1988, *Brogan c. Regno Unito*, §62, che, come rileva A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, n. 1, p. 140, «rappresenta un *leading case*». In senso conforme si veda Corte Eur. Dir. Uomo, 23 settembre 1998, *Demir ed altri c. Turchia* e, più di recente, Corte Eur. Dir. Uomo, 23 novembre 2010, *Moulin c. Francia*.

⁶⁴ S. TRECHSEL, *Human Rights*, cit., p. 462 suole definire questo procedimento come *habeas corpus proceedings*.

indipendentemente dal loro carattere impugnatorio. La Corte EDU, infatti, ha ammesso che il controllo possa operare anche incorporando questa fase in quella dell'applicazione che dispone la misura stessa (c.d. controllo incorporato), purché l'ordinamento interno predisponga tutte le garanzie tipiche di un giudizio di impugnazione ⁶⁵. Ciononostante, è comunque necessario garantire che, all'emergere di nuovi fatti, si provveda a delle verifiche periodiche ⁶⁶ perché, diversamente, si vedrebbe vanificare *ex post* il diritto di *habeas corpus* istituito dall'art. 5.4 CEDU. Quest'impostazione, come accennato, implica che il procedimento di controllo – impugnatorio o incorporato – soddisfi uno *standard* minimo di garanzie che è stato individuato dalla Corte Europea: nell'accessibilità allo strumento del ricorso da indirizzare al tribunale ⁶⁷; nell'imparzialità e indipendenza dell'organo giudicante precostituito per legge ⁶⁸; nel rispetto dei principi del *fair trial* ⁶⁹; nel rispetto dei tempi (rapidi) previsti per questa procedura al fine di garantire la presunzione d'innocenza *ex art.* 6.2 CEDU ⁷⁰ e nella motivazione del provvedimento finale in applicazione dell'art. 5.3 CEDU ⁷¹.

⁶⁵ Corte Eur. Dir. Uomo, 24 ottobre 1995, *Iribarne Pérez c. Francia*, §30.

⁶⁶ Cfr. O. MAZZA, *La libertà personale nella costituzione europea*, in AA. VV., *Profili del processo penale nella costituzione europea*, a cura di M. G. COPPETTA, Giappichelli, 2005, p. 69; G. CORSTENS - J. PRADEL, *European criminal law*, Kluwer Law International, 2002, p. 387; S. TRECHSEL, *Human Rights*, cit., p. 470.

⁶⁷ Corte Eur. Dir. Uomo, 5 novembre 1981, *X c. Regno Unito*.

⁶⁸ Corte Eur. Dir. Uomo, 27 giugno 1968, *Neumeister c. Austria*; Corte Eur. Dir. Uomo, 28 novembre 2002, *Lavents c. Lituania*.

⁶⁹ In particolare, in Corte Eur. Dir. Uomo, 21 febbraio 1996, *Hussain c. Regno Unito* e Corte Eur. Dir. Uomo, 1 giugno 2006, *Fodale c. Italia* è stato confermato il diritto al contraddittorio, alla parità delle armi e, più in generale, che i procedimenti di applicazione e controllo delle misure restrittive debbano approntare le stesse garanzie del giusto processo predisposte per il procedimento penale in generale. In Corte Eur. Dir. Uomo, 9 gennaio 2003, *Shishkov c. Bulgaria* e in Corte Eur. Dir. Uomo, 20 febbraio 2003, *Hutchison Reid c. Regno Unito* i giudici di Strasburgo hanno indicato la presenza della persona detenuta in udienza, il diritto di informazione e il divieto di qualunque inversione dell'onere della prova come elementi integranti il requisito del *fair trial*. Parimenti più recentemente Corte Eur. Dir. Uomo, 20 gennaio 2004, *G. K. c. Polonia*.

⁷⁰ Ad esempio, in Corte Eur. Dir. Uomo, 6 febbraio 2003, *Zeynep Avci c. Turchia* la Corte ha condannato la Turchia per non aver rispettato nel procedimento di controllo il requisito del *reasonable time* dalla presentazione dell'istanza cautelare. Ma già precedentemente nella sentenza Corte Eur. Dir. Uomo, 9 gennaio 2003, *Kadem c. Malta* si era fissato un termine massimo di diciassette giorni dalla presentazione dell'istanza per l'attivazione del procedimento di controllo.

⁷¹ Corte Eur. Dir. Uomo, 8 aprile 2004, *Belchev c. Bulgaria*.

3. I limiti del diritto al contraddittorio nel codice del 1930

La scelta di riesumare dall'oblio il previgente codice di rito penale potrebbe sembrare opinabile o persino superflua se raffrontata agli obiettivi di questo studio ma, in realtà, il confronto, seppur brevilineo, con una realtà giuridicamente lontana ma temporalmente estremamente vicina, permette di scorgere molteplici affinità tra l'odierna disciplina del contraddittorio cautelare e le scarse garanzie presenti nella disciplina previgente.

Anzitutto, è bene portar avanti alcune riflessioni generali sul codice del 1930. Come rilevato in dottrina, «il fascismo si era dato un processo penale a sua propria immagine, testimonianza e metro delle condizioni in cui costringeva la società italiana»⁷² in cui non dovevano trovare spazio principi 'sentimentalistici' come la presunzione d'innocenza⁷³. Il codice Rocco, dunque, nasceva inequivocabilmente con intenti marcatamente inquisitori da cui ci si è formalmente distaccati definitivamente solo con il nuovo codice ora in vigore. Andrebbero, consequenzialmente, rigettate tutte quelle posizioni nostalgiche che, tutt'oggi, rimpiangono il vecchio codice di rito in ossequio ad una presunta maggiore efficienza processuale. Benché, infatti, la Corte costituzionale avesse operato numerosi correttivi atti a mitigare o, in alcuni casi, mutare il codice del 1930, in esso permanevano profili congenitamente anti-garantistici cui solo una riforma radicale poteva rimediare. Si pensi, per tutti, alla figura del pretore che impersonava contemporaneamente l'organo dell'accusa e l'organo giudicante o all'attività di indagine che, per essere efficiente, doveva essere segreta.

In secondo luogo, sul presupposto che il procedimento penale nel sistema giuridico previgente era incentrato sul principio di autorità, erano legittimate infrazioni alle garanzie dell'imputato, conducendo remota dottrina a lamentare un *deficit* epidemico nella tutela delle garanzie fondamentali, specialmente nella fase delle indagini preliminari⁷⁴.

⁷² M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, vol. 2, Giuffrè, 2009, p. 991.

⁷³ Così si esprime la RELAZIONE AL PROGETTO PRELIMINARE DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE, in *Gazz. uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250 (suppl. ord. n. 2), p. 75.

⁷⁴ Cfr. M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, cit., p. 991.

Com'è intuibile, dunque, proprio il contraddittorio era uno dei profili più criticati dalla dottrina, in quanto si affermava che «la conoscenza posticipata del contenuto di un determinato atto, e cioè non contestuale alla formazione del medesimo, presenta[ss]e due aspetti negativi che si concreta[va]no in un duplice pregiudizio per la difesa: e cioè l'impossibilità per la difesa (soprattutto nell'ipotesi che l'interrogatorio riguard[asse] una persona sottoposta a fermo od arresto) di procurarsi, sulla scorta degli elementi d'accusa, elementi di prova favorevoli all'imputato e l'impossibilità di sottoporre al vaglio del giudice con immediatezza e contestualità assieme agli elementi dell'accusa anche gli elementi difensivi»⁷⁵.

Ciò premesso, benché l'assetto processuale appena descritto sia da riferirsi all'allora vigente segreto istruttorio, le stesse considerazioni possono oggi valere per il contraddittorio cautelare. Non sarà, infatti, la fase procedimentale un buon motivo per consentire derive inquisitorie a discapito di principi fondamentali come, anzitutto, il diritto alla difesa della propria libertà personale. Non sembra, dunque, troppo ambizioso l'accostamento di queste realtà molto vicine per quanto attiene alle lacune garantistiche. Inoltre, mentre in passato la necessità di una revisione sistematica dell'intera procedura penale alimentava il c.d. 'progressismo garantistico', oggi, l'aver già soddisfatto nel 1988 questa esigenza ha portato ad una maggiore accondiscendenza verso compromessi anti-garantistici in tema cautelare. Eppure, un approccio critico sarebbe ancora necessario, perché l'abbandono dell'idea di un procedimento penale informato sul principio d'autorità, con funzione repressiva ove «non c'è spazio per far posto ai diritti della difesa e l'imputato non è altro che l'oggetto del giudizio e non già un soggetto di diritti»⁷⁶, rende difficilmente comprensibile come la lettura del combinato disposto di cui agli artt.

⁷⁵ E. CAPIZZANO, *L'interrogatorio dell'imputato e le garanzie difensive del contraddittorio*, Pirola, 1971, p. 42.

⁷⁶ *Ivi*, p. 4 ss che, inoltre, prosegue la critica in riferimento alla segretezza degli atti istruttori, affermando che «la conoscenza posticipata del contenuto di un determinato atto, e cioè *non contestuale* alla formazione del medesimo presenta, infatti, due aspetti negativi che si concretano in un duplice pregiudizio per la difesa: e cioè l'impossibilità per la difesa (soprattutto nell'ipotesi che l'interrogatorio riguardi una persona sottoposta a fermo od arresto) di procurarsi, sulla scorta degli elementi d'accusa, elementi di prova favorevoli all'imputato e l'impossibilità di sottoporre al vaglio del giudice con immediatezza e contestualità assieme agli elementi dell'accusa anche gli elementi difensivi». Considerazioni, queste, facili da traslare sul piano del contraddittorio cautelare 'frazionato' oggi in vigore.

272 e 274 c.p.p. in tema di contraddittorio cautelare possa non scontrarsi con i principi costituzionali del diritto al contraddittorio, alla difesa ed alla libertà personale intesa come regola e non come eccezione.

4. Il contraddittorio per l'applicazione delle misure cautelari personali di tipo coercitivo

Nel disciplinare il procedimento applicativo delle misure cautelari personali, il legislatore del 1988 ha optato per un sistema duale in cui il pubblico ministero presenta la propria istanza al giudice il quale vi provvede con ordinanza ⁷⁷. La struttura delineata dal legislatore ordinario, dunque, pretermette il difensore e l'indagato dalla partecipazione al procedimento applicativo. La ragione di tale scelta risiede nel fatto che, predisponendo un contraddittorio preventivo, verrebbe meno il c.d. effetto sorpresa della misura cautelare con il conseguenziale rischio che l'imputato si sottragga all'esecuzione della stessa ⁷⁸. L'ordinanza cautelare è, dunque, un *actus duarum personarum* ⁷⁹ a cui l'indagato non partecipa almeno fino al momento dell'esecuzione del provvedimento stesso. Il contraddittorio con quest'ultimo, infatti, viene a costituirsi – almeno apparentemente – solamente in un secondo momento con l'interrogatorio di garanzia ⁸⁰.

Considerato ciò, si comprende sin d'ora perché la giurisprudenza di Cassazione sia giunta a considerare abnorme il provvedimento che dispone l'interrogatorio preventivo dei destinatari di misure cautelari ⁸¹.

⁷⁷ Cfr. V. GREVI, *Misure cautelari*, cit., p. 441.

⁷⁸ Così Cass., sez. I, 25 settembre 1997, n. 5271, *Ripa*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 289.

⁷⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Giuffrè, 2012, p. 514.

⁸⁰ Questa regola, in realtà, presenta delle eccezioni. Ci si riferisce, da un lato, all'interrogatorio preventivo ex art. 289 c.p.p. – su cui però G. CONSO - V. GREVI - G. ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, coordinato da L. GIULIANI, in AA. VV., *Breviaria Iuris*, fondato da G. CIAN - A. TRABUCCHI, vol. 6, 2^a ed., Cedam, 2015, p. 1170 chiarisce esserci un differente finalismo afferente alla verifica che la sospensione dall'ufficio o dal servizio non arrechi pregiudizio alla pubblica funzione o al servizio pubblico – e, dall'altro, all'udienza antecedente l'emanazione del provvedimento – cui partecipano pubblico ministero, difensore ed ente – prevista ex art. 47 commi 2 e 3 del d.lgs. 231/2001 in materia di responsabilità penale delle persona giuridiche. A queste due eccezioni andrebbe addizionato anche il differente trattamento del soggetto sottoposto a misura precautelare e poi sottoposto ad interrogatorio ex art. 391 comma 3 c.p.p. per l'effettività del contraddittorio cui può godere in funzione della possibile applicazione di una misura cautelare a dispetto del sottoponendo a misura cautelare.

⁸¹ Cass., sez. V, 20 giugno 2003, n. 45282, *p.m. in c. Nero*, in *C.e.d.*, n. 227252.

4.1. *L'istanza del pubblico ministero e il procedimento applicativo*

Secondo quanto disposto dall'art. 291 c.p.p., il pubblico ministero ⁸² è chiamato a formulare l'istanza cautelare corredandola di tutti gli elementi che la rendono fondata. La richiesta del pubblico ministero – al di fuori dell'ipotesi di applicazione contestuale ad una sentenza di condanna ai sensi dell'art. 275 comma 1-*bis* c.p.p. – è, inoltre, necessaria per l'adozione di una misura cautelare in caso di scarcerazione per decorrenza dei termini (art. 307 c.p.p.) e in caso di aggravamento della misura per il sorgere di nuove esigenze cautelari ovvero per la trasgressione delle prescrizioni precedentemente imposte (artt. 299 comma 4 c.p.p. e 276 c.p.p.), in quanto la mancanza dell'istanza sarebbe causa di nullità generale a regime assoluto *ex art.* 178, comma 1, lett. b) c.p.p. ⁸³. Derivazione di questo presupposto è la soluzione che la giurisprudenza ha dato circa la questione inerente alla necessaria corrispondenza tra *petitum* e *decisum*, ossia se il giudice possa o meno applicare una misura cautelare differente (e soprattutto più grave) rispetto a quella richiesta dal pubblico ministero. Al riguardo, l'orientamento prevalente ritiene, condivisibilmente, che – come corollario del principio della necessità dell'istanza cautelare del pubblico ministero – sia vietato esclusivamente applicare una misura cautelare più grave di quella richiesta dal pubblico ministero, mentre non è pregiudicata la possibilità di applicare una misura meno grave, in quanto compete al giudice svolgere le valutazioni del caso in concreto ⁸⁴.

⁸² La legittimazione dell'organo dell'accusa è definita specularmente a quella del giudice competente e non necessita, ove non fosse assegnatario del procedimento lo stesso procuratore della Repubblica, l'assenso scritto di quest'ultimo come, invece, è previsto per l'adozione delle misure precautelari a norma dell'art. 3 comma 2 del d.lgs. 106/2006.

⁸³ In questi termini Cass., sez. VI, 10 luglio 2008, n. 33858, *p.m. in c. Maazouzi*, in *C.e.d.*, n. 240799.

⁸⁴ Cfr. V. GREVI, *Misure cautelari*, cit., p. 425; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 515 e in giurisprudenza Cass., sez. VI, 26 giugno 2003, n. 35106, *De Masi*, in *Cass. penale*, 2004, p. 3693, sebbene *contra* Cass., sez. III, 14 ottobre 2008, n. 43200, *p.m. in c. Collantoni*, in *C.e.d.*, n. 241532 abbia escluso il potere del giudice di applicare una misura cautelare diversa (*rectius*: meno grave) da quella indicata dal pubblico ministero qualora quest'ultimo abbia espressamente specificato di vincolare la richiesta ad una determinata misura cautelare, ripescando dunque – seppur in forma più rigorosa – il contenuto del comma 1-*bis* dell'art. 291 c.p.p. abrogato dal legislatore della legge 332/1995. Quest'ultimo orientamento, tuttavia, non sembra condivisibile, perché proprio la modifica normativa intervenuta con la suddetta legge del 332/1995 è un evidente testimonianza dell'intenzione del legislatore di permettere l'applicazione di misure meno gravi anche nell'ipotesi di istanze vincolate, per cui come rileva V. GREVI, *Misure cautelari*, cit., p. 442 oggi il giudice deve poter disporre «anche una misura cautelare meno grave di quella richiesta dall'organo dell'accusa».

Sul fronte indiziario, invece, l'art. 291 c.p.p. dispone che la richiesta cautelare del pubblico ministero sia corredata dei documenti probanti la sussistenza dei presupposti applicativi della misura cautelare ⁸⁵, seppur questo non implichi, ovviamente, che l'istanza debba contenere obbligatoriamente tutto il materiale investigativo a disposizione del pubblico ministero. Nella fase delle indagini preliminari, infatti, l'attività di selezione del patrimonio probatorio, ai fini delle richieste cautelari, rientra legittimamente nelle strategie investigative dell'organo dell'accusa ⁸⁶.

Di particolare rilievo è, invece, la previsione successiva dell'art. 291 c.p.p. secondo cui vanno allegati «tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate», perché permette di dare spazio ad una forma di solidarismo *ex art. 2 Cost.* a garanzia della libertà personale – specificamente del diritto di difesa – in un momento in cui l'indagato non è in grado di potersi difendere, sebbene l'art. 391-*octies* c.p.p. permetta al difensore di depositare in via preventiva ed in qualunque momento documenti e prove in suo possesso rispetto ad una possibile decisione in materia *de libertate*. In particolare, gli «elementi a favore» ⁸⁷, cui fa riferimento la disposizione, sono quelli raccolti dal pubblico ministero e quelli prodotti dalla difesa che permettono di meglio valutare i presupposti di *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* ⁸⁸, mentre, con

Sotto altro punto di vista, la Cass., sez. III, 28 luglio 1993, n. 1721, *Nava*, in *Giust. penale*, 1993, p. 690 ha ritenuto legittima una richiesta che non indicava la misura cautelare da applicare.

⁸⁵ Cfr. F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè, 1996, p. 198 ss.

⁸⁶ Così G. CIANI, *sub art. 291*, in AA. VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, vol. 3, Utet, 1990, p. 163 anche se Cass., sez. un., 26 febbraio 1997, n. 1, *Mammoliti*, in *C.e.d.*, n. 207940 ha precisato che occorre anche tenere conto della fase procedimentale in cui ci si pone, essendo minore il *quantum* probatorio richiesto per l'adozione di una misura cautelare durante la fase processuale. Sulla stessa linea Cass. sez. III, 28 ottobre 2010, *Assouli*, in *C.e.d.*, n. 248742 ha chiarito che, in caso di condanna non definitiva, il pubblico ministero può – per evidenti ragioni – limitarsi ad allegare la sentenza di condanna. Sul punto, più di recente, cfr. Cass., sez. III, 5 febbraio 2015, n. 19198, *Fiorenza*, in *C.e.d.*, n. 263798.

⁸⁷ G. GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, in AA. VV., *Misure cautelari e diritto di difesa nella legge 8 agosto 1995 n. 332*, a cura di V. GREVI, Giuffrè, 1996, p. 122 precisa che il termine «elementi» è riduttivo dell'espressione più tecnica: «elementi di prova».

⁸⁸ Si noti che Cass., sez. IV, 22 aprile 2010, n. 27379, *Di Donato*, in *C.e.d.*, n. 247854 precisa come gli elementi a discarico debbano avere un'oggettiva natura favorevole, non potendosi fare riferimento ad elementi che appaiono favorevoli in forza di argomentazioni o ricostruzioni logiche.

«deduzioni e memorie difensive», sembra potersi indicare tutto ciò che, pur essendo a favore dell'indagato, non assuma valenza probatoria⁸⁹, in quanto, differentemente opinando, si incorrerebbe in una specificazione dal carattere superfetativo. Pertanto, posto il ruolo essenziale del pubblico ministero nell'allegazione degli elementi a favore, si è dedotto in dottrina che un'eventuale violazione non può che determinare una nullità generale a regime intermedio ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. c) c.p.p., in quanto ad essere leso è il diritto alla difesa dell'imputato⁹⁰.

4.2. *L'ordinanza cautelare: la motivazione ex art. 292, comma 2, lett. c) e c-bis) c.p.p. post-riforma l. 47/2015*

Sull'istanza presentata dal pubblico ministero provvede con ordinanza il giudice ai sensi dell'art. 292 c.p.p.⁹¹. In particolare, il comma 2 indica, a pena di «nullità rilevabile anche d'ufficio», il contenuto minimo del provvedimento cautelare, nell'intento di evitare illegittime restrizioni della libertà personale. Al di là dei profili strutturali dell'ordinanza cautelare contemplati nelle lettere a), b), d) ed e), la principale garanzia della libertà personale è costituita dall'onere motivazionale contenuto nelle lettere c) e c-bis), oggetto di riforma da parte del

⁸⁹ Cfr. *ivi*, p. 125.

⁹⁰ S. VITTORINI GIULIANO, *Il procedimento applicativo*, in AA. VV., *Nuove norme sulle misure cautelari e sul diritto di difesa*, a cura di E. AMODIO, Giuffrè, 1996, p. 33 e sulla stessa scia Cass. sez. II, 13 febbraio 1998, Migliaccio, in *Cass. penale*, 1999, p. 1521 ha affermato che la mancata trasmissione delle memorie difensive – già depositate al momento della presentazione dell'istanza – determina la nullità (intermedia) dell'ordinanza cautelare stessa ex art. 292, comma 2, lett. c)-bis c.p.p. Dall'altro lato, però, P. FERRUA, *Poteri istruttori del pubblico ministero e nuovo garantismo: un'inquietante convergenza degli estremi*, in AA. VV., *Misure cautelari e diritto di difesa nella legge 8 agosto 1995 n. 332*, a cura di V. GREVI, Giuffrè, 1996, p. 263, nota, rettamente, che rimane «misterioso» il modo in cui il giudice possa poi effettivamente verificare l'inosservanza dell'obbligo di presentazione imposto dall'art. 291 c.p.p. Questo, insieme ad altri elementi, costituisce uno dei punti deboli di questa disciplina che rendono formale e non effettiva la tutela del diritto di difesa dell'imputato.

⁹¹ Il tenore letterale dell'art. 292 c.p.p. secondo G. AMATO, *sub art. 292*, in AA. VV., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. AMODIO - O. DOMINIONI, vol. 3, Giuffrè, 1990, p. 128 lascia intendere che un'ordinanza cautelare del giudice è sempre necessaria quando è presentata un'istanza cautelare dal pubblico ministero, benché manifestamente infondata. Inoltre, l'ordinanza assume un carattere autonomistico anche nel caso in cui venga inserita in una sentenza di condanna. Si tratta di una precisazione giurisprudenziale (per tutti Cass., sez. VI, 5 maggio 1994, Greco, in *Cass. penale*, 1996, p. 227) che vale ad evitare forme di nullità derivabili da una sentenza nulla.

legislatore del 2015 intervenuto al fine di irrigidire ulteriormente le disposizioni inerenti alla motivazione dell'ordinanza cautelare del giudice.

La lett. c) dispone, in primo luogo, che il giudice debba indicare nell'ordinanza le ragioni che hanno portato ad accogliere l'istanza cautelare mediante «l'esposizione e l'autonoma valutazione» del *periculum in mora* («specifiche esigenze cautelari»), del *fumus commissi delicti* («degli indizi») ed altresì della consistenza degli «elementi di fatto da cui [i presupposti cautelari] sono desunti», sì da giustificare in concreto la misura disposta «tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato»⁹².

In secondo luogo, la lett. c-bis) richiede «l'esposizione e l'autonoma valutazione dei motivi» per cui non si siano ritenuti sufficienti «gli elementi forniti dalla difesa». Questa disposizione normativa è stata criticata dalla dottrina che l'ha qualificata come superflua e contorta perché, da un lato, non andrebbe ad aggiungere altro a quanto già desumibile dall'obbligo di motivazione imposto dalla lett. c)⁹³ e, dall'altro, crea difficoltà di coordinamento con il comma 2-ter del medesimo articolo che sanziona con la nullità l'ordinanza cautelare che non contiene «la valutazione degli elementi a carico e a favore dell'imputato di cui all'art. 358 nonché all'art. 327 bis». Precisamente, si è rilevato che il trattamento sanzionatorio differenziato – nullità rilevabile d'ufficio per il comma 2 e nullità relativa per il comma 2-ter – determina un vero e proprio affastellamento di «obblighi specifici di motivazione ad oggetto parzialmente diverso»⁹⁴. Ciononostante, ed al di là di queste perplessità, va evidenziato come l'intento del legislatore sia quello di imporre al giudice la lettura congiunta di tutta la documentazione presentata dal pubblico ministero a supporto dell'istanza *ex art.* 291 c.p.p.⁹⁵, sì da evitare ulteriori costrizioni del diritto di difesa dell'indagato.

⁹² Cfr. V. GREVI, *Misure cautelari*, cit., p. 443. Sul punto, A. MACCHIA - P. GAETA, *L'ordinanza cautelare ed il suo controllo in Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 9, p. 1166 ss fanno notare che la valutazione del *fumus commissi delicti* richiesta dal legislatore, benché fondata su meri indizi, tende a «cancellare» le differenze tra accertamento di merito e delibazione cautelare», paventando il rischio di una pronuncia anticipatoria del giudizio di merito.

⁹³ Cfr. V. GREVI, *Misure cautelari*, cit., p. 429.

⁹⁴ G. GIOSTRA, *Sul vizio di motivazione dell'ordinanza cautelare*, in *Cass. penale*, 1995, n. 9, p. 2429.

⁹⁵ Cfr. T. RAFARACI, *Annullamento dell'ordinanza cautelare per difetto di motivazione riconducibile all'assenza di elementi imposti da legge sopravvenuta*, in *Cass. penale*, 1997, p. 467;

Inoltre, sempre nella lett. *c-bis*) è contenuto l'obbligo per il giudice, nel caso di applicazione della misura della custodia cautelare, di esporre le «concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'articolo 274 non possono essere soddisfatte con altre misure», a garanzia, dunque, dell'osservanza del principio di *extrema ratio* del massimo strumento di restrizione della libertà personale. Peraltro, in entrambe le lettere il legislatore del 2015 ha aggiunto alla semplice «esposizione» anche l'obbligo di operare «l'autonoma valutazione» delle esigenze cautelari e degli indizi. Tale punto è stato considerato da parte della dottrina come una vera e propria svolta garantista finalizzata a dare maggiore attenzione al «delicato tema della restrizione della libertà personale»⁹⁶, mentre da altra parte è stato criticato quest'emendamento normativo sotto il profilo della disciplina del riesame, definendolo una «intenzionale virata illiberale»⁹⁷.

Anche in questo caso, non si può non accogliere con favore l'intervento del legislatore, tanto per la tensione garantista delle nuove disposizioni, quanto, e soprattutto, perché ha tentato di ridare attenzione al tema cautelare e all'esigenza di rispettare il rapporto regola-eccezione tra la libertà personale e le sue misure restrittive. Inoltre, riguardo ai motivi sottostanti all'intervento del legislatore, occorre precisare che la reale portata della riforma è meglio comprensibile alla luce degli interventi giurisprudenziali che l'hanno preceduta. La riforma all'art. 292 comma 2 c.p.p., infatti, sorge dalla percezione comune di dottrina e giurisprudenza di «mettere al bando le motivazioni che non contengono una rielaborazione critica» delle argomentazioni contenute nell'istanza cautelare⁹⁸. In particolare, si è voluto

G. GIOSTRA, *Commento all'art. 9 legge 8 agosto 1995, n. 332*, in AA. VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Cedam, 1995, p. 138. In giurisprudenza Cass., sez. IV, 9 gennaio 2013, n. 3742, *Ioio*, in *Cass. penale*, 2014, p. 247 ma anche Cass. sez. II, 13 marzo 2008, n. 13500, *Palermi*, in *C.e.d.*, n. 239760 hanno precisato che l'onere motivazionale richiesto dalla lett. *c-bis*) riguarda solo le allegazioni difensive che contrastano obiettivamente con quelle poste a fondamento dell'accusa. Non necessità invece motivare tutti gli elementi difensivi se manifestamente irrilevanti ovvero non pertinenti.

⁹⁶ C. MUSIO, *Motivazione cautelare lacunosa e poteri del tribunale del riesame: una (probabile) modifica legislativo*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 maggio 2014 (accesso: settembre 2018), p. 2.

⁹⁷ M. CERESA GASTALDO, *Una singolare antifrasi: i 'nuovi' poteri rescindenti del Tribunale della libertà*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, n. 4, p. 9.

⁹⁸ Così F. CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in AA. VV., *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. GIULIANI, in AA. VV., *Procedura Penale: Commenti*, diretto da AA. VV., vol. 24, Giappichelli, 2015, p. 180 il quale precisa che,

limitare il ricorso alle motivazioni c.d. *per relationem* che già in passato erano state deprecate dalla giurisprudenza, specialmente in quelle ipotesi macroscopiche in cui il giudice aderiva passivamente alle valutazioni del pubblico ministero ⁹⁹. Da questo punto di vista, dunque, la riforma ha semplicemente confermato quanto già preesistente nel diritto vivente giurisprudenziale ¹⁰⁰, dove l'unica precisazione aggiuntiva (e di troppo) inerisce all'equiparazione, ai fini dell'annullamento *ex art. 309 comma 9 c.p.p.*, della motivazione priva dell'autonoma valutazione richiesta dall'art. 292, comma 2, lett. c) c.p.p. alla motivazione mancante. Su quest'ultimo punto, infatti, la dottrina ha sollevato non pochi dubbi dal carattere sia pratico che logico-giuridico ¹⁰¹. Anzitutto, si è evidenziato quanto difficile sia comprendere se il giudice abbia o meno operato quella «valutazione autonoma» imposta dal legislatore, portando a rendere necessario, da un lato, che il giudice cautelare utilizzi espressioni e ricostruzioni, almeno formalmente, convincenti ¹⁰² e, dall'altro lato, che il tribunale del riesame verifichi passo dopo passo la congruenza dell'*iter* motivazionale seguito dal giudice cautelare. In secondo luogo, sotto il punto di vista logico-giuridico, si è notato che nella motivazione *per relationem*, in realtà, la

sull'assunto che in alcuni casi gli esiti investigativi erano da considerarsi di «auto-evidente significato accusatorio», si è legittimato in passato il riporto pedissequo delle argomentazioni del pubblico ministero nell'ordinanza cautelare. Cfr. Cass., sez. I, 14 giugno 2013, *Ferrara*, in *C.e.d.*, n. 256262.

⁹⁹ Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, *Primavera*, in *Cass. penale*, 2001, p. 69. Inoltre, in taluni casi, la giurisprudenza ha definito necessario indicare gli argomenti su cui si fondava l'ordinanza, non potendo ammettersi il generale rinvio alle argomentazioni *de relato*. Si veda al riguardo Cass., sez. II, 6 febbraio 1996, *Filoni*, in *C.e.d.*, n. 204734.

¹⁰⁰ Infatti, l'unico problema prima irrisolto era quello inerente ai poteri del tribunale di riesame, cioè se era possibile in quella sede integrare la motivazione lacunosa o mancante ovvero era doveroso annullare il provvedimento per tali ragioni. Al riguardo, l'intervento del legislatore del 2015, che ha modificato l'art. 309 comma 9 c.p.p., ha dissipato ogni dubbio chiarendo che al giudice del riesame è precluso il potere di integrare la motivazione mancante ovvero carente dell'autonoma valutazione.

¹⁰¹ Cfr. F. CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare*, cit., p. 184 ss.

¹⁰² Seppur in riferimento ai decreti autorizzativi delle intercettazioni telefoniche, F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto diritto e motivazione*, Giuffrè, 2013, p. 369 ricostruisce con lucida pragmaticità, seppur con un tono aspro e piuttosto diretto, la problematica verifica dell'effettività della valutazione da parte di un giudice. Riporta infatti: «come si fa a provare che il giudice ha compiuto una reale e sostanziale valutazione della richiesta del pubblico ministero? Se il giudice si limita a dire 'vista la richiesta, si autorizza', questa valutazione non c'è. E se invece il giudice scrive 'vista la richiesta del pubblico ministero, attentamente valutate e lungamente soppesate le argomentazioni addotte, si autorizza', questa valutazione c'è? E se il giudice, ancora più scaltrito, si limita a parafrasare la richiesta, farfugliando un po' di frasi di circostanza, cosa facciamo, diciamo che non c'è neppure la *relatio*?».

motivazione non potrebbe considerarsi mancante, posto che l'adesione del giudice non è da riferirsi alla fonte dell'atto incorporato bensì alla motivazione di questo, per cui il giudice «si appropria di un impianto motivazionale altrui e lo restituisce come proprio»¹⁰³.

Su questa ricostruzione, però, non sembra potersi esprimere piena condivisione. In particolare, ponendo a premessa le difficoltà pragmatiche a verificare l'osservanza del requisito di autonoma valutazione, come si può pretendere di definire, verificare o, addirittura, presumere quando la motivazione *per relationem* non costituisca un'adesione *sic et simpliciter* alla richiesta del pubblico ministero ma piuttosto un atto volontario e consapevole con cui ci si appropria dell'impianto motivazionale altrui? A questo proposito, non potendo ammettersi una risposta di tenore generale, la soluzione andrebbe ricercata nel significato stesso della motivazione *per relationem*, in quanto è indubbio che copiare pedissequamente un atto 'altrui' (c.d. taglia e incolla) dia per presupposta un'acquisizione meccanica ed acritica priva di autonoma valutazione. Purtuttavia, da questa ipotesi si distinguerebbe nettamente il caso in cui il giudice riporti il contenuto dell'atto *de relato* parafrasandolo, perché in questo caso il giudice cautelare non potrebbe prescindere – per fisiologia logica – dalla comprensione nel merito della motivazione incorporata. Dunque, partendo da quest'assunto, si potrebbe semplificare la *querelle* ritenendo che una motivazione *per relationem* con un'incorporazione non acritica non osti ai poteri integrativi del tribunale di riesame, potendo bene considerarsi soddisfatta «l'autonoma valutazione» postulata dall'art. 292 c.p.p.; mentre, per l'altra ipotesi di incorporazione del 'copia e incolla', troverebbe applicazione l'art. 309 comma 9 c.p.p. che – come novellato dalla riforma – riconosce al giudice del riesame esclusivamente il potere di annullamento dell'ordinanza cautelare. Trattasi di una piccola forzatura dell'enunciato normativo che, però, permetterebbe di far salvi i poteri del giudice del riesame e di ridimensionare l'altro problema inerente all'equiparazione della motivazione priva dell'autonoma valutazione a quella totalmente assente.

Anche su quest'ultimo punto, la dottrina ha posto tanti quesiti e perplessità. In particolare, si è messa in dubbio l'opportunità di equiparare la motivazione *per*

¹⁰³ F. CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare*, cit., p. 185

relationem alla mancanza di motivazione, perché in tal modo la limitazione al potere integrativo sembra rispondere più ad esigenze sanzionatorie o disciplinarie dell'attività del giudice che ad esigenze di garanzie della libertà dell'indagato ¹⁰⁴. In effetti, queste prospettazioni non possono non essere condivise, se non altro perché il quadro appare ancora più aberrante se si osserva che, operando il parallelismo tra motivazione *per relationem* e motivazione mancante, anche ordinanze cautelari che incorporano motivazioni ineccepibili del pubblico ministero dovrebbero essere annullate, benché sussistano tutti i presupposti del caso. Così facendo, infatti, si rischia di andare a pregiudicare le esigenze processuali e il diritto alla sicurezza sottostanti al *periculum libertatis* dell'art. 274 c.p.p. Sarebbe, invece, più ragionevole soffermarsi sul contenuto sostanziale della motivazione, ancorché priva di autonoma valutazione da parte del giudice cautelare, e poi permettere di agire di conseguenza annullando l'ordinanza o integrando la motivazione. In altre parole, ciò che appare illogico ed inopportuno è, su un fronte, questo coordinamento tra l'inosservanza dell'autonoma valutazione *ex art. 292 c.p.p.* e il potere (vincolato) di annullamento *ex art. 309 c.p.p.* e, sull'altro fronte, l'assenza del potere di annullamento nel caso in cui il giudice abbia fondato le ordinanze cautelari su motivazioni manifestamente illogiche e lacunose.

Peraltro, a supporto di questa ricostruzione critica sembra esserci il fatto che il ruolo del giudice cautelare è sostanzialmente quello di controllare l'istanza cautelare presentata dall'organo dell'accusa a garanzia dell'indagato affinché sia un organo imparziale a verificare che sussistano realmente i presupposti per limitare la libertà personale ¹⁰⁵. In tal modo, la motivazione dell'ordinanza assurge principalmente ad una 'relazione' sull'accoglimento della richiesta cautelare al fine di agevolare un eventuale (ulteriore) controllo da parte del tribunale del riesame ¹⁰⁶. Alla luce di ciò, dunque, non dovrebbe importare tanto la provenienza della motivazione quanto il suo effettivo contenuto. Pretendere, invece, che la motivazione debba necessariamente parafrasare l'istanza del pubblico ministero

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 185.

¹⁰⁵ E su questo punto si pone nello stesso senso M. CERESA GASTALDO, *Una singolare antifrasi*, cit., p. 8.

¹⁰⁶ Tanto che F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 369 precisa che «conta ciò che sta scritto [nella motivazione] non il sudore di chi l'ha scritto».

ovvero percorrere sentieri motivazionali inediti, per sfuggire al potere di annullamento *ex art. 309 comma 9 c.p.p.* del tribunale del riesame sembra essere una distorsione indebita della disciplina *de libertate*.

In conclusione, c'è da riconoscere che l'introduzione dell'autonoma valutazione sembra essere il massimo risultato raggiungibile sul piano processuale e normativo per l'attività del giudice. Infatti, eventuali correzioni sull'attività lavorativa dei giudici dovranno spostarsi sul piano disciplinare, non potendo il settore *de libertate* divenire il terreno di scontro ed incontro per azioni di 'ortopedia' nell'amministrazione della giustizia ¹⁰⁷.

4.3. *La disciplina dell'interrogatorio ex art. 294 c.p.p.: tra correttivi giurisprudenziali e criticità tacite*

Dal quadro normativo fin qui delineato è facile intuire come il legislatore abbia optato per un modello applicativo delle misure cautelari fondato sul dialogo tra pubblico ministero e giudice in cui l'imputato si pone sullo sfondo fino al momento dell'esecuzione o notifica del provvedimento cautelare, al fine di garantirne l'effetto sorpresa ¹⁰⁸. Dopo aver esaudito quest'ultima esigenza, però, il legislatore ha dovuto necessariamente prevedere uno strumento 'riparatore' volto a garantire all'imputato il diritto di difendersi, sebbene tardivamente, dopo l'applicazione della misura cautelare. Per tale ragione, l'art. 294 c.p.p. prevede un interrogatorio a 'garanzia' dell'indagato la cui funzione, più teorica che effettiva – come si vedrà appresso – dovrebbe essere quella di consentire al giudice di acquisire gli «elementi necessari per un'immediata verifica della sussistenza dei presupposti della misura cautelare disposta» ¹⁰⁹, sì da permettergli, ove ritenuto necessario, di

¹⁰⁷ Cfr. L. GIORDANO, *Sull'annullamento dell'ordinanza cautelare priva dell'autonoma valutazione degli indizi e delle esigenze di cautela*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 luglio 2015 (accesso: settembre 2018), p. 12 che nell'art. 3 della l. 117/1988 individua ciò che «appare una conseguenza della riforma» in quanto ivi è previsto che «costituisce colpa grave del magistrato e ne determina la responsabilità civile l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione».

¹⁰⁸ Cfr. L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Cedam, 2012, p. 25.

¹⁰⁹ Così RELAZIONE AL PROGETTO PRELIMINARE DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE, in *Gazz. uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250 (suppl. ord. n. 2), p. 75.

procedere alla revoca o alla sostituzione della misura *ex art.* 299 c.p.p.¹¹⁰. In tal modo, infatti, il giudice dovrebbe riuscire ad operare una nuova valutazione delle condizioni di applicabilità della misura che implica, visto il rinvio integrale dell'art. 294 comma 3 c.p.p. all'art. 299 c.p.p., anche la facoltà di «disporre, se non è in grado di decidere allo stato degli atti, accertamenti sulle condizioni di salute o sulle condizioni o qualità personali del soggetto sottoposto alla misura» ai sensi del comma 4-*ter* dell'art. 299 c.p.p.¹¹¹.

Tuttavia, la possibilità che il giudice possa rendersi conto, in presenza dell'indagato, di non essere in grado di decidere allo stato degli atti e di dover disporre ulteriori accertamenti lascia inevitabilmente trasparire la precaria 'affidabilità' dei provvedimenti *de libertate* adottati in assenza dell'indagato, perché è ben evidente che, ove si fosse rispettato il contraddittorio 'anticipato', il giudice, una volta rilevata l'esigenza di procedere ad accertamenti, li avrebbe disposti prima di applicare la misura. Inoltre, gli accertamenti medici, di regola, non hanno tempi brevi, tanto che lo stesso comma 4-*ter* dell'art. 299 c.p.p. fissa un termine massimo di quindici giorni per adempiervi e, nelle more, si sospende il termine di cinque giorni, di cui al comma 3, a disposizione del giudice per provvedere sull'istanza di revoca o sostituzione. Queste disposizioni però – sulla scorta del già ricordato richiamo dell'art. 299 c.p.p. ad opera dell'art. 294 c.p.p. – devono trovare applicazione anche in occasione dell'interrogatorio di garanzia. Pertanto, posto che di norma l'interrogatorio di garanzia si conclude sempre in un'unica udienza davanti al giudice per le indagini preliminari, si pone concretamente il problema di cosa debba disporsi *medio tempore* per la persona soggetta a restrizione. Si prenda, ad esempio, il caso di un indagato che, sottoposto a custodia cautelare e giunto in udienza cinque giorni dopo l'esecuzione della misura per l'assunzione dell'interrogatorio di 'garanzia', debba essere sottoposto ad accertamenti la cui esecuzione impieghi quindici giorni, come potrebbe ritenersi

¹¹⁰ Cfr. E. ZAPPALÀ - V. PATANÈ, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *Diritto processuale penale*, a cura di D. SIRACUSANO - A. GALATI - G. TRANCHINA - E. ZAPPALÀ, Giuffrè, 2018, p. 345; O. MAZZA, *Interrogatorio ed esame dell'imputato: identità di natura giuridica e di efficacia probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, n. 3, p. 863 ss; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, 2004, p. 195 ss.

¹¹¹ E. ZAPPALÀ - V. PATANÈ, *Le misure cautelari*, cit., p. 346. Inoltre, cfr. V. GREVI, *Misure cautelari*, cit., p. 436; F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia*, cit., p. 275.

rispettosa delle garanzie processuali dell'indagato una restrizione che per venti giorni ha operato in forza di un provvedimento emesso *inaudita altera parte*? E come tale *iter* procedimentale potrebbe definirsi rispettoso dei principi del giusto procedimento cautelare e dei principi del contraddittorio? Sul punto, la prassi forense glissa, risolvendo la questione semplicemente applicando la sospensione dei termini per l'assunzione dell'interrogatorio di garanzia ai sensi dell'art. 299 comma 4-ter c.p.p. Tuttavia, rimane evidente che, in tal modo, si sta accettando una soluzione in palese contrasto anzitutto – e tra i tanti – con il principio di presunzione di innocenza, ai sensi del combinato disposto degli artt. 13 e 27 Cost.

Nel prosieguo della norma, poi, il legislatore impone di procedere all'assunzione dell'interrogatorio «fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento». Invero, tale disposizione è soggiunta solo a seguito dell'intervento della l. 8 agosto 1995, n. 332, in quanto, ante riforma, l'art. 294 c.p.p. garantiva l'interrogatorio solo fino alla conclusione delle indagini preliminari. Inoltre, prima ancora del legislatore, era intervenuta – come spesso accade – la Corte costituzionale che, con sentenza 77/1997¹¹², dichiarò l'incostituzionalità degli artt. 294 comma 1 c.p.p. e 302 c.p.p. in relazione alla mancata estensione oltre la fase delle indagini preliminari, rispettivamente, dell'obbligo di interrogatorio e dell'estinzione della misura cautelare per omesso interrogatorio. A tal proposito «[l']estrema dovizia di argomentazioni»¹¹³ con cui la Consulta ha fatta trasparire l'importanza dell'interrogatorio di garanzia quale unico modello, tra gli altri interrogatori, funzionalizzato esclusivamente a tutelare la libertà personale dell'indagato, vale a dedicarne una breve trattazione.

Anzitutto, la denuncia della Corte era finalizzata a far notare come la mancata previsione dell'interrogatorio dopo la chiusura delle indagini e il benessere della giurisprudenza di Cassazione finiva per privare «l'imputato *in vinculis* del più efficace strumento di difesa [...] con precisi riverberi sul diritto alla libertà personale protetto dall'art. 13 Cost.». In particolare, la Consulta richiamava la sentenza della

¹¹² Corte cost., sent. 3 aprile 1997, n. 77, in www.giurcost.org. Su questa pronuncia v. V. BONINI, *La Corte costituzionale e la centralità dell'interrogatorio di garanzia nella disciplina delle misure cautelari personali*, in *Legisl. pen.*, 1997, p. 863 ss.

¹¹³ L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, cit., p. 79.

Corte di cassazione a Sezioni Unite n. 212 del 18 giugno 1993 ¹¹⁴ secondo cui l'art. 294 c.p.p., rettamente, non prevedeva l'interrogatorio dopo la chiusura delle indagini preliminari perché suddetto istituto avrebbe avuto «la funzione di assicurare in termini brevi, attraverso il contatto diretto dell'indagato con il giudice e l'attivazione di una immediata possibilità di discolta, l'acquisizione di ogni elemento utile per una urgente verifica della sussistenza dei presupposti per l'applicazione di una misura cautelare», funzione che sarebbe venuta meno dopo l'esercizio dell'azione penale e l'istituzione dell'udienza preliminare, perché l'indagato, con la richiesta di rinvio a giudizio, è posto in condizioni di conoscere gli elementi a suo carico, rendendo superflua la celebrazione dell'interrogatorio di garanzia.

A queste argomentazioni, però, la Corte costituzionale replicava precisando che l'interrogatorio *ex art. 294 c.p.p.* non ha solo la funzione di rendere edotto l'indagato del capo o dei capi di imputazione ma anche quella di metterlo in contatto con il giudice, secondo il più elementare schema di *habeas corpus*. D'altro canto, l'interrogatorio di garanzia non presentava e non presenta alcun surrogato nel nostro ordinamento e, in particolare, la Consulta escludeva la fungibilità con l'interrogatorio cui l'imputato può essere sottoposto *ex art. 421 comma 2 c.p.p.* in sede di udienza preliminare, perché quest'ultimo si caratterizza per la sua intempestività, defettibilità e con un *thema decidendum* del tutto differente, essendo limitato alla discussione degli elementi fondanti la custodia cautelare. Infatti, già il fatto che possano trascorrere anche più di trenta giorni dalla richiesta di rinvio a giudizio alla celebrazione dell'udienza preliminare rendeva ancora più ingiustificabile una simile limitazione del diritto di *habeas corpus*, il tutto in senso discriminatorio rispetto all'indagato che si vedeva applicare la misura cautelare prima della conclusione delle indagini. Per tali ragioni, la Corte costituzionale rilevò l'incostituzionalità delle disposizioni di cui agli artt. 294 c.p.p. e 302 c.p.p. per violazione degli artt. 3 Cost. (principio di uguaglianza) e 24 Cost. (diritto di difesa), aggiungendo anche che non possono neanche considerarsi «mezzi processuali fungibili» né il riesame né la revoca.

¹¹⁴ Cass., sez. un., 18 giugno 1993, n. 212, *Dell'Olmo*, in *Cass. penale*, 1994, p. 36 ss.

Proprio le riflessioni della Corte sul riesame permettono di andare oltre l'oggetto della cognizione costituzionale dei giudici della Consulta, anticipando il tema delle riflessioni che seguiranno circa il ruolo dell'interrogatorio di garanzia nella formazione del contraddittorio ¹¹⁵. Specificatamente, la Corte costituzionale nel suo *iter* logico-motivazionale definisce il riesame «una fase incidentale che prescinde dall'interrogatorio di garanzia, tanto che l'omissione di tale atto è deducibile (almeno di regola) non come motivo di riesame ma soltanto attraverso un'apposita richiesta da far valere davanti al giudice che ha emesso il provvedimento impugnato e, in caso di reiezione della richiesta, davanti allo stesso "tribunale del riesame"». I giudici della Consulta, dunque, escludono anzitutto che il riesame possa costituire una parte integrante del contraddittorio cautelare, relegandola ad una semplice fase incidentale della vicenda cautelare dell'indagato. In secondo luogo, essi rilevano come «decisivo» l'assunto che l'audizione in sede di riesame non possa essere assimilata all'interrogatorio, perché l'attivazione del procedimento di riesame è «riservata all'indagato (o all'imputato) ovvero al suo difensore, laddove l'interrogatorio previsto dall'art. 294, comma 1, del codice di procedura penale costituisce preciso dovere del giudice, un dovere da assolvere in un termine immediatamente a ridosso dell'inizio della custodia». In pratica, i giudici della Consulta hanno esplicitato – seppur non proprio direttamente – che l'integrazione del contraddittorio, essendo imprescindibilmente obbligatoria, non può individuarsi nel giudizio di riesame. Ne giunge ulteriore conferma dal fatto che lo stesso giudice cautelare non è coinvolto nel giudizio di riesame, sì da suggerire in modo inequivocabile che l'interrogatorio di garanzia costituisce la necessaria prosecuzione e, più precisamente, l'unico atto integrativo del contraddittorio cautelare.

Tuttavia, nonostante l'estrema importanza delle puntualizzazioni della Consulta, negli anni a seguire non si annoverano interventi volti a formalizzare anche le conseguenze teorico-pratiche che gli insegnamenti di questa pronuncia avrebbero dovuto necessariamente produrre. Sono solamente rilevabili altre pronunce, come la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 17 febbraio 1999

¹¹⁵ Cfr. *infra*, in questo capitolo, §5.

¹¹⁶ ed altre ¹¹⁷, volte a estendere l'interrogatorio *ex art.* 294 c.p.p. fino al momento dell'inizio del dibattimento ed a precisare che la fase del giudizio «per i suoi caratteri essenziali di pienezza del contraddittorio e per l'immanente presenza dell'imputato, assorbe la stessa funzione dell'interrogatorio previsto dell'art. 294 comma 1 c.p.p.» ¹¹⁸.

Anche sotto il profilo temporale non mancano motivi di doglianza. L'art. 294 c.p.p., infatti, prevede che, ove non si sia già proceduto in sede di convalida *ex art.* 391 comma 3 c.p.p., si debba rispettare il generale diritto di *habeas corpus* procedendo all'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare in carcere «immediatamente e comunque non oltre cinque giorni dall'inizio dell'esecuzione della custodia», indicando, dunque, un termine superiore e contrastante con quello perentorio di quattro giorni e sei ore fissato dalla Corte EDU in sede di interpretazione dell'art. 5 CEDU ¹¹⁹. Pertanto, ben potrebbero crearsi situazioni in concreto contrastanti con la Convenzione Europea e la sua giurisprudenza ¹²⁰.

Infine, l'art. 294 c.p.p. comma 1-*bis*, prevede l'estensione dell'interrogatorio di garanzia alle persone sottoposte ad altre misure cautelari mentre, al comma 1-*ter* c.p.p., dispone che, ove il pubblico ministero ne faccia richiesta con l'istanza di

¹¹⁶ Corte cost., sent. 17 febbraio 1999, n. 32, in www.giurcost.org.

¹¹⁷ Ci si riferisce in primo luogo a Corte cost., sent. 8 giugno 2005, n. 230, in www.giurcost.org secondo cui sussiste «in ogni momento della fase [di giudizio] la possibilità di verificare sia la legittimità dello *status*, sia la permanenza delle condizioni che determinarono l'adozione della misura custodiale». Su questa sentenza cfr. R. PUGLISI, *Interrogatorio di garanzia e diritto di difesa. La Consulta arresta l'estensione interpretativa (ed il riconoscimento dei diritti della persona)*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, p. 642 ss e L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti di libertà*, cit., p. 86 ss. In secondo luogo, le Sezioni Unite con la sentenza Cass., sez. un., 22 gennaio 2009, n. 18190, *La Mari*, in *Cass. penale*, 2009, p. 3766 seguendo l'indirizzo dei giudici della Consulta, hanno escluso la necessità di provvedere all'interrogatorio *ex art.* 294 c.p.p. quando la misura è disposta in seguito ad una sentenza di condanna, con buona pace, dunque, del principio di proporzionalità specificato nell'art. 275 comma 1-*bis* c.p.p. Si veda, inoltre, Cass., sez. un., 1 luglio 2014, n. 28270, in www.dirittoegiustizia.it che ha negato la necessità di provvedere ad un nuovo interrogatorio nel caso di remissione del provvedimento cautelare divenuto inefficace *ex art.* 309 commi 5 e 10 c.p.p.

¹¹⁸ Corte cost., sent. 17 febbraio 1999, n. 32, cit.

¹¹⁹ Corte Eur. Dir. Uomo, 23 settembre 1998, *Demir ed altri c. Turchia*, cit.

¹²⁰ Non pone invece problemi il maggior termine di dieci giorni previsto dall'art. 294 comma 1-*bis* c.p.p. per le altre misure cautelari in quanto, in questi casi, l'incidenza sul bene libertà personale è certamente inferiore a quello della custodia cautelare. L'estensione dell'interrogatorio di garanzia anche alle misure cautelari diverse dalla custodia cautelare in carcere si è avuta con la l. 332/1995 che ha introdotto, a tal proposito, un comma 1-*bis* all'art. 294 c.p.p. poi successivamente novellato dal d.lgs. 101/2014.

custodia cautelare, il giudice debba effettuare l'interrogatorio entro il termine di quarantotto ore dall'inizio della custodia, anche se va escluso che l'inosservanza del termini da parte del giudice determini la caducazione della custodia cautelare ex art. 302 c.p.p. Differentemente, l'iniziativa «acceleratoria» rischierebbe di «produrre un effetto *boomerang*, addirittura in chiave di perdita di efficacia della misura»¹²¹. Questa facoltà attribuita al pubblico ministero vale invece a mitigare «la rigidità del divieto di anticipazione dell'interrogatorio del pubblico ministero»¹²² sancito dal comma 6 del medesimo articolo, secondo cui «l'interrogatorio [...] da parte del pubblico ministero non può precedere l'interrogatorio del giudice». Si tratta di una modifica adottata con la l. 332/1995, sebbene essa appaia priva di una reale giustificazione, poste le «differenti finalità dei due interrogatori»: l'uno a carattere investigativo, l'altro in funzione di garanzia¹²³.

5. I limiti alle garanzie costituzionali dell'indagato e la *fictio iuris* sottostante al contraddittorio cautelare

Nel tentativo di comprendere fin quando l'opzione legislativa possa considerarsi coerente con i suoi intenti e, soprattutto, compatibile con le garanzie costituzionali del diritto al contraddittorio e di difesa, è indispensabile una visione olistica del procedimento applicativo delle misure cautelari coercitive.

Il modello scelto dal legislatore sembra incardinato su di un pregiudizio di fondo per cui, accolta l'istanza del pubblico ministero ed emessa l'ordinanza cautelare, il momento dell'interrogatorio di garanzia non può, tendenzialmente, dare un esito differente da quello confermativo. Ciò è inequivocabilmente desumibile dal fatto che l'unico provvedimento espresso richiesto dal legislatore è quello – potremmo dire eccezionale – di revoca o sostituzione, che non necessita di un provvedimento confermativo che motivi le ragioni per cui si ritengano infondate le allegazioni difensive del soggetto ristretto¹²⁴.

¹²¹ V. GREVI, *Misure cautelari*, cit., p. 456.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ivi*, p. 455.

¹²⁴ Cfr. O. MAZZA, *La libertà personale nella costituzione europea*, cit., p. 63 che rileva come quest'assetto sia in contrasto con «il modello delineato dalla giurisprudenza europea».

Tuttavia, quest'impostazione lascia spazio a qualche dubbio circa la sua ragionevolezza. In prima istanza, è poco comprensibile perché il giudice debba motivare le ragioni per cui non abbia ritenuto fondate le allegazioni a difesa dell'indagato presentate dal pubblico ministero – organo di parte nel procedimento penale – a norma della lett. *c-bis*) dell'art. 292 c.p.p., ma non debba fare parimenti dopo l'assunzione dell'interrogatorio *ex art.* 294 c.p.p. in cui la persona diretta interessata viene per la prima volta ascoltata per difendersi. In tal modo, infatti, sembra quasi che il legislatore si dimentichi che il procedimento penale è retto da 'soggetti' e non 'oggetti' di diritto e che dunque il solidarismo difensivo richiesto nell'istanza del pubblico ministero non può spingersi fino al punto di sostituire la difesa dell'imputato. Ne giunge conferma dal fatto che, peraltro, non è in astratto evitabile il rischio che il pubblico ministero possa dare 'intenzionalmente' una lettura distorta degli atti a difesa, per rivalutare quelli presentati a titolo di accusa¹²⁵, e in quest'ipotesi non ci sarebbe spazio per l'imputato per difendersi se non con l'interrogatorio di garanzia. A ciò si aggiunge che il giudice, avendo accolto la misura, si è già precostituito un'idea della situazione concreta che, salvo palesi incongruenze, difficilmente lo porterà a rivedere il provvedimento cautelare *ex post*. Questa situazione sembra poi drammatizzarsi dal momento che risalente giurisprudenza (mai scongiurata) ha addirittura specificato che la sede in cui viene ad assumersi l'interrogatorio *ex art.* 294 c.p.p. non può essere qualificata come udienza, in quanto non è presente alcun contraddittorio, né un'istanza di parte¹²⁶. Così facendo, infatti, si svela il vero volto di questa chimera giuridica costruita dal legislatore, perché viene reciso il filo conduttore che giustificava la *fictio iuris* del contraddittorio asimmetrico, strutturato, da un lato, dal binomio istanza-ordinanza cautelare e, dall'altro, dall'interrogatorio di garanzia – in cui tra l'altro, vista la mancanza di contestualità del contraddittorio tra accusa e difesa, l'imparzialità è già messa a dura prova. Né può accettarsi di considerare autonomo e sufficiente 'l'accordo' pubblico ministero-giudice in cui il solidarismo difensivo – postulato

¹²⁵ Cfr. G. RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa 'possibile'*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, n. 9, p. 1169 secondo cui in tal modo non si assicura una effettiva «visione binoculare» della questione cautelare.

¹²⁶ Cass., sez. III, 14 luglio 2005, *Laureto*, in *C.e.d.*, n. 232979.

dall'art. 291 c.p.p. – va a sostituire il diritto di difesa, personale e inviolabile, e va ad integrare questo contraddittorio quantomeno atipico.

In secondo luogo, un'ulteriore incoerenza – su cui possono porsi dubbi di conformità con gli artt. 3 Cost., 24 Cost. e 111 Cost. – si evince dal confronto tra la disciplina predisposta per la persona sottoposta a misura precautelare e quella per chi viene per la prima volta raggiunto da un'ordinanza cautelare. Infatti, mentre nella prima ipotesi la persona arrestata o fermata che si presenta all'udienza di convalida *ex art. 391 c.p.p.* può, in virtù del comma 3, farsi interrogare e dunque può rispondere in un contraddittorio vero ed effettivo alle richieste del pubblico ministero in tema di libertà; nella seconda ipotesi si ripresentano tutte le censure derivanti da questo pseudo-contraddittorio costruito dal nostro legislatore. Pertanto, per assurdo, la persona sottoposta a misura precautelare potrà sostanzialmente godere di un *surplus* di garanzie, nonostante – come si è visto – formalmente l'interrogatorio *ex art. 391 comma 3 c.p.p.* e l'art. 294 c.p.p. siano stati definiti 'equipollenti'.

A dissipare ogni traccia di garantismo vi è, infine, la previsione dell'art. 104 c.p.p. che permette al giudice, su istanza del pubblico ministero, di differire il colloquio dell'indagato con il suo difensore fino al momento dell'interrogatorio di garanzia, ammettendo, in tal modo, di ridurre l'istituto ad una mera formalità e che, paradossalmente, potrebbe ritorcersi contro l'indagato nei casi in cui possono operare lettura e contestazioni *ex artt. 513 comma 1 c.p.p. e 503 comma 6 c.p.p.*¹²⁷. Pertanto, sembra potersi concludere che nella disciplina dell'interrogatorio di garanzia *ex art. 294 c.p.p.*, oltre al mero formalismo, è rimasto poco o nulla, non essendo tutelato quello *standard* minimo di garanzie che è, invece, costituzionalmente imposto.

¹²⁷ Cfr. V. GREVI, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantiste ed esigenze del processo*, in AA. VV., *Misure cautelari e diritto di difesa nella legge 8 agosto 1995 n. 332*, a cura di V. GREVI, Giuffrè, 1996, p. 25 secondo cui questo meccanismo riflette una scelta legislativa finalizzata a garantire la genuinità delle risposte all'interrogatorio. In senso critico v. G. PECORELLA, *Il difensore e la sua posizione nel procedimento penale di fronte alla nuova legge*, in AA. VV., *Misure cautelari e diritto di difesa nella legge 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di V. GREVI, Giuffrè, 1996, p. 322; L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, cit., p. 148.

CAPITOLO II

IL *BAIL* E LA SUA EVOLUZIONE NEL DIRITTO ANGLOSASSONE

Sommario: 1. [Le origini del bail e la sua evoluzione storica](#) – 2. [Il bail negli U.S.A. ed il dibattito sul riconoscimento costituzionale di un right to bail](#) – 3. [La disciplina del bail in Inghilterra. Dal Metropolitan Police Act \(1829\) al Policing and Crime Act 2017 \(PCA\)](#) – 4. [La 'confusione dei poteri' nel sistema cautelare inglese e la riqualificazione del ruolo del CPS](#) – 5. [Il police bail e il contraddittorio anticipato nell'udienza di first appearance](#)

1. Le origini del *bail* e la sua evoluzione storica

Con il termine '*bail*' ci si riferisce a quella procedura di *common law* secondo cui, in pendenza di un procedimento penale, l'indagato o l'imputato, invece di sottostare alla custodia preventiva, può essere posto in stato di libertà provvisoria su provvedimento della polizia o del magistrato competente che ne stabilisce condizioni, prescrizioni e garanzie¹. Precisamente, il *bail* consiste nel consegnare «*an arrested person [...] in contemplation of law, yet not commonly in real fact, to another or others who become entitled to his custody, and responsible for his appearance when and where agreed in fulfilment of the purpose of the arrest*»². Tale funzione, secondo E. Coke e J. Bouvier, si palesa nella stessa origine etimologica della parola *bail* che deriverebbe dal francese *bailler* che significa, appunto, consegnare³.

Il termine *bail* assume diverso significato secondo se usato come verbo o come sostantivo. Come verbo, esso indica il processo di *bailing* e, più precisamente, l'azione attraverso la quale si ottiene la liberazione di una persona in cambio di una garanzia patrimoniale. Come sostantivo, invece, indica tanto la garanzia versata per ottenere la liberazione del detenuto quanto il soggetto prestatore di garanzia⁴.

¹ Cfr. A. DE VITA, *Bail*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. 1., Utet, 1987, p. 413.

² J. BISHOP PRENTISS, *New Criminal Procedure: Or, New Commentaries on the Law of Pleading and Evidence and the Practice in Criminal Cases*, vol. 1, TH Flood, 1913, p. 197. Cfr. J. V. HAYES, *Contracts to Indemnify Bail in Criminal Cases*, in *Fordham Law Review*, vol. 6, 1937, n. 3, p. 387.

³ Lo riporta J. V. HAYES, *Contracts to Indemnify Bail in Criminal Cases*, cit., p. 187 nel citare J. BOUVIER, *A Law Dictionary*, Baldwin's Library, 1928, p. 108.

⁴ J. V. HAYES, *Contracts to Indemnify Bail in Criminal Cases*, cit., p. 388.

L'origine del *bail*, secondo alcuni, va collocata in epoca greca, ove l'accusato poteva essere posto in stato libertà, previo versamento di una garanzia di natura patrimoniale⁵. In seguito, anche in epoca romana, sia repubblicana che imperiale, sono rilevabili istituti assimilabili al *bail*⁶. In particolare, in dottrina si è fatto notare come, tra le funzioni del Protoconsole, vi era quella di determinare se le persone accusate dovessero essere imprigionate, consegnate ad un carceriere o condannate a prestare, personalmente o tramite terzi, una garanzia, tenuto anche conto della natura del reato e degli altri fattori circostanziali⁷.

Secondo altra dottrina, invece, il primo vero riferimento storico direttamente collegato al *bail* è il '*bohr*', una misura nota nel diritto anglosassone, intorno al VII secolo d. C., sotto il regno di Hlothære (673-685) e di Eadric (685-687)⁸. Come riportano gli storici, gli Angli e i Sassoni, quando sbarcarono in Inghilterra, portarono con sé la regola del '*body for body, property for property*' – cioè la legge del taglione – come meccanismo di risoluzione delle controversie⁹. Tale sistema, però, risultò presto «*brutal and costly*»¹⁰. Pertanto, si escogitò un sistema alternativo basato sulla logica del risarcimento: il *wergeld* (letteralmente: 'prezzo dell'uomo'). In concreto, il *wergeld* consisteva in una somma di denaro – modulata in relazione al tipo di ingiuria e al rango sociale delle persone coinvolte – che, in

⁵ Così C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia penale*, raccolti da A. GIARDA - G. SPANGHER - P. TONINI, vol. 75, Cedam, 2016, p. 65 che richiama F. CARRARA, *Programma del corso criminale. Del giudizio criminale*, (1860), con introduzione di M. NOBILI, Il Mulino, 2004, p. 159; G. BORSANI - L. CASORATI, *Codice di procedura penale*, vol. 2, Coi tipi di Luigi di Giacomo Pirola, 1876, p. 450.

⁶ Cfr. C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 66. In particolare, l'autrice richiama G. BORSANI - L. CASORATI, *Codice di procedura penale*, cit., p. 450 che riportano un caso, narrato da Sallustio nella *Catilinaria*, in cui «i complici di Catilina, scoperti dal console e chiamati in Senato, furono dati in custodia a diversi senatori».

⁷ Così J. V. HAYES, *Contracts to Indemnify Bail in Criminal Cases*, cit., p. 388 come citato anche da V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia penale*, raccolti da A. GIARDA - G. SPANGHER - P. TONINI, vol. 74, Cedam, 2016, p. 4. Cfr. T. WOOD, *Institute of Civil Law*, (1721), The Lawbook Exchange, 2007; S. P. SCOTT, *The Civil Law*, The Central Trust Company, 1932.

⁸ Cfr. K. X. METZMEIER, *Preventive Detention: A Comparison of Bail Refusal Practices in the United States, England, Canada and Other Common Law Nations*, in *Pace International Law Review*, 1996, n. 8, p. 400. Cfr. V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 6.

⁹ Cfr. T. R. SCHNACKE, *A Brief History of Bail*, in *Judges' Journal*, vol. 57, 2018, n. 2, p. 5.

¹⁰ *Ibidem*.

attesa del processo ¹¹, il colpevole doveva versare alla vittima a titolo garantistico-risarcitorio in cambio della libertà e la non applicazione della regola del ‘*body for body*’ ¹². Lentamente, questo sistema si affinò ed iniziò a coinvolgere anche i membri della famiglia del colpevole i quali si offrivano come garanti (*sureties*) per il comportamento dell’imputato e, comunque, per il pagamento del *wergeld*, in caso di mancata comparizione ¹³. Si trattava della prima apparizione dell’istituto della malleveria ¹⁴.

Si giunse, dunque, al consolidamento dell’istituto del *bohr* che assunse una dimensione ancora più ampia, anche oltre quella familiare. Precisamente, il colpevole poteva ottenere la libertà, versando egli stesso il *wergeld* ovvero facendosi garantire da un *surety* che diveniva suo carceriere e assicurava alla famiglia della vittima «*the appearance of the accused that he may suffer the consequences of his crime*» ¹⁵. Infatti, semmai il garante non avesse fatto comparire l’accusato davanti al suo *ordeal*, la famiglia della vittima avrebbe esatto – se non già versato – il *wergeld* dal *surety* e la somma trattenuta quale risarcimento del danno subito ¹⁶. Si era creato, pertanto, un rapporto d’assoluta equivalenza tra

¹¹ Cfr. J. CARBONE, *Seeing Through the Emperor’s New Clothes: Rediscovery of Basic Principles in the Administration of Bail*, in *Syracuse Law Review*, 1983, n. 34, p. 520 sottolinea come nel diritto anglosassone il diritto penale fosse assimilabile al diritto civile. Dunque, si potrebbe definire il *wergeld* come una sorta di ‘provvisoriale’ da versare a garanzia del risarcimento in favore della vittima, seppur ancora in attesa di un processo e, quindi, in assenza dell’accertamento della sussistenza del diritto presupposto. Sulla complete assimilazione del diritto penale al diritto civile v. F. POLLOCK - F. W. MAITLAND, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Cambridge University Press, 1898, p. 48 secondo cui «*[t]he only punishments, in the proper sense, generally applicable to freeman, were money fines, and death in the extreme cases where redemption with a money fine was not allowed*».

¹² Cfr. J. CARBONE, *Seeing Through the Emperor’s New Clothes: Rediscovery of Basic Principles in the Administration of Bail*, cit., p. 517; W. F. DUKER, *The Right to Bail: A Historical Inquiry*, in *Albany Law Review*, 1977-1978, n. 42, p. 33; E. DE HAAS, *Antiquities of Bail: Origin and Historical Development in Criminal Cases to the Year 1275*, AMS Press, 1966, p. 3 ss.

¹³ Cfr. T. R. SCHNACKE, *A Brief History of Bail*, cit., p. 5.

¹⁴ Per approfondimenti sull’odierno uso del termine malleveria v. [cap. IV, §5](#) in nota 69.

¹⁵ E. DE HAAS, *Concepts of the Nature of Bail in English and American Criminal Law*, in *The University of Toronto Law Journal*, vol. 6, 1946, n. 2, p. 387

¹⁶ Cfr. F. LIEBERMANN, (voce) *Bürgschaft*, in *Die Gesetze der Angelsachsen*, Cambridge University Press, 2015, p. 332.

cauzione e sanzione pecuniaria, in linea con una concezione privatistica della pena¹⁷.

Probabilmente, però, l'abbandono della legge del *body for body* in favore del *bohr* non fu immediato. In particolare, è immaginabile che, almeno in origine, il *surety* – che garantiva alla famiglia della vittima la consegna del colpevole senza il previo versamento del *wergeld* – in caso di mancata presentazione del colpevole garantito, prendesse il suo posto, vedendosi applicare la legge del *body for body*¹⁸. A supporto di tale ricostruzione, la dottrina richiama la «*ancient practice of giving hostages*» da cui lo stesso *bail* deriverebbe¹⁹. È bene notare, però, che altra parte della dottrina ha mostrato perplessità circa questa interpretazione del *body for body* in questa fase storica, considerando più probabile che, in caso di mancata comparizione del colpevole garantito, la sanzione comminata consistesse solamente in «*pecuniary damages, which sometimes were very heavy*»²⁰.

Con l'arrivo dei Normanni in Inghilterra nel 1066, l'istituto del *bohr* mantenne la sua funzione principale di *pledge* ma scomparve quella risarcitoria del *wergeld*. Dunque, contestualmente alla nascita di un vero e proprio sistema di giustizia penale pubblicistica, venne meno la possibilità di 'pagare le pene'. Difatti, il *wergeld*, fatto salvo delle «*least serious offences*», venne sostituito con pene corporali e con la reclusione, mentre l'amministrazione della giustizia penale divenne rapidamente 'cosa pubblica'²¹.

Come suggerisce Adhèmar Esmein, in questo periodo il processo, similmente all'antica procedura penale francese, era divenuto lo scenario del c.d.

¹⁷ In particolare, J. CARBONE, *Seeing Through the Emperor's New Clothes*, cit., p. 520 definisce il *bail* degli anglosassoni «*the last entirely rational application of bail*». Difatti, posto che l'ammontare della cauzione e della potenziale pena pecuniaria applicabile era identico, l'effetto di una fuga del colpevole «*would have been a default judgment for the amount of the bot*». Inoltre, era prevista una forma di ostracismo secondo cui chi fuggiva era tagliato fuori dalla comunità civile e stigmatizzato come 'outlaw'. Cfr. F. POLLOCK - F. W. MAITLAND, *The History of English Law*, cit., p. 580-81.

¹⁸ Cfr. W. S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, Little Brown, 1924, p. 525. Cfr. O. W. HOLMES, *The Common Law*, Little Brown, 1881, p. 250; F. POLLOCK - F. W. MAITLAND, *The History of English Law*, cit., p. 589; E. DE HAAS, *Concepts of the Nature of Bail*, cit., p. 385.

¹⁹ O. W. HOLMES, *The Common Law*, cit., p. 240 ss ma anche F. LIEBERMANN, (voce) *Angelsachsen*, in *Die Gesetze*, cit., p. 285.

²⁰ J. V. HAYES, *Contracts to Indemnify Bail in Criminal Cases*, cit., p. 388 che condivide il pensiero di A. ESMEIN, *History of Continental Criminal Procedure*, The Lawbook Exchange, 1913, p. 69.

²¹ J. CARBONE, *Seeing Through the Emperor's New Clothes*, cit., p. 521.

wager of battle, ossia il luogo di scontro tra accusato ed accusatore, in occasione del quale entrambi gli attori processuali venivano imprigionati e potevano essere liberati su cauzione, con l'impegno di comparire in giudizio per il confronto²². Inoltre, se una delle parti in giudizio non fosse comparsa, nessuna controparte avrebbe potuto trattenere la cauzione. In caso di malleveria, invece, se il *surety* non presentava in giudizio la persona in sua custodia, lo stesso era tenuto a versare la cauzione e a pagare una sanzione pecuniaria aggiuntiva (c.d. *amercement*)²³.

Posta l'assenza del *wergeld*, tutte le somme derivanti dal *pledge* e dal *amercement* venivano, ovviamente, incamerate dallo 'Stato' attraverso gli *Sheriffs* delle Contee che, a seguito dell'Assize di Clarendon del 1166, amministravano la giustizia in qualità di rappresentanti della Corona²⁴. Addirittura, il potere di concedere il *bail* divenne un obbligo, per alcuni reati minori, a seguito dell'emanazione del '*writ de homine replegiando*'. Si trattò del primo '*writ of liberty*' che «*actually established the first written list of nonbailable offenses*»²⁵.

Ciò, però, pose le basi per la formazione di abusi nell'uso del *bail* da parte degli *Sheriffs* che profittavano della cauzione per ottenere illeciti guadagni. In particolare, gli *Sheriffs* detenevano ingiustificatamente imputati *bailable* fino al pagamento della cauzione e rilasciavano detenuti *unbailable* a fronte del pagamento di ingenti somme di denaro²⁶. Dunque, al fine di contrastare queste pratiche scorrette e non volendo rinunciare ad un importante strumento di libertà come il *bail*, venne emanato, nel 1275, lo *Statute of Westminster* con cui venne ridimensionata la discrezionalità degli *Sheriffs* nella concessione del *bail* e vennero

²² A. ESMEIN, *History of Continental Criminal Procedure*, cit. p. 71.

²³ Invero, già nel diritto anglosassone vi erano «*monetary consequences [...] when the accused [had failed] in his obligations*» ma, mentre nel diritto previgente era prevista una "*fixed tariff*", nel diritto normanno la sanzione era variabile ed assolutamente arbitraria. Solo con la *Coronation Charter* (o *Charter of Liberties*) di Enrico I del 1100 venne ripristinato il vecchio regime sanzionatorio. Cfr. J. JR. GOEBEL, *Felony and Misdemeanor: A study in the History of English Criminal Procedure*, vol. 1., The Commonwealth Fund, 1937, p. 384.

²⁴ Cfr. C. FIORIO, *Il bail nel sistema inglese*, in AA. VV., *Le fragili garanzie della libertà personale: per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno annuale dell'Associazione fra gli studiosi del diritto penale "G. Pisapia", Trento, 11-13 ottobre 2013, vol. 24, a cura di F. RUGGIERI, Giuffrè, 2014, p. 2.

²⁵ W. F. DUKER, *The Right to Bail*, cit., p. 44.

²⁶ Cfr. T. R. SCHNACKE, *A Brief History of Bail*, cit., p. 5.

codificate le già esistenti regole di *common law*²⁷. Precisamente, lo Statuto indicò due criteri guida. Il primo riguardava la definizione precisa dei reati *bailable* e *unbailable* sulla base delle pene per essi previste. Infatti, da un lato, tutti i reati «*for which a Man shall not lo[s]e Life or Member*» erano *bailable*, mentre, dall'altro lato, tutti i tredici reati – elencati seguendo un'impostazione casistica – resi *unbailable* dallo statuto erano puniti con pene corporali se non con la pena capitale²⁸. Il secondo e più innovativo criterio riguardava, invece, l'eliminazione della presunzione di colpevolezza. Lo *Scheriff*, infatti, doveva preliminarmente verificare sia la gravità dei fatti addebitati sia l'esistenza di indizi di colpevolezza²⁹. In definitiva, lo Statuto di Westminster fu il primo '*bail/no bail scheme*' che concepì il *bail* quale «*mirror [of] the outcome of the trial*» in cui il criterio standard da seguire era: «*the seriousness of the offense offset by the likelihood of acquittal*»³⁰.

Rimase immutato anche l'istituto della malleveria secondo cui i terzi potevano divenire garanti dell'interessato obbligandosi a pagare una somma di denaro nel caso di una sua mancata comparizione in giudizio³¹. L'unica vera differenza rispetto al passato, infatti, fu la scomparsa della distinzione tra *mainprize* e *bail*. Pertanto, lo Statuto trovava applicazione, tanto nel caso in cui il garante si impegnava esclusivamente a pagare una somma in denaro in caso di mancata comparizione, quanto nel caso in cui il garante, avendo in custodia il soggetto rilasciato, fosse anche il suo carceriere³².

²⁷ J. CARBONE, *Seeing Through the Emperor's New Clothes*, cit., p. 523-524 sottolinea che «*the emphasis on the right to bail, however, has obscured modern analysis of the Statute of Westminster. In enacting the law, Parliament sought not to liberalize bail practice, but to codify existing law in order to ensure greater certainty in its administration and to protect bailable prisoners from the abuses of the sheriffs*».

²⁸ *Ivi*, p. 525.

²⁹ In particolare, lo *Scheriff* doveva indagare: sull'affidabilità degli indizi a carico dell'accusato – quale l'essere stato colto in flagrante, l'aver confessato, l'esistenza di una testimonianza a carico –, non essendo più sufficiente il semplice sospetto (*light suspicion*); sul comportamento della persona se indicativo di colpevolezza o meno – quale l'aver tentato la fuga, l'aver l'esistenza di precedenti crimini o semplicemente la fama di malfattore (*ill fame*). Cfr. J. CARBONE, *Seeing Through the Emperor's New Clothes*, cit., p. 526.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Si veda per tutti A. DE VITA, *Bail*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, cit., p. 413; E. DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, Giappichelli, 2009, p. 30-31; C. FIORIO, *Il bail nel sistema inglese*, cit., p. 220. Per altri riferimenti bibliografici cfr. V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 9.

³² J. V. HAYES, *Contracts to Indemnify Bail in Criminal Cases*, cit., p. 387.

Lo *Statute of Westminster* ebbe grande fortuna nel tempo, avendo trovato applicazione fino al 1826. Il Parlamento, infatti, necessitò solamente di aggiungere volta per volta garanzie al *bail process*, che rimaneva sempre incerto per quanto atteneva la latitudine applicativa dei criteri di ‘*light suspicion*’ e ‘*ill fame*’ da parte dei *justices of the peace*³³. Per far fronte a queste esigenze, nel 1486, il Parlamento impose, con il *Taking of Bail by Justices Act*, che il provvedimento di liberazione del detenuto o di consegna al suo *gaol* fosse approvato da due *justices of the peace*, in luogo di uno solo; sebbene solo successivamente, nel 1554, con il *Criminal Law Act*, si stabilì che ad emettere il provvedimento di *bail* provvedessero entrambi i *justices of the peace* in ‘*open session*’, tenendo traccia dell’esame dei detenuti, delle dichiarazioni dei testimoni e delle prove presentate prima della deliberazione³⁴.

Il secolo successivo fu, invece, protagonista di importanti innovazioni normative riconducibili all’opposizione del Parlamento alla politica degli *Stuart* (filocattolici e di origine scozzese) che tentarono, senza successo, di ristabilire l’assolutismo regio già vissuto sotto la dinastia dei *Tudor*³⁵. Nel 1628, venne approvata la *Petition of Rights* che impose la motivazione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale. All’origine di questo provvedimento vi era un precedente del 1627 noto come ‘*Darnel’s Case*’ o ‘*The Five Knights’ Case*’ e definito dagli storici «*the greates cause [...] ever knew*»³⁶. In tale occasione, infatti, cinque cavalieri furono arrestati per essersi opposti ad un prestito, imposto da Carlo I, perché carente dell’approvazione parlamentare e, sebbene avessero richiesto di avvalersi del diritto di *habeas corpus*, questo gli venne negato dal *King’s Bench*, in quanto detenuti per speciale *mandatum domini regi*³⁷. Questo precedente scatenò la reazione del Parlamento che approvò la *Petition of Rights* in cui, tra le tante garanzie, all’art. 4 disponeva «*No man, of what estate or condition that he be, should be put out of this land or tenements, nor taken, nor imprisoned, nor*

³³ Intorno al XIV secolo, infatti, i *justices of the peace* avevano preso il posto degli *Sherrifs* nell’amministrazione della giustizia. Cfr. J. CARBONE, *Seeing Through the Emperor’s New Clothes*, cit., p. 527.

³⁴ Cfr. *ivi*, p. 527-528; E. DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, cit., p. 31; C. FIORIO, *Il bail nel sistema inglese*, cit., p. 2.

³⁵ Cfr. V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 10.

³⁶ Così R. J. SHARPE, *The Law of Habeas Corpus*, 3ª ed., Oxford University Press, 2011, p. 7.

³⁷ Cfr. V. PATANÈ, *Il Writ di Habeas Corpus*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, n. 1, p. 169.

disinherited, nor brought to death without being brought to answer by due process of law». Inoltre, venne stabilito che nessuno avrebbe potuto essere imprigionato «*without any cause showed*», cioè in assenza di una ‘giusta causa dimostrata’ e venne conservata la distinzione tra reati *bailable e non-bailable* ³⁸.

Benché Carlo I avesse accettato la *Petition*, egli continuò a governare ignorando il Parlamento e legiferando attraverso le *Prerogative Courts*. Nel 1641, pertanto, vennero messi in stato di accusa i collaboratori del sovrano e venne approvato il primo *Habeas Corpus Act* che aboliva le *Prerogative Courts* (ed in particolare la *Star Chamber*) ³⁹. Inoltre, venne stabilito che, anche nei casi di *mandatum domini regi*, tutti i detenuti avevano diritto ad avere accesso al *writ of habeas corpus* a tutela della propria libertà personale; che il ‘carceriere avrebbe dovuto riferire alla Corte «*the true cause of imprisonment*» entro tre giorni e che quest’ultima avrebbe poi dovuto deliberare sulla concessione del *bail* entro i successivi tre giorni ⁴⁰.

Ciononostante, sia la *Petition of Right* che l’*Habeas Corpus Act* del 1641 non erano ancora sufficientemente adeguati a proteggere le persone da arbitrarie detenzioni da parte del Re. Ne fu testimone un altro precedente, datato 27 giugno 1676, in occasione del quale un uomo di nome Francis Jenkes venne arrestato ed imprigionato per sedizione, perché in un suo discorso aveva invitato il re Carlo II a convocare un nuovo Parlamento. Jenkes tentò invano di ottenere il *bail* esercitando il proprio diritto di *habeas corpus* e riuscì ad essere liberato, dopo due mesi di reclusione, in forza di un processo informale che finalmente riconobbe l’inclusione del crimine di sedizione tra quelli *bailable*.

Vista la presenza di numerosi precedenti simili a quello di Jenkes, nel 1679, venne approvato un altro *Habeas Corpus Act* con cui il Parlamento mostrò il proprio disappunto circa il perdurante diniego del *bail* a persone che erano detenute in forza di un provvedimento regio e concesse maggior operatività e meno restrizioni all’uso

³⁸ Cfr. V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 12.

³⁹ Cfr. E. DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, cit., p. 73. Cfr. V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 13.

⁴⁰ Cfr. S. R. WISEMAN, *Discrimination, Coercion, and the Bail Reform Act of 1984: The Loss of the Core Constitutional Protections of the Excessive Bail Clause*, in *Fordham Urban Law Journal*, vol. 36, 2008, n. 1, p. 126. Cfr. W. S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, cit., p. 115; A. HIGHMORE, *A Digest of The Doctrine of Bail in Civil and Criminal Cases*, Cadell, 1791, p. 214.

del *writ of habeas corpus*⁴¹. Anche in questo caso, però, i giudici del Re riuscirono a superare il disposto testuale dell'*Act*, continuando a privare della libertà le persone detenute con un provvedimento regio. Il *modus operandi* per raggiungere il fine elusivo era quello di imporre una cauzione tanto elevata da non permettere al *defendant* o ad un *surety* di onorarla. Come riportato in dottrina «*[with the] excessive bail, the judges had made the Habeas Corpus Act inoperative with respect to those prisoners whom the King did not want to release*»⁴².

Per sanare anche queste pratiche elusive, venne approvato nel 1689 il *Bill of Rights* che all'art. 10 recita: «*excessive Bail ought not to be required, nor excessive Fines imposed; nor cruel and unusual Punishments inflicted*», ribadendo e rinforzando l'impostazione garantistica dell'*Habeas Corpus Act*⁴³. Il divieto di cauzioni eccessive, infatti, avrebbe facilitato l'individuazione di un *surety* che, fino al tardo Ottocento, non erano obbligati al previo versamento della cauzione ma solamente obbligati ad impegnarsi a versarla nel caso in cui il soggetto sottoposto a *bail* non fosse comparso⁴⁴.

Nei secoli successivi, ogni riforma al *right to bail*, fino all'ultima del *Policing and Crime Act* del 2017, ha operato seguendo queste garanzie fondamentali quali linee guide per evitare l'insorgere di casi di detenzione illegittima. Precisamente, nota Caleb Foote, le garanzie al *right to bail* possono sintetizzarsi in: chiara e precisa distinzione tra reati *bailable* e reati *unbailable*; formulazione di un'accusa anch'essa chiara e precisa; procedure semplici per accedere al diritto di *habeas corpus* e, infine, divieto di imposizione di cauzioni eccessive⁴⁵. Proprio quest'ultimo profilo – come si vedrà a breve – è entrato a far parte della Costituzione degli Stati Uniti nell'VIII emendamento, aprendo anche un dibattito,

⁴¹ Cfr. S. R. WISEMAN, *Discrimination, Coercion, and the Bail Reform Act of 1984*, cit., p. 126.

⁴² H. H. MEYER, *Constitutionality of Pretrial Detention (Part I)*, in *Georgetown Law Journal*, vol. 60, n. 6, 1972, p. 1389.

⁴³ Cfr. S. R. WISEMAN, *Discrimination, Coercion, and the Bail Reform Act of 1984*, cit., p. 127.

⁴⁴ Cfr. T. R. SCHNACKE, *Money as a Criminal Justice Stakeholder: The Judge's Decision to Release or Detain a Defendant Pretrial*, in *National Institute of Corrections*, 2014, p. 22.

⁴⁵ C. FOOTE, *The Coming Constitutional Crisis in Bail: I*, in *The University of Pennsylvania Law Review*, vol. 113, 1965, n. 7, p. 967; Cfr. T. R. SCHNACKE - M. R. JONES - C. M. B. BROOKER, *The History of Bail and Pretrial Release*, in *Pretrial Justice Institute*, 2010, p. 4; V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 16-17.

tutt'ora vivo, circa il riconoscimento di un *right to bail* riconosciuto a livello costituzionale.

2. Il *bail* negli U.S.A. ed il dibattito sul riconoscimento costituzionale di un *right to bail*

In origine, le colonie americane accolsero integralmente le regole del *bail* inglese e amministrarono il processo sostanzialmente in maniera identica alla madrepatria⁴⁶. Ciononostante, il diritto delle colonie iniziò presto ad assumere tratti identitari propri, portando ad un «*American overlay*» con il diritto inglese⁴⁷.

Il primo *Act*, storicamente notevole sul punto, fu il *Body of Liberties*, adottato nel 1641 dal Massachusetts, che disponeva: «*No mans person shall be restrained or imprisoned by any Authority what so ever, before the Law hath sentenced him thereto, If he can put in sufficient securitie, bayle or mainprise, for his appearance, and good behavior in the meane time, unlesse it be Crimes Capital, and Contempts in open Court [i.e. legislature] doth allow it*». Con tale *Act*, il Massachusetts negò il *right to bail* solo a reati particolarmente gravi o ove fosse prevista la pena capitale, sostituendo, così, il diritto positivo alla discrezionalità dei *magistrates* circa le decisioni sulla concessione del *bail*⁴⁸.

Lo stesso schema del *Body of Liberties* si presentò, nel 1682, nella Costituzione della Pennsylvania in cui si prevedeva, previa prestazione di una garanzia, un *right to bail* per tutti i reati non puniti con la pena capitale ed in assenza di gravi indizi di colpevolezza⁴⁹.

Similmente, nel 1683, venne approvata la *New York Charter of Liberties and Privileges*, nel 1776, la *Declaration of Rights* del North Carolina e, nel 1787, la *Northwest Ordinance*⁵⁰. Quest'ultima è di particolare interesse perché precisò che

⁴⁶ T. R. SCHNACKE - M. R. JONES - C. M. B. BROOKER, *The History of Bail*, cit., p. 4; T. R. SCHNACKE, *Money as a Criminal Justice Stakeholder*, p. 24.

⁴⁷ T. R. SCHNACKE, *A Brief History of Bail*, cit., p. 6.

⁴⁸ C. FOOTE, *The Coming Constitutional Crisis in Bail*, cit., p. 975; L. I. APPLEMAN, *Justice in the Shadowlands: Pretrial Detention, Punishment, & Sixth Amendment*, in *Washington and Lee Law Review*, 2012, n. 69, p. 1324-1325

⁴⁹ C. FOOTE, *The Coming Constitutional Crisis in Bail*, cit., p. 975.

⁵⁰ Cfr. S. DIAMOND - L. E. BOWMAN - M. WONG - M. M. PATTON, *Efficiency and Cost: The Impact of Videoconferenced Hearings on Bail Decisions*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 100, 2010, n. 3, p. 872; C. FOOTE, *The Coming Constitutional Crisis in Bail*, cit., p. 974-975; T.

il *bail* non potesse prevedere ammende eccessive né pene disumane, imponendo, dunque, come criterio di determinazione della cauzione, il principio di ragionevolezza⁵¹.

Secondo parte della dottrina – che ha interpretato il pensiero del celebre storico Caleb Foote – promotore di quest'ondata di riforme garantistiche fu il fatto che il diritto della Pennsylvania e del Massachusetts erano connotati da «maggiore umanità e mitezza»⁵². In realtà, quest'interpretazione del pensiero di Caleb Foote è solo parzialmente condivisibile, perché rischia di dare un'immagine distorta del contesto storico-giuridico in cui tali *Acts* sono sorti. Precisamente, prendendo ad esempio lo Stato del Massachusetts, Foote ammonisce che il *Body of Liberties* «*should not be overdrawn*» perché, se da un lato è vero che tale statuto deviò e liberalizzò il *bail*, dall'altro lato il diritto penale coloniale era tutt'altro che mite e conosceva ancora numerosi reati *unbailable* perché puniti con la pena capitale⁵³. Tale precisazione sembra opportuna anche per poter tentare di comprendere, come si vedrà *infra*, perché nella Costituzione americana non sia stato introdotto esplicitamente e con chiarezza un *right of bail*. Gli Stati che compongono la federazione statunitense, infatti, hanno voluto mantenere il potere di scegliere i reati *bailable/unbailable*, al fine di evitare, in tal modo, di dover rendere la propria cornice giuridica – questa volta veramente – più mite ed umana di quanto ritenuto opportuno e necessario.

L'influenza delle riforme in New York, North Carolina, Massachusetts e Pennsylvania fu forte nella legislazione della Virginia, tanto che, nel 1776, ivi si intraprese un'opera di revisione della normativa interna al fine di renderla conforme con i principi repubblicani. A tal uopo, venne delegata una commissione della quale

R. SCHNACKE, *Money as a Criminal Justice Stakeholder*, cit. p. 2; V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 18.

⁵¹ Cfr. C. FOOTE, *The Coming Constitutional Crisis in Bail*, cit., p. 987

⁵² Così V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 17 nel riportare le parole di Caleb Foote in C. FOOTE, *The Coming Constitutional Crisis in Bail*, cit., p. 978.

⁵³ C. FOOTE, *The Coming Constitutional Crisis in Bail*, cit., p. 981. In particolare, G. L. HASKINS, *Law and Authority in Early Massachusetts: A Study in Tradition and Design*, University Press of America, 1960, p. 145 elencati i reati di «*idolaty, witchcraft, blasphemuy, estiality, sodomy, adultery, rape, man stealing, treason, false witness with intent to take life, cursing or smiting a parent, and homicide committed with malice prepense, by guile or poisoning, or suddenly in...anger or cruelty or passion*».

fece parte lo stesso Thomas Jefferson, uno dei padri fondatori degli Stati Uniti d’America⁵⁴. Precisamente, si iniziò a lavorare su due progetti di riforma: uno, volto a rendere *bailable* tutti i reati non puniti con la pena capitale, l’altro, inteso a modificare le sanzioni per i reati puniti con la pena capitale. Dei due progetti, però, venne approvato (nel 1785) – per opera di Madison – solo il primo che riconosceva il *right to bail*, sebbene con limitazioni circa la sua latitudine applicativa⁵⁵. Di conseguenza, molte Costituzioni statali iniziarono a prevedere un *right to bail*, sovente prendendo come esempio la *Northwest Ordinance* secondo cui: «*all person shall be bailable, unless for capital offenses, where the proof shall be evident or the presumption great*». Dopo l’unificazione del 1789, infatti, quasi tutti gli Stati americani avevano provveduto a garantire un *right to bail* ai propri cittadini⁵⁶.

A livello federale, la discussione sul *right to bail* fu portata innanzi al primo Congresso nel 1789 con due pacchetti di riforma normativa che prevedevano, tra le tante innovazioni: la clausola di divieto di cauzioni eccessive (VIII emendamento) e l’estensione del *bail* a tutti i reati non puniti con la pena capitale (*Judiciary Act*). Per entrambi i progetti, nota Caleb Foote, vi fu un’aspra opposizione per la ritrosia alla formazione di un sistema di *lower federal courts* ma non vi è traccia «*of any deliberate congressional intention to exclude a right to bail*»⁵⁷. In particolare, il *Judiciary Act* si ispirò allo *Statute of Westminster* ed alla Costituzione della Pennsylvania, potendosi leggere alla *section 33*: «*And upon all arrests in criminal cases, bail shall be admitted, except where the punishment shall be death, in which cases it shall not be admitted but by the supreme or a circuit court, or by a justices of the supreme court, or a judge of a district court, who shall exercise their*

⁵⁴ Come suggerito da C. FOOTE, *The Coming Constitutional Crisis in Bail*, cit., p. 976, per approfondimenti sui lavori della Commissione v. J. P. BOYDE, *The Papers of Thomas Jefferson*, Princeton University Press, 1950, p. 305-665.

⁵⁵ Cfr. C. FOOTE, *The Coming Constitutional Crisis in Bail*, cit., pp. 975-977; V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 19.

⁵⁶ Cfr. L. I. APPLEMAN, *Justice in the Shadowlands*, cit., p. 1327; V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 20 precisa che il *right to bail* ebbe la forza di resistere anche alle riforme del XIX secolo che investirono le Carte costituzionali statali. D’altronde, non prevedendo la Costituzione americana, esplicitamente e in maniera inequivoca, il *right to bail*, diventa necessario mantenere questa previsione nel diritto interno degli Stati.

⁵⁷ C. FOOTE, *The Coming Constitutional Crisis in Bail*, cit., p. 975-972.

*discretion therein, regarding the nature and circumstances of the offence, and of the evidence, and the usages of law»*⁵⁸.

Ciononostante, come anticipato *supra*, non passa inosservato che il *right to bail* sia stato inserito in uno statuto (*Judiciary Act*) ma non nella Costituzione americana. Tale situazione è stata definita metaforicamente da Caleb Foote «*like a three-legged stool*» in cui, nel processo di conversione del patrimonio normativo-statutario in principi costituzionali, gli americani «*left off one of the legs*»⁵⁹. Questo è il cuore del problema della Costituzione federale. Infatti, da un lato, il diritto d'*habeas corpus* e il divieto di imposizione di cauzioni eccessive hanno trovato rispettivamente dimora nell'art. 1, s. 9 della Costituzione e nell'VIII emendamento, mentre, dall'altro, lo stesso diritto a ricorrere al *bail* è stato totalmente dimenticato e, dunque, omesso dalla Carta fondamentale statunitense⁶⁰. Pertanto, staccato dal *background* storico-normativo, l'VIII emendamento⁶¹ oggi rappresenta «*the most ambiguous language in the Bill of Rights*» cui è possibile dare almeno tre interpretazioni⁶². Seguendo una prima linea interpretativa, dall'VIII emendamento deriverebbe solo il divieto di imporre cauzioni eccessive nei casi in cui la legge definisca un reato *bailable* ma non anche, *ex se*, un generale *right to bail*. In tal caso, però, la previsione costituzionale non opererebbe autonomamente ma come mero ausiliare della disciplina statutaria. Ciò, implica che il Congresso, semplicemente non ammettendo un *right to bail*, potrebbe negare a suo piacimento un diritto fondamentale. Una concezione, nota Foote, che costituirebbe una «*anomaly in the American Bill of Rights whose central concern was protection against abuse by Congress*»⁶³, anche alla luce del fatto che le altre clausole dell'VIII emendamento sono state tradizionalmente interpretate al fine di

⁵⁸ Cfr. L. I. APPLEMAN, *Justice in the Shadowlands*, cit., p. 1326; S. DIAMOND - L. E. BOWMAN - M. WONG - M. M. PATTON, *Efficiency and Cost: The Impact of Videoconferenced Hearings on Bail Decisions*, cit., p. 872; C. FOOTE, *The Coming Constitutional Crisis in Bail*, cit., p. 987; T. R. SCHNACKE - M. R. JONES - C. M. B. BROOKER, *The History of Bail*, cit., p. 5; S. R. WISEMAN, *Discrimination, Coercion, and the Bail Reform Act of 1984*, cit., p. 130; V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 20.

⁵⁹ C. FOOTE, *The Coming Constitutional Crisis in Bail*, cit., p. 968.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ L'VIII emendamento recita: «*excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*».

⁶² C. FOOTE, *The Coming Constitutional Crisis in Bail*, cit., p. 969.

⁶³ *Ibidem*.

proteggere i diritti fondamentali da possibili abusi legislativi ma non anche dalla discrezionalità (*rectius*: arbitrarietà) giudiziaria. Infine, questa interpretazione lascerebbe l'emendamento privo di *ratio*, in assenza della legislazione che integri la finalità del *right to bail*, obbligando i singoli Stati a prevedere un *right to bail*. Date le innumerevoli perplessità appena esposte, altre interpretazioni all'VIII emendamento sono preferibili ⁶⁴.

Una seconda possibile lettura indica che la clausola di divieto di cauzioni eccessive, in assenza di restrizioni statutarie o costituzionali, permette di negare il *bail* secondo la discrezionalità della Corte ⁶⁵. Anche quest'interpretazione, però, presta il fianco a critiche perché non garantisce una tutela effettiva avverso possibili abusi da parte delle Corti. Inoltre, ridurrebbe la clausola di divieto ad un «*pius platitudo*» cioè ad una mera formalità. Situazione difficilmente pensabile alla luce dell'impegno profuso dai padri estensori dell'VIII emendamento (George Mason e James Madison) ⁶⁶.

Resta, dunque, una terza interpretazione che considera il divieto di cauzioni eccessive quale clausola che implicitamente garantisce il *right to bail*, alla luce della «*necessary implication*» ⁶⁷ e dell'evoluzione storica dell'VIII emendamento. Infatti, come chiarito nella sentenza *United States vs Motlow*, quest'ultima previsione «*would be futile if magistrates were left free to deny bail*» ⁶⁸. Ciononostante, rimane il dubbio circa il fine di quest'indefinito diritto. Non è chiaro, infatti, se esso possa trovare applicazione nei casi di pena capitale o per particolari e pericolosi reati. Un altro ostacolo testuale risiede nell'incomprensibilità del perché, ove l'intenzione fosse stata quella di introdurre un *right to bail*, i padri costituenti non l'abbiano esplicitato, tenuto anche conto che, al tempo dell'approvazione dell'VIII emendamento, erano già state varati, tra i tanti, il *Massachusetts Body of Liberties* e il *Northwest Ordinance*. Per queste ragioni, e condivisibilmente, altra parte della dottrina ha negato l'esistenza di un

⁶⁴ Cfr. *ibidem*.

⁶⁵ Si vedano i casi *U.S. Supreme Court, Carlson vs Landon*, 342 U.S. 524 (1952); *U.S. Supreme Court, Konigsberg vs State Bar of California*, 366 U.S. 36 (1961).

⁶⁶ C. FOOTE, *The Coming Constitutional Crisis in Bail*, cit., p. 969.

⁶⁷ *Ivi*, p. 170.

⁶⁸ *U.S. Supreme Court, United States, vs Motlow*, 10 F.2d 657 (1926).

right to bail costituzionalmente riconosciuto ⁶⁹. La questione ermeneutica, comunque, è attenuata dal fatto che tutti gli Stati americani sono oggi provvisti di un *Act* che indica i reati *bailable/unbailable*.

3. La disciplina del *bail* in Inghilterra. Dal *Metropolitan Police Act (1829)* al *Policing and Crime Act 2017 (PCA)*

3.1. L'evoluzione normativa del *police bail* e la disciplina dello *street bail*

Nel diritto inglese, il potere di rilasciare *on bail* una persona sospettata di un crimine non è mai stato prerogativa esclusiva dell'autorità giudiziaria. Infatti, la polizia inglese era solita applicare il *bail* agli arrestati già prima che il *Metropolitan Police Act* del 1829 gliene conferisse formalmente il potere ⁷⁰.

Ancora oggi, sia la polizia che l'organo giudicante possono applicare il *bail* in tutte le fasi e in tutti i gradi del procedimento ⁷¹. Precisamente, si distinguono il *police bail* e il *court's bail*. Il *police bail* identifica il *bail* applicato dalla *police* prima o dopo la formulazione di un capo di imputazione (*charge*) – ossia, rispettivamente, il *pre-charge bail (PCB)*, a sua volta contraddistinto in *bail from*

⁶⁹ Così esordisce C. KALHOUS - J. MERINGOLO, *Bail Pending Trial: Changing Interpretations of The Bail Reform Act and the Importance of Bail from Defense Attorneys' Perspectives*, in *Pace Law Review*, vol. 32, 2012, n. 3, p. 800. Si veda anche J. CARBONE, *Seeing Through the Emperor's New Clothes*, cit., p. 533. Cfr. V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 137 ss.

⁷⁰ E. CAPE - R. EDWARDS, *Police Bail Without Charge: The Human Rights Implications*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 69, 2010, n. 3, p. 531, sottolinea che è sempre esistita una forma di *statutory bail* disponibile alla *police*, anche perché, come chiarito nel caso *Williamson v Chief Constable of the West Midlands* [2003] EWCA Civ 337 «*police have no common law power to grant bail*». Inoltre, la concessione di maggiori poteri alla polizia inglese fu influenzata dal contesto caotico che circondò l'approvazione delle *Metropolitan Police*. Fino ad allora, infatti non vi era una precisa demarcazione tra competenze della *police* e delle *courts*. Tale situazione indusse il Parlamento ad approvare il *MPA* che attribuì alla *police* il potere di applicare il *bail* ai soggetti detenuti, in orari notturni, in una *watch-house*, subordinando la misura all'obbligo di comparizione davanti la *Magistrates' Court* il giorno successivo (C. PETERSDORF, *A Practical Treatise on the Law of Bail in Civil and Criminal Proceedings*, Butterworth, 1824, p. 502 s). Tuttavia, il potere di *release on bail* era limitato negli orari notturni, portando spesso a detenzioni non necessarie specie nei giorni festivi. Pertanto, nel 1837, i Commissariati delle *Metropolitan Police* fecero notare questa lacuna al *House of Commons Select Committee* che, a sua volta, raccomandò di estendere il potere della *police* di *release on bail*.

⁷¹ Cfr. C. FIORIO, *Il bail nel sistema inglese*, cit., p. 220 e, per altri riferimenti bibliografici, V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 9.

custody e *street bail*, e il *post-charge bail*. Il *court's bail*, invece, come intuibile, è adottato dal giudice in udienza ⁷².

Riguardo al *police bail*, per lungo tempo è stato applicabile solo a seguito della formulazione di un capo di imputazione (*charging*) a carico del *suspect*, al fine di garantire la comparizione in udienza dell'imputato. Infatti, solo con l'avvento, nel 1925, del *Criminal Justice Act* si conferì alla *police* il potere di *release on bail* anche prima del *charging*. La ragione di tale estensione, si nota in dottrina, sarebbe stata la percezione del *bail* «*as a safeguard of liberty and freedom*» ⁷³. Presto, però, il *bail* divenne oggetto di facili strumentalizzazioni, se non abusi, da parte della *police*, portando a numerosi casi di ingiustizia ⁷⁴. Tra i tanti, è celebre il caso di Mandy Rice-Davies che fu arrestata ingiustamente e poi rilasciata su cauzione per £1.000, al fine di poter assicurare la sua presenza in qualità di testimone al processo del noto medico Stephen Ward ⁷⁵. Il *police bail*, dunque, divenne presto «*a low level broad discretionary power which [was] largely uncontrolled*» ⁷⁶.

Al fine di limitare queste forzature nell'uso (*rectius*: abuso) del *pre-charge bail*, nel 1984 venne approvato il *Police and Criminal Evidence Act (PACE)*. In particolare, il *PACE* andava ad autorizzare il *custody officer* ad applicare il *bail* in assenza di *charging* solo in tre ipotesi. La prima è indicata nella *section 34(5) PACE*, secondo cui si può applicare il *bail* alla persona fermata che avrebbe dovuto essere rilasciata in libertà ai sensi della s. 34(2) *PACE* ⁷⁷. La seconda è prevista

⁷² R. ATKINSON, *Suspect's rights and pre-charge bail*, in www.law.leeds.ac.uk, 17 giugno 2015 (accesso: settembre 2019).

⁷³ Così *The Law Times*, 12 settembre 1925, vol. 160, p. 189 riportato da E. CAPE - R. EDWARDS, *Police Bail Without Charge*, cit., p. 533.

⁷⁴ Così *ibidem* che rielabora i pochi dati storico-statistici riportati da A. K. BOTTOMLEY - K. PEASE, *Crime and Punishment: Interpreting the Data*, Open University Press, 1986, p. 66 e aggiunge, inoltre, una ricerca condotta dalla *Royal Commission on Criminal Procedure*, nel 1981, che ha rilevato che un terzo di tutti i sospettati rilasciati *on bail* non sono poi stati processati.

⁷⁵ Stephen Ward fu accusato di sfruttamento della prostituzione nel noto affare 'Profumo' – dal nome del Segretario di Stato John Profumo. Non venne mai condannato in quanto morì suicida prima che giungesse una sentenza. Cfr. H. STREET, *Freedom, the Individual and the Law*, Penguin, 1967, p. 26 s.; S. BOWES, *The Police and Civil Liberties*, Lawrence & Wishart, 1966, p. 146 s; E. CAPE - R. EDWARDS, *Police Bail Without Charge*, cit., p. 534.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ In particolare, secondo la s. 34(2) *PACE*: «*Subject to subsection (3) below, if at any time a custody officer - (a) becomes aware, in relation to any person in police detention, that the grounds for the*

dalla s. 37(2) *PACE* che consente l'applicazione del *bail* ove non vi siano sufficienti indizi per procedere al *charging* per il reato per il quale la persona fermata è stata arrestata e condotta presso la *police station*. Infine, nella s. 37(7)(b) *PACE*, è attribuito al *custody officer* il potere di applicare il *bail* come alternativa al *charging*, pur in sussistenza di indizi sufficienti per procedere al *charging* ⁷⁸.

Al di là dell'importante riforma sulle *conditions* – cui è dedicato autonoma trattazione *infra* ⁷⁹ – nei decenni a seguire non vi furono significative modifiche ai poteri del *bail*. Infatti, solamente nel 2003, con il *Criminal Justice Act (CJA)*, si tornò in maniera prorompente sul tema. Con questa riforma, in particolare, venne accolto l'invito governativo di rendere più efficienti le procedure investigative da parte della *police* inglese. Pertanto, venne introdotto il c.d. *street bail* nelle ss. 30A, 30B, 30C e 30D del *PACE* ⁸⁰, ossia l'istituto che permette alla *police*, ancora oggi, di applicare immediatamente il *bail* 'on street', evitando così di condurre l'arrestato presso la stazione di polizia. Nell'assetto normativo originario, lo *street bail* poteva essere concesso solamente quando l'ufficiale di polizia non riteneva che vi fossero estremi per protrarre la restrizione alla libertà personale, oppure nel caso in cui fosse stato necessario compiere immediatamente specifici atti d'indagine ⁸¹. Con le successive riforme, però, tale possibilità venne generalizzata ad ogni momento prima dell'arrivo presso la *police station* (s. 30A(2) *PACE*), subordinando la misura

detention of that person have ceased to apply; and (b) is not aware of any other grounds on which the continued detention of that person could be justified under the provision of this part of this Act, it shall be the duty of the custody officer, subject to subsection (4) below, to order his immediate release from custody».

⁷⁸ E. CAPE - R. EDWARDS, *Police Bail Without Charge*, cit., p. 536.

⁷⁹ Cfr. *infra*, in questo capitolo, §3.2.

⁸⁰ Cfr. E. CAPE - R. EDWARDS, *Police Bail Without Charge*, cit., p. 536. La riforma, infatti, fu la risposta al *white paper* governativo del *Justice for All*, in cui si espresse l'intenzione dell'esecutivo di dare «*greater trust and credibility*» al sistema processuale inglese. Inoltre, secondo A. HUCKLESBY, *Not necessarily a Trip to the Police Station: The Introduction of Street Bail*, in *Criminal Law Review*, 2004, p. 804, lo *street bail* può definirsi un valido strumento per ridurre i carichi lavorativi della polizia ed accrescere la «*police presence on the streets*» in quanto «*even the simplest case can tie up over 6 hours of police time*». Allo stesso tempo, lo strumento venne declamato come una misura a garanzia per i *suspects* che, tramite lo *street bail*, ottenevano la possibilità di contattare immediatamente e personalmente difensore e familiari.

⁸¹ Cfr. E. CAPE - R. EDWARDS, *Police Bail Without Charge*, cit., p. 537; V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 202.

all'imposizione dell'obbligo di comparire presso una *police station* ad una data prestabilita (s. 30A(3) *PACE*).

Tuttavia, diversamente dal *bail from custody*, la mancata comparizione – e l'inosservanza delle *conditions* – non ha mai integrato il reato di *absconding*⁸²,

⁸² L'*absconding* è il reato che si configura quando il *defendant* 'fails to surrender to custody', espressione che la *High Court*, nel caso *R (on the application of the Dpp) vs Richards* [1998] QB 701, ha tecnicamente definito come l'azione con cui il *defendant* non si presenta in aula ovvero la abbandona senza il consenso della Corte, contravvenendo all'obbligo di stare nel proprio *dock*. Normativamente, il reato di *absconding* è collocato nella s. 6(1) del *Bail Act* in cui si legge: «*if a person who has been released on bail in criminal proceedings fails without reasonable cause to surrender to custody he shall be guilty of an offence*». La s. 6(2) del *Bail Act*, inoltre, estende la disciplina dell'*absconding* al caso in cui l'imputato, pur avendo avuto un ragionevole motivo per non potersi presentare in udienza, non si sia presentato successivamente non appena possibile. Tuttavia, quanto visto non trova applicazione per la disciplina dello *street bail* e per la violazione delle condizioni del *bail*, poiché la giurisprudenza ha chiarito, nel precedente *R vs Leicester Crown Court, ex parte Gangar* [2008] All ER (D) 112 (Oct), che, per quanto serie possano essere le conseguenze, tale violazione non può considerarsi sufficiente ad integrare una tutela sostanziale a carattere penalistico. Nel prosieguo della s. 6 del *Bail Act* vengono, poi, definite tre modalità procedurali per procedere all'accertamento del reato di *absconding*. La prima consiste in un *summary trial* in cui la *Magistrates' Court* può condannare fino a tre mesi di reclusione e/o al versamento di una multa pari a £ 5.000. Una seconda metodologia procedurale si ha nell'ipotesi in cui la *Magistrates' Court* voglia rimettere il *defendant* alla *Crown Court* – evenienza che può verificarsi perché la *Magistrates' Court* ritiene insufficienti le sanzioni irrogabili per mezzo del *summary trial* ovvero perché, dovendo rimettere l'imputato alla *Crown Court* per un altro reato, ritiene opportuno riunire il reato di *absconding* insieme a questo (cfr. J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, 16^a ed., Oxford University Press, 2020, p. 119). In quest'ultima ipotesi, il reato viene trattato come un *criminal contempt* per cui la *Crown Court* può condannare fino a dodici mesi di reclusione e/o ad una multa di qualsivoglia valore. La terza via, infine, consiste nel processare il reato di *absconding* senza una giuria ed in via «*semi-informal*» (*ibidem*), cioè seguendo delle regole procedurali e probatorie definite volta per volta dalla Corte, al fine di garantire il diritto all'accusato di essere ascoltato. In questo caso, l'eventuale condanna può essere irrogata nei limiti di quanto si sarebbe potuto applicare nel caso si fosse seguito un *summary trial*. A prescindere dal metodo seguito, però, è ben chiaro che l'oggetto del procedimento di *absconding* è il medesimo, cioè quello di verificare se la violazione dell'obbligo di consegnarsi alla giustizia sia giustificato da ragionevoli cause o meno, tenuto conto che – come specificato dalla parte I, par. 13(11) del *Consolidated Criminal Practice Direction* – l'onere probatorio incombe sull'imputato. Infine, nel caso in cui il *bail* fosse stato anche subordinato alla prestazione di una *recognizance*, oltre alla configurazione del reato di *absconding*, si aggiungerebbe la confisca della somma versata dall'imputato. Se, invece, la somma era stata promessa a titolo di *surety*, la Corte ne ordina il pagamento ed emette contestualmente un ordine di comparizione, in cui si chiede al garante di rendere noti, eventualmente, i motivi per cui non dovrebbe essere vincolato al versamento della *recognizance* (s. 120(1A) *Magistrates' Court Act*). Ciò accade perché la Corte, in relazione alle circostanze del caso concreto, può successivamente decidere di annullare l'ordine di pagamento, interamente o in parte. Lo si desume dal precedente *R vs Southampton Justices, ex parte Green* [1976] QB 11 in cui si sottolinea che la regola è quella della presunzione di un obbligo di pagamento in seguito alla violazione del *bail*. Inoltre, nel precedente *R vs Horseferry Road Magistrates' Court, ex parte Pearson* [1976] 2 All ER 264 la *High Court* ha ritenuto corretto circoscrivere l'ipotesi di

sebbene autorizzi all'arresto della persona non comparsa (s. 30D(1) *PACE*)⁸³. La ragione di tale scelta legislativa sembra potersi rilevare nella presupposta minore gravità dei reati commessi e, dunque, nella minore pericolosità del soggetto cui viene applicata la misura dello *street bail*. Ne giunge conferma dal fatto che, nell'impostazione normativa originaria, lo *street bail* non contemplava la possibilità di applicare *conditions* al di là dell'obbligo di comparire successivamente presso la *police station* designata. Pertanto, non essendo neanche prevista la garanzia patrimoniale della cauzione, i casi in cui poteva trovare ragionevole applicazione erano sostanzialmente reati assimilabili alle nostre contravvenzioni. Invero, oggi il quadro normativo è mutato e, precisamente, è stata data possibilità di applicare *conditions* allo *street bail*, allargando di fatto la maglia dei reati contenibili con queste misure⁸⁴. Al tempo del *CJA*, infatti, era ammesso applicare *conditions* solo al *bail after charge* (a seguito del *Criminal Justice and Public Order Act*) e al *bail from custody* (dopo il *Criminal Justice Act* 2003). Nel 2006, però, con il *Police and Justice Act (PJA)*, venne estesa tale possibilità anche allo *street bail* e venne liberata da vincoli l'applicazione del *bail from custody*⁸⁵. In particolare, la s. 10 del *PJA* e la sua Scheda 6 modificarono la s. 30A del *PACE* al fine di autorizzare la *police* ad imporre *conditions* quando ciò sia necessario per: evitare che la persona *fails to*

annullamento parziale al caso in cui «*either to means or culpability [is] fair to pay a smaller sum*» Costituisce, infine, una causa di estinzione dell'obbligazione del garante la presentazione in udienza del *defendant*, sicché, per poter essere nuovamente applicata, questa deve essere rinnovata. Al riguardo, il caso *R vs Central Criminal Court, ex parte Guney* [1996] AC 616 ha chiarito che la formulazione dell'*arraignment* equivale al *surrender to custody*, per cui anche in questo caso si estingue la responsabilità del garante, a nulla valendo accordi tra le parti o pronunce del giudice di segno contrario.

⁸³ Cfr. E. CAPE, *The Police Bail Provisions of the Policing and Crime Act 2017*, in *Criminal Law Review*, 2017, n. 8, p. 591.

⁸⁴ Dal punto di vista pratico, però, l'assenza del reato di *absconding* potrebbe indirettamente influenzare le scelte della *police* inducendola a preferire l'applicazione del *bail from custody*, in luogo dello *street bail*, per poter usufruire dell'ulteriore potere deterrente del reato di *absconding*. In questa come in altre occasioni, quindi, si è manifestata l'inesperienza del legislatore inglese che, privo di una visione olistica della materia del *bail*, ha del tutto dimenticato di aggiornare la cornice normativa del *PACE*.

⁸⁵ Il *CJA* autorizzava l'applicazione delle *conditions* al *bail from custody* nei soli casi in cui la formulazione del capo d'imputazione fosse di competenza del *CPS*. Non anche, invece, quando, pur sussistendo elementi sufficienti, la *police* si astenesse dal formulare il *charge*. Con la riforma del *PJA*, anche in quest'ultima ipotesi la *police* poteva applicare *conditions*. Ciononostante, come nota E. CAPE, *The Police Bail Provisions*, cit., p. 541, ad alcune *police forces*, come nell'Hampshire, ancora oggi non è ammesso imporre *conditions* allo *street bail*

surrenders to custody; prevenire la commissione di altri reati durante il periodo di libertà su cauzione; assicurare che la persona sottoposta al *bail* non interferisca con testimoni o, comunque, non ostruisca il corso della giustizia; proteggere la persona, nel caso di minori di anni 18⁸⁶, o per perseguire il suo stesso bene o interesse.

La s. 30A(3A) *PACE*, però, esclude l'applicazione della cauzione – versata direttamente dall'imputato (*security*) o da un terzo garante (*surety*) – e del *bail hostel residence*, ammettendo, invece, tutte le altre *conditions* (ad esempio: obbligo di dimora, divieto di allontanamento o di avvicinamento) ai sensi della s. 30A(3B) *PACE*. La *ratio* di tale scelta è probabilmente da collocare nella necessità di evitare che tali restrizioni di natura patrimoniale e personale operino al di fuori di adeguate garanzie – come la fonoregistrazione tra le tante – che, invece, sono presenti nella *police station* in sede di applicazione del *bail from custody*. Inoltre, quando con lo *street bail* vengono applicate le *conditions*, la comunicazione scritta, da consegnare all'arrestato, deve anche indicare le relative prescrizioni applicate e informare della possibilità di apportarvi modifiche a norma delle ss. 30CA(1) *PACE* e 30CB(1) *PACE*.

Fino all'intervento del *Policing and Crime Act (PCA)* 2017, la concessione dello *street bail* non era subordinato, a livello statutario, alla sussistenza di particolari elementi giustificativi⁸⁷ ed operava come alternativa al *pre-charge bail* che prevede la conduzione presso la *police station* ai sensi della s. 30(1) *PACE*⁸⁸. Non vi erano, altresì, limiti alla durata del *bail* e la *police* poteva modificare luogo e ora in cui comparire presso la *police station* in qualsiasi momento. Con l'avvento del *PCA*, però, è stata introdotta una presunzione secondo la quale la persona arrestata, se non deve essere portata presso una *police station*, deve essere rilasciata *under investigation*. Pertanto, lo *street bail* è divenuto ora applicabile solamente se

⁸⁶ Originariamente l'età fissata era di 17 anni. La riforma del *Policing and Crime Act (PCA)* 2017 ha, però, elevato a 18 anni questo limite d'età.

⁸⁷ L'unica linea guida sul punto, infatti, era rappresentata dal *Criminal Justice Act 2003: Bail Elsewhere Than at a Police Station* (ossia la circolare n. 61 del 2003 dell'*Home Office*) che indicava, come fattori da tenere in conto per la decisione sul *bail*: il tipo di reato per il quale si è proceduti all'arresto; se la persona può essere rilasciata; se la persona è in grado di comprendere ciò che sta accadendo; il rischio di commettere nuovamente il reato; le corrette generalità della persona arrestata.

⁸⁸ Cfr. E. CAPE, *Defending Suspects at Police Station: The practitioner's guide to advice and representation*, Legal Action Group, 2017.

le condizioni di cui alla s. 30A(1A) *PACE* lo impongono⁸⁹. Tali condizioni si verificano quando, in relazione alle circostanze, il *constable* lo ritiene necessario e proporzionato «*having regard, in particular, to any conditions of bail which would be imposed*» e subordinatamente all'approvazione di un agente di polizia avente grado di ispettore (o superiore) che deve tenere anche in considerazione le osservazioni della persona interessata. Inoltre, in caso di applicazione dello *street bail*, la *police* è oggi tenuta ad indicare con precisione la *police station* presso cui l'arrestato deve presentarsi alla data ed ora indicata dalla comunicazione scritta che gli viene consegnata.

Altra innovazione, giunta con il *PCA*, è la specificazione del potere che ha la *police* di arrestare nuovamente la persona rilasciata ai sensi della s. 30A *PACE* «*on the grounds of new evidence*». Precisamente, la persona può essere arrestata nuovamente se sono emersi nuovi indizi o sono stati svolti delle attività d'indagine e/o analisi su indizi preesistenti che non era possibile svolgere prima del suo *release* (s. 30C(4) *PACE*). Tale disposizione, si nota in dottrina, lascia nel dubbio l'ammissibilità di procedere nuovamente, ai sensi della s. 30A *PACE*, all'arresto della persona rilasciata *on bail*, pur in assenza di nuovi indizi⁹⁰. Ciononostante, questo punto sembra poco discutibile. Infatti, il principio del '*lex ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*' deve necessariamente trovare applicazione in una materia delicata come questa che investe direttamente diritti e principi fondamentali come la libertà personale e la presunzione di innocenza. Pertanto, il silenzio del legislatore inglese non può che significare il diniego del potere di procedere al *re-arrest* in assenza delle circostanze legalmente presupposte; anche perché, diversamente opinando, perderebbe senso l'esplicita previsione di alcune specifiche circostanze quali presupposti per procedere al *re-arrest*⁹¹.

Per ultimo, il *PCA* ha esteso anche allo *street bail* il nuovo limite massimo di durata di 28 giorni – previsto (e pensato) per il *pre-charge bail* – che inizia a

⁸⁹ La s. 30A(1) è stata modificata dal s. 52(3) del *PCA*, mentre la s. 30A(1A) è stata introdotta per opera della s. 52(4) del *PCA*. Cfr. E. CAPE - R. EDWARDS, *Police Bail Without Charge*, cit., p. 591.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Recentemente, E. CAPE, *The Police Bail Provisions*, cit., p. 598 si è espresso similmente chiarendo che: «*it seems highly likely that [...] if re-arrest was generally permissible there would be no need for the provisions on re-arrest on the basis of new evidence*».

decorrere dal giorno successivo all'arresto, senza possibilità di estensione (s. 30B(8) *PACE*).

Il quadro normativo fin qui riassunto, però, lascia spazio ad alcune riflessioni. Infatti, si pone ancora oggi il problema – già notato all'indomani dell'ingresso della riforma – del monitoraggio della valutazione che deve compiere l'agente di polizia prima di applicare il *bail*. Precisamente, la *police*, dovendo fondare la valutazione su di un bilanciamento di probabilità inerente al comportamento futuro di una persona – presunta innocente – per proteggere e assicurare rispettivamente «*the liberty of suspects/defendants and [the] public safety*»⁹², esercita un potere ampiamente discrezionale che, se oggetto di abuso, può portare anche a gravi conseguenze⁹³. Ma vi è di più, perché quella trasparenza necessaria «*to ensure the power is not used inappropriately*»⁹⁴ è tutt'ora assente anche dopo il recente intervento del legislatore inglese del 2017 che, pur prevedendo il diritto dell'interessato a presentare le proprie osservazioni e pur imponendo – come si vedrà⁹⁵ – il rispetto dei criteri di proporzionalità e necessità, ha nuovamente tralasciato (volontariamente o incoscientemente) di predisporre un sistema di monitoraggio del processo decisionale degli organi di polizia.

Per queste ragioni, ancora oggi sembrerebbe possibile dare credito a quella parte di dottrina che definiva lo *street bail* un istituto inutile ed inappropriato⁹⁶. Precisamente, sarebbe inutile perché inabile a fronteggiare tutti quei reati che, per la loro gravità, necessitano di una risposta cautelare più 'seria' e rigorosa di quella che può predisporre lo *street bail* – si pensi ad esempio alla sopracitata assenza del reato di *absconding*. Sarebbe, invece, inappropriata per i reati minori, perché lo *street bail*, configurando una risposta invasiva del diritto alla libertà personale sproporzionata rispetto al bene giuridico offeso dal reato per cui si procede, imporrebbe di provvedere – utilizzando l'inedita terminologia successiva al *PCA* 2017 – con l'applicazione del *release under investigation (RUI)*.

⁹² E. CAPE, *What if police bail was abolished?*, in [Howard League for Penal Reform](#), University of the West of England, 2015, p. 21 (accesso: maggio 2020).

⁹³ A. HUCKLESBY, *Not necessarily a Trip to the Police Station*, cit., p. 808.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Cfr. *infra*, in questo capitolo, §3.3.

⁹⁶ Cfr. E. CAPE, *What if police bail was abolished?*, cit., p. 21.

Tuttavia, vi è un secondo rilievo che riguarda la ‘legalità’ dello *street bail* che non convince. Seguendo quest’indirizzo interpretativo, infatti, lo *street bail* potrebbe considerarsi legalmente applicato solo se necessario in relazione al caso in concreto ma, stante quanto argomentato *supra*, la struttura dello *street bail* non soddisferebbe mai tale requisito, perché se la persona coopera la misura non occorre, mentre, se non coopera, lo *street bail* è assolutamente inappropriato⁹⁷. Invero, l’incapacità di rispondere adeguatamente ai reati gravi e minori, al netto del disallineamento normativo inerente al reato di *absconding*, è mitigata dalla possibilità di applicare le *conditions* che, così, rendono flessibile lo *street bail*, tanto nell’uno quanto nell’altro caso. Specificatamente, nel caso di un reato ‘grave’, la possibilità di applicare alcune *conditions* come, ad esempio, l’obbligo di dimora insieme alla comparizione presso la *police station* può in molti casi soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto; mentre, nel caso di reati minori, lo *street bail* non costituisce certo un’imposizione e, quindi, la scelta di applicarlo o meno rientrerebbe nei compiti della *police* di ponderazione in concreto dei pericoli connessi ad un *release without bail*. Quanto fin qui affermato è ulteriormente corroborato dalla riforma del *Policing and Crime Act 2017* che – come visto *supra* – anche per l’applicazione dello *street bail* presume il soddisfacimento delle *pre-conditions* definite nell’art. 30A(1A) *PACE*.

Da questa breve riflessione, allora, se ne deduce che sarebbe conveniente spostare il *focus* delle criticità dall’istituto dello *street bail* – che, con i suoi limiti, ove applicato comunque garantisce il rispetto della libertà personale senza inficiare le attività investigative – al sistema di monitoraggio dell’esercizio del potere cautelare in mano alla *police* inglese. Benché sul punto sia opportuno rinviarne la trattazione dopo aver analizzato il più generale istituto del *bail without charge*⁹⁸, va già evidenziato che ogni strumento di controllo delegato alla *police* – come, ad esempio, la redazione dei *custody record* o il ruolo del *custody officer* – non abbia dato prova di sufficiente affidabilità e garanzia nella tradizione giurisprudenziale inglese⁹⁹. Dunque, anche tale profilo normativo dell’ordinamento ‘cautelare’

⁹⁷ Cfr. *ibidem*.

⁹⁸ Cfr. *infra*, in questo capitolo, §4.

⁹⁹ Cfr. J. HODGSON, *The Detention and Interrogation of Suspects in Police Custody in France*, in *European Journal of Criminology*, vol. 1, 2004, n. 2, p. 170 che riporta tra tutti il precedente *R vs*

inglese urge una riforma globale della materia cautelare, imparando dalle esperienze degli ordinamenti di *civil law* e riqualificando il *Crown Prosecution Service* per permettere un efficace controllo verticale delle azioni della *police*.

3.2. *La libertà su cauzione, le altre conditions del bail e la police custody*

Come anticipato, spesso il *bail* non opera in solitaria ma è accompagnato da *conditions* che possono integrare la misura al fine di evitare l'applicazione della *preventive detention*. Infatti, mentre l'*unconditional bail* obbliga l'imputato solamente a comparire in udienza o presso il luogo di custodia nel giorno fissato, il *conditional bail* prevede altre forme di restrizioni ¹⁰⁰.

Tradizionalmente – ancora prima del *Bail Act 1976* – il *bail* veniva concesso previo rilascio di una somma di denaro (*recognizance*) come garanzia degli obblighi assunti con il *bail* ¹⁰¹. Oggi, la disciplina è contenuta nel *Bail Act* che, nella sezione 3, distingue – come allora – l'ipotesi in cui la cauzione viene versata dall'accusato (*security*) dall'ipotesi in cui viene versata da un terzo (*surety*). Nel primo caso, il versamento della cauzione da parte dell'imputato è considerato propedeutico per la concessione del provvedimento stesso, tanto che, nel caso il *defendant* non riuscisse a sostenerne l'eccessivo ammontare, può richiederne la riduzione alla *Crown Court* ¹⁰². Ove, invece, operi la garanzia di un *surety*, il versamento della cauzione è sospeso fino al verificarsi della condizione 'protetta' della mancata comparizione dell'imputato in udienza. Tuttavia, la *Court*, al fine di garantire il pagamento della

Paris, Abdullahi & Miller [1993] 97 CR App R 99 a testimonianza del fatto che «*neither the presence of defence lawyers, nor the tape-recording of interrogations, nor the role of the custody custody officer have proved sufficiently effective in safeguarding the interests of the suspect or in ensuring the reliability of confession evidence*».

¹⁰⁰ Cfr. C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 112; M. K. DHAMI, *Conditional Bail Decision Making in the Magistrates' Court*, in *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 43, 2004, n. 1, p. 27 ss; A. HUCKLESBY, *Bail in Criminal Cases*, in AA. VV., *The Handbook of The Criminal Justice Process*, a cura di M. MC CONVILLE - G. WILSON, Oxford University Press, 2002, p. 125 ss; A. HUCKLESBY, *The use and abuse of conditional bail*, in *The Howard Journal of Crime and Justice*, vol. 23, 1994, n. 3, p. 258 ss; A. SANDERS - R. YOUNG - M. BURTON, *Criminal Justice*, 4ª ed., Oxford University Press, 2010, p. 523; J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, cit., p. 109.

¹⁰¹ Nel corso degli anni, la frequente adozione della *condition* della cauzione insieme al *bail* ha portato a identificare il termine *bail* con la 'libertà su cauzione' stessa; tanto che ancora oggi, a meno di precisare che ci si riferisce a '*unconditional bail*', quando si parla di *bail* si dà per presupposta l'applicazione di una cauzione.

¹⁰² Cfr. J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, cit., p. 109.

«multa»¹⁰³, dovrà verificare che il *surety* abbia realmente la capacità economica per (eventualmente) adempiervi. Inoltre, è dovere della *Court* informare il *surety* che l'inosservanza dell'obbligo di versare la somma, in caso di mancata comparizione dell'indagato in udienza, costituisce reato ai sensi della s. 3 *Bail Act* 1976. Ma vi è di più, perché la giurisprudenza ha sovente ritenuto parte degli obblighi del *surety* non già la sola conduzione dell'indagato in udienza ma anche l'obbligo di garantirne la buona condotta fuori dall'aula (c.d. *surety for good behaviour*). Al riguardo, però, si è rettamente fatto notare in dottrina, da un lato, che l'unico riferimento normativo è quello del *Justice of Peace Act* 1968 che impone tale obbligo solo per evitare la commissione di reati contro l'ordine pubblico e, dall'altro, che restrizioni ulteriori a quelle previste dal *Bail Act* sono espressamente vietate nella s. 3(3)C dello stesso *Bail Act*, secondo cui «*except as provided by this section [...] no other requirement shall be imposed [on the accused] as a condition of bail*»¹⁰⁴. Pertanto, è da ritenersi esclusa l'applicabilità di tale ultimo obbligo in carico al *surety*. Infine, in alternativa al versamento della cauzione, i giudici possono chiedere all'imputato la prestazione di garanzie patrimoniali (*security*) alla propria comparsa in giudizio, ai sensi della s. 3(5) *Bail Act*¹⁰⁵.

Successivamente, con il *Criminal Justice Act* 1967, a questa condizione si sono affiancate figure la cui fisionomia è pressoché identica a quelle esistenti nel nostro ordinamento tra misure cautelari personali di tipo coercitivo ed interdittivo. In particolare, con il *bail* può essere disposto: l'obbligo di consegnare il passaporto (*to surrender passport*); l'obbligo di residenza (*condition of residence*), il divieto di avvicinamento ad un luogo (*not to go to or within a specified distance of a certain location*); il divieto di allontanamento dalla propria dimora in determinate ore della giornata (*curfew*), il divieto di avvicinare o di interferire con i testimoni (*not to contact or interfere with witnesses*); l'obbligo di presentarsi negli uffici della polizia ad intervalli regolari (*to report to a police station*); l'obbligo del braccialetto elettronico per il monitoraggio dell'osservanza delle prescrizioni (*electronic*

¹⁰³ C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 113.

¹⁰⁴ Cfr. *ivi*, p. 114.

¹⁰⁵ Cfr. *ibidem*.

monitoring) e tante altre – meno comuni – *conditions* ¹⁰⁶ che sono in grado di operare importanti restrizioni alla libertà personale ¹⁰⁷.

Tuttavia, nel *PACE* mancava la possibilità di potere applicare le *conditions* al *police bail*, di fatto obbligando la *police* ad applicare la *police custody* nei casi più gravi. Per tale ragione, la *Royal Commission on Criminal Justice* ne raccomandò l'adozione in quanto permettere di applicare le *conditions* prima o dopo la formulazione del *charging* avrebbe portato rispettivamente a «*more through investigations*» ed alla riduzione «*[of] the suspect's liability to attend court*» ¹⁰⁸. Inoltre, è da notare che, in questa fase storica, si tese ad enfatizzare più i pregi inerenti all'uso del *bail* che i suoi difetti. Infatti, la stessa Commissione aveva già rilevato che «*the police were sometimes prepared to use their discretion over bail as a tactic*» per estorcere informazioni o, addirittura, per indurre l'indagato a confessare ¹⁰⁹. Ciononostante, nel 1994 le raccomandazioni della Commissione Runciman vennero implementate senza difficoltà nel *Criminal Justice and Public Order Act (CJPOA)* nella s. 27(2)(a) che modificò la s. 3 del *Bail Act* del 1976 e la s. 47 del *PACE* del 1984. Vennero così rese applicabili la cauzione (*recognizance*) ed altre condizioni al *post-charge bail* ¹¹⁰, sebbene sempre subordinate al rispetto delle esigenze espresse nel *Bail Act* inerenti al *bail* in generale, ossia dall'esigenza di prevenire il: «*failing to surrender to custody; committing an offence while on bail; interfering with witnesses or otherwise obstructing the course of justice, whether in relation to himself or any other person*».

Come prevedibile, già all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, in dottrina ci si interrogò circa gli effetti di questa incontrollata 'distribuzione' di

¹⁰⁶ Tra le tante si annoverano il divieto di guida (*not to drive a motor vehicle*) e l'obbligo di residenza in un *bail hostel* (*to reside at a bail hostel*).

¹⁰⁷ Queste misure, tuttavia, sono di frequente state oggetto di abuso da parte, soprattutto, della *police* ed hanno comportato una notevole riduzione dei casi in cui si applica il *bail without conditions*. Un dato preoccupante se confrontato con il sistema americano che, al contrario, fa un uso preponderante della libertà su cauzione, proprio in ossequio dei principi di presunzione di innocenza e inviolabilità della libertà personale. Cfr. A. HUCKLESBY, *The use and abuse of conditional bail*, cit., p. 258 ss.; A. HUCKLESBY, *Police bail and use of conditions*, in *Criminal Justice*, 2001, n. 4, p. 441 ss.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ M. MC CONVILLE - J. HODGSON, *Custodial Legal Advice and the Right to Silence*, in *Research Study No 16*, HMSO, 1993, p. 121. Cfr. E. CAPE - R. EDWARDS, *Police Bail Without Charge*, cit., p. 537.

¹¹⁰ *Ibidem*.

poteri di restrizione alla *police* inglese. A tal uopo, uno studio di John W. Raine e Michael J. Willson – condotto raffrontando i dati relativi allo stesso bimestre dell'anno in cui era entrata la riforma (1995) e dell'anno precedente, quando la *police* non poteva ancora applicare le *conditions* al *bail* (1994) – fece emergere che, a fronte di un numero di casi sostanzialmente identico, i casi di *unconditional police bail* erano drasticamente diminuiti a favore del *conditional bail* ¹¹¹. I padri di questa ricerca diedero due possibili spiegazioni di questo fenomeno. La prima partiva dal presupposto che la *police*, a seguito della riforma, poteva comunque applicare il *release on bail* nelle ipotesi di cui alla s. 3 del *Bail Act* del 1976, evitando così di applicare la *police custody*. L'altra spiegazione, invece, muoveva dal sospetto che le *conditions* «*are inappropriately applied to the bail of defendants who do not need the constraints and requirements*» ¹¹². Ipotesi decisamente più convincente alla luce anche del mantenimento della tendenza negli anni a seguire, come testimoniato dal successivo studio di Anthea Hucklesby secondo cui il *conditional bail* «*is also used for defendants who would otherwise have been granted unconditional bail prior to the introduction of police conditional bail*» ¹¹³ e, più di recente, dell'analogo uso distorto da parte delle *Courts* del (presupposto) più garantito *court's bail* ¹¹⁴. Pertanto, anche gli stessi vantaggi consistenti nella deflazione dell'uso della *police custody* in tutti quei casi in cui la *police* dovesse ritenere che la *Magistrates' Court* applicherà il *conditional bail* e non il *remand in custody* sembrano perdere di consistenza ¹¹⁵. Un quadro ulteriormente aggravato dalla presenza del *pre-charge bail* che – come si vedrà *infra* nel paragrafo che segue – attribuisce il potere di applicare le *conditions* al *bail* prima e in assenza di un capo di imputazione.

Come detto, il sistema inglese prevede anche l'applicazione della *police custody* nelle ipotesi in cui sussistano *reasonable grounds for detention*, sebbene

¹¹¹ Cfr. J. W. RAINE - M. J. WILLSON, *Police Bail with Conditions: Perspectives on the Use, Misuse and Consequences of a new Police Power*, in *The British Journal of Criminology*, vol. 37, 1997, n. 4, p. 594 ss.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ A. HUCKLESBY, *Police bail and the use of conditions*, cit., p. 448.

¹¹⁴ Cfr. A. SANDERS - R. YOUNG - M. BURTON, *Criminal Justice*, cit., p. 524 secondo cui «*Courts vary considerably in their use of conditions, and some use them in ways contrary to the Bail Act, such as imposing a requirement to report to the police station the day before the next court appearance so that the defendant can be reminded about that appearance*».

¹¹⁵ *Ibidem*.

nel rispetto delle garanzie procedurali delineate tanto nel *Policing and Criminal Evidence Act (PACE)* quanto nel *Code of Practice (COP)*. Occorre, inoltre, notare che a seguito dell'introduzione – con la Scheda 11 del *Legal Aid Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012* – della prognosi negativa del «*no real prospect test*», anche per il *police bail* si è ridimensionata l'operatività delle condizioni ostative all'applicazione del *bail*, al fine di incentivarne l'utilizzo. Precisamente, la suddetta prognosi negativa permette di continuare ad applicare il *bail*, pur in presenza dei suddetti *grounds*, qualora non vi sia la probabilità che il procedimento penale esiti in una sentenza di condanna a pena detentiva. Invero, tale assetto sembra *prima facie* legare una prognosi inerente alla futura pena detentiva – di dubitabile affidabilità vista la carenza di *evidences* in fase di indagini – alla scelta di applicazione o meno della *custody*, inducendo a considerare l'eventuale applicazione di tale misura come una anticipazione della pena detentiva. Tuttavia, va sottolineato che il legislatore ha introdotto la prognosi solo *in favor rei*, nel senso che la scelta di adottare la *custody* deve essere presa valutando solo i *grounds*, in quella fase che, logicamente e cronologicamente, deve precedere la prognosi del *no real prospect test*, senza alcun pregiudizio, dunque, del principio di presunzione di innocenza. Ciononostante, non si può negare che è ben concreto il rischio che il giudice dapprima compia quest'attività di prognosi e, alla luce dell'esito di questa, valuti, poi, i *grounds* a sostegno della *custody*, il che configurerebbe la custodia cautelare come una anticipazione della pena. Comunque, posto che questa riforma è limitata ai «*non-extradition proceedings and to adult defendants who have not been convicted*», ne è fortemente limitata la sua portata innovativa ¹¹⁶.

Ciò premesso, per poter applicare la *police custody* il *custody officer* deve anzitutto ritenere che non possa verificarsi alcuna delle conseguenze indicate nelle lett. (a) e (b) della s. 38(1) *PACE* – sostanzialmente coincidenti con le ipotesi che ammettono l'*arrest without a warrant* – superando così quel diritto «*very similar to the Bail Act 'right to bail'*» ¹¹⁷. In secondo luogo, occorre rispettare i c.d. *custody limits* che sono strutturati in un sistema di controllo della legittimità della restrizione

¹¹⁶ Cfr. C. MANCUSO, *Uno sguardo "oltremarino": strategie di contrasto del sovraffollamento carcerario nel modello inglese*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1, 2015, p. 473; C. FIORIO, *Il bail nel sistema inglese*, cit., p. 4.

¹¹⁷ J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, cit., p. 104.

ad ‘incrementi garantistici progressivi’, con ciò intendendosi il sistema che, in risposta al protrarsi della *police custody*, accresce anche le garanzie predisposte a tutela dell’indagato. Precisamente, a seguito dell’applicazione della misura ad opera del *custody officer*, in presenza di *reasonable grounds* per ritenere che la detenzione dell’indagato sia necessaria – per evitare l’inquinamento delle prove inerenti al reato per cui si procede ovvero per formare nuove prove attraverso il suo interrogatorio (come disposto dalla s. 37(2) *PACE*) – lo stesso *custody officer* è tenuto a rivalutarli dopo sei ore dall’adozione della misura e, in caso di conferma, ogni nove ore fino a ventiquattro ore dall’inizio della restrizione (*PACE* s. 40)¹¹⁸. Tale termine ultimo, nel caso di *serious arrestable offences*, è estendibile per altre dodici ore solo su provvedimento di un ufficiale dal grado non inferiore a quello di *superintendent* e, in caso di superamento della soglia delle trentasei ore, il provvedimento va assunto dall’autorità giudiziaria ai sensi delle ss. 43 e 44 *PACE*. Entro tale tempistica, la *police*, ove sussistano sufficienti elementi a carico, ha facoltà di procedere al *charging* con *release on bail* ovvero di mantenere la restrizione (*police custody*) e presentare immediatamente l’indagato davanti la *Magistrates’ Court* per richiedere un *remand in custody*, cioè la custodia cautelare vera e propria.

Da tale sistema, la prima precisazione da fare riguarda il fatto che, in caso di *charging*, il *Crown Prosecution Service (CPS)* agisce da ‘filtro garantista’, perché spetta a quest’organo la decisione sul ‘se’ proseguire con il procedimento penale ovvero dimetterlo per assenza di gravi indizi di reità. Tuttavia, al riguardo, non può farsi a meno di notare che il *CPS*, pur assumendo un importante ruolo in ottica garantista per l’indagato, non dispone di un altrettanto controllo ‘totalizzante’ circa l’azione penale e le restrizioni intercorse alla libertà personale. Precisamente, il *CPS*, non avendo contezza dei casi archiviati dalla *police*, non potrà mai verificare se effettivamente vi siano stati o meno sufficienti indizi di reità per formulare un capo di imputazione. Inoltre, dei casi in cui il *defendant* è stato sottoposto ingiustamente a restrizione tramite *police bail* o *custody* per poi essere rilasciato a seguito di provvedimento di *No Further Action (NFA)*, il *crown prosecutor* non ne

¹¹⁸ Cfr. J. HODGSON, *The Detention and Interrogation of Suspects in Police Custody in France*, cit., p. 168 s.

saprà nulla. Infine, il *CPS* difetta anche del potere di richiedere ulteriori attività di indagine, così come non ha alcun contatto né con l'indagato né con eventuali testimoni ¹¹⁹ e non può modificare le misure restrittive applicate dalla *police*, potendo solamente presentare le proprie argomentazioni in udienza ¹²⁰. Emerge, dunque, come i poteri cautelari, così come le attività di indagine, siano di stretto dominio della *police* e come il *crown prosecutor* si riconfermi un debole strumento di garanzia contro abusi della *police* e spesso limitatamente alla fase processuale. Peraltro, il fatto che il *CPS* rimanga tutt'oggi un'istituzione inerte davanti a possibili abusi nella fase procedurale lascia ampi margini di riflessione circa la distribuzione dei poteri cautelari voluta dal legislatore e dalla giurisprudenza inglese. Infatti, sebbene sia vero che il *prosecutor*, acconsentendo alla *bail application* del *defendant* presentata in udienza, possa disattendere la linea cautelare intrapresa dalla *police*, è altrettanto vero che, prima della comparizione in udienza, il *CPS* non possiede alcun potere di veto in merito. Inoltre, come si è visto *supra*, la presenza dei *custody records*, della fonoregistrazione degli interrogatori e della presenza di un difensore non costituiscono nella sostanza degli efficaci deterrenti a possibili violazioni dei diritti dell'indagato. Dunque, sembra chiaro che la *police* inglese si sia rivestita di prerogative tipiche del potere giudiziario, operando quella confusione dei poteri (esecutivo e giudiziario) che ogni Stato democratico dovrebbe tendenzialmente evitare.

3.3. *Il pre-charge bail e la riforma del Policing and Crime Act 2017*

Il *pre-charge bail* (o *bail without charge*) è spesso indicato come il '*section 47(3) bail*' perché la *section 47(3) PACE* costituisce la principale fonte disciplinatrice dell'istituto. Tuttavia, sono numerosi i poteri attribuiti dal legislatore inglese alla *police* in tema di *bail* anche in altre disposizioni della parte IV del *PACE* 1984. Anzitutto, a seguito dell'approvazione del *Criminal Justice Act (CJA)*, venne introdotto il potere di applicare *conditions* al *bail without charge* ma solamente al limitato scopo di facilitare il nuovo '*statutory charging scheme*', anch'esso

¹¹⁹ Cfr. J. HODGSON, *The Detention and Interrogation of Suspects in Police Custody in France*, cit., p. 169.

¹²⁰ Cfr. *infra*, in questo capitolo, §3.4.

introdotto con il *CJA* 2003¹²¹. Prima della riforma del *PCA* 2017, la *police*, fatta eccezione per l'ipotesi contemplata nella s. 34(2) *PACE*, poteva scegliere, a propria discrezione, se rilasciare un sospettato *on bail or without bail*¹²². Inoltre, quando una persona veniva rilasciata *on bail*, non erano previsti né limiti di tempo né limiti nel numero di volte per cui il *bail* potesse essere rinnovato. Pertanto, numerosi erano i casi in cui sospettati di reato venivano arrestati, sottoposti a *bail with conditions* per mesi (o anni) e poi rilasciati per avvenuta archiviazione del caso mediante provvedimento di *No Further Action (NFA)*¹²³. Oggi, al fine di

¹²¹ Il *CJA*, infatti, ampliò la competenza del *CPS* nella formulazione del *charging* riducendo, specularmente, quella della *police*. Pertanto, era divenuto necessario dare la possibilità di applicare delle *conditions* al *bail without charge* quando la *police*, pur avendo sufficienti elementi per ritenere un soggetto *chargeable*, doveva attendere la decisione del *Crown prosecutor*. Cfr. E. CAPE, *The Police Bail Provisions*, cit., p. 588. Inoltre, E. CAPE - R. EDWARDS, *Police Bail Without Charge*, cit., p. 540 acutamente sottolineano che «*for the first time, the police were also given the power to attach conditions to bail granted to a person not charged. This was done by way of an amendment to the PACE 1984, s. 47(1A), applying the "normal powers to impose conditions of bail" to bail under s. 37(7)(a). The amendment itself was buried in Schedule 2, para. 6(3) of the CJA 2003. This significant extension to police powers which, as explained below, was rapidly expanded to pre-charge bail granted under other provisions of the PACE 1984 by subsequent legislation, thus saw the light of day in a most unprepossessing way. The power to impose conditions had not featured in any of the pre-legislative reviews or white papers. The Explanatory Notes to the Act made no mention of the new power to impose conditions other than in respect of the power of arrest where conditions are broken, and the procedure to be followed under the PACE 1984, s. 37C, where such an arrest takes place. In other words, a major expansion of police powers which, we argue, has considerable constitutional and human rights implications, was simply surreptitiously slipped on to the statute book*».

¹²² Il *release* doveva essere *without bail*, salvo che il *custody officer* avesse ritenuto che ci fosse la necessità di procedere ad ulteriori indagini o che si dovesse procedere nei confronti dell'indagato (s. 34(5) *PACE*). Cfr. *ibidem*.

¹²³ Precedenti di ingiustizia ed abusi particolarmente eclatanti furono il caso Paul Gambaccini che, dapprima, venne sottoposto al *police bail* per circa un anno, durante il quale era stato *re-bailed* sei volte e, poi, venne liberato con un *NFA (No Further Action)* in quanto non sussistevano i presupposti per formulare un capo di imputazione, tanto che lo stesso Gambaccini disse di essersi sentito vittima di una vera e propria «caccia alle streghe» e aver registrato la perdita di ben £200.000 a causa di queste restrizioni. Altro caso fu quello di Simon Warr – portato in auge dal giornalista del *The Times* Libby Purves – che venne arrestato nel dicembre 2012 per violenza sessuale e che, dopo molteplici *re-bail* e dopo la formulazione del *charging* a distanza di dodici mesi dal suo arresto, venne portato innanzi alla giuria che decretò in appena quaranta minuti la sua innocenza. Infine, è noto il caso di Tom Crone che venne arrestato nel 2011 e che dopo più di due anni di *bail* venne informato che *no further action* sarebbe stata presa – e sul punto risuona ancora ora celebre il suo commento in riferimento al sistema di *pre-charge bail* definito «*a grotesque abuse of power*». Al riguardo, cfr. E. CAPE, *What if police bail was abolished?*, cit., p. 8 ss e, più specificatamente sui singoli casi, S. WILSON - H. RUTHERFORD - T. STOREY, *English Legal System*, Oxford University Press, 2020, p. 476; L. PURVES, *After years on bail, sorry just isn't enough*, in www.thetimes.co.uk, 3 novembre

contrastare l'abuso del *PCB*, con la riforma del *Policing and Crime Act 2017* è stata introdotta una presunzione in favore del *release under investigation*, secondo la quale, per potere applicare il *bail*, devono sussistere delle *relevant conditions*, e sono stati introdotti limiti temporali in caso di applicazione del *bail*.

In primo luogo, la s. 34(2) *PACE* – rubricata «*limitations on police detention*» – dispone che, quando il *custody officer*, dopo aver applicato la *police custody*, ritiene che non sussistano più o che non ci siano nuovi *grounds* per giustificare la detenzione (s. 34(2) *PACE*), il *custody officer* debba rimettere in libertà la persona in custodia. In tal caso, la s. 34(5) *PACE* impone che il *suspect* venga rimesso in libertà *without bail* ovvero *on bail* se trova applicazione la s. 34(5A) *PACE*. Quest'ultima disposizione, in particolare, riprendendo in parte quanto contenuto nella previgente s. 34(5) *PACE*, ammette l'applicazione del *bail* se: sussistono esigenze inerenti allo svolgimento di ulteriori indagini per le quali si era scelto di applicare la detenzione; può procedersi nei confronti dell'arresto ovvero possa essere concesso all'arrestato la *youth caution*, a norma della s. 66ZA del *Crime and Disorder Act 1998* e, infine, se si sono verificate le «*pre-conditions*» del *bail*.

Una seconda ipotesi in cui è possibile superare la presunzione di *release without bail* è contenuta nella s. 37 *PACE*. Secondo tale disposizione, quando una persona è stata arrestata senza *warrant* o con un *warrant without bail*, il *custody officer*, se non ha sufficienti elementi per procedere al *charging*, rilascia l'arrestato senza applicare il *bail*, salvo che siano soddisfatte le *pre-conditions* o la custodia sia ritenuta necessaria per uno o più specifici *grounds*. Se, invece, il *custody officer* ritiene ci siano sufficienti elementi per procedere al *charging*, questi può, in alternativa, decidere di rilasciare l'indagato *with or without bail* o di mantenere la misura della *police custody* in attesa della decisione da parte del *Crown Prosecution Service* circa la formulazione del *charging ex s. 37B PACE*. In tal caso, però, il soddisfacimento delle *pre-conditions* non è necessario¹²⁴.

Per quanto attiene all'applicazione delle *conditions* insieme al *bail*, la s. 47(1A) *PACE* attribuisce «*the normal powers to impose conditions of bail*»

2014 (accesso: marzo 2019); K. RAWLINSON, “Third world” bail system slammed by former Murdoch lawyer, in www.channel4.com, 18 dicembre 2014 (accesso: marzo 2019).

¹²⁴ Cfr. S. WILSON - H. RUTHERFORD - T. STOREY, *English Legal System*, cit., p. 592.

esclusivamente alle ipotesi della s. 37 *PACE*, tacendo, invece, riguardo a tutti gli altri casi di *pre-charge bail*, come ad esempio nella già vista s. 34(5) *PACE*. A superare questa limitazione, però, è intervenuta la giurisprudenza che, nel caso *Torres*¹²⁵, ha stabilito che, ogni qualvolta una persona versi in stato di *police detention*, è sempre possibile applicare la s. 37(2) o la s. 37(7) *PACE*. Pertanto, è oggi possibile l'applicazione di qualsiasi *conditions* al *pre-charge bail*, in sussistenza delle esigenze cautelari già viste *supra*, in sede di analisi dello *street bail*, nella s. 30A *PACE*¹²⁶.

Infine, se l'*officer* ritiene, ai sensi della s. 40(8) *PACE*, che la *detention* non sia più giustificabile alla luce delle condizioni di cui alla s. 37 *PACE*, la persona detenuta deve essere rimessa in libertà *without bail*, fatte salve le ipotesi in cui siano soddisfatte le *pre-conditions* per l'applicazione del *bail*. Parimenti, se non è stato formulato il *charge* entro lo scadere delle ventiquattro ore, dopo il c.d. *relevant time*, il detenuto va liberato *without bail*, salvo che vi siano le *pre-conditions* per applicare il *bail* (s. 41(7) *PACE*). Inoltre, il *release without bail* va disposto al raggiungimento dei tempi disposti dalla c.d. *clock detention*. E precisamente: allo scadere delle 36 ore successive alla *detention* senza formulazione di un capo di imputazione (s. 42(10) *PACE*); al rigetto della richiesta o dell'estensione di un *warrant of further detention* (ss. 43, 44 *PACE*) e, infine, allo scadere di un *warrant* (s. 43(18) *PACE*).

Nel trattare il *bail without charge*, si è spesso fatto riferimento alle c.d. *pre-conditions* introdotte dal legislatore del 2017 senza darne una precisa spiegazione. Al riguardo, le *pre-conditions* – disciplinate dalla nuova s. 50A *PACE* (introdotta dalla s. 58 *PCA*) – consistono, da un lato, nei requisiti di necessità e proporzionalità della misura in relazione alle circostanze (avendo anche riguardo delle *conditions* che andrebbero applicate) e, dall'altro, nell'autorizzazione a adottarla di un agente con il grado non inferiore a quello di ispettore, tenendo in considerazione ogni rappresentazione della persona sospettata o del difensore. La loro sussistenza è oggi richiesta per poter eccezionalmente applicare il *bail* in luogo del *release under investigation*.

¹²⁵ *R vs Commissioner of Police of the Metropolis, ex parte Torres* [2007] EWHC 3212.

¹²⁶ Cfr. E. CAPE - R. EDWARDS, *Police Bail Without Charge*, cit., p. 543.

Sul fronte temporale, si è già accennato al fatto che il *pre-charge bail*, prima del *PCA*, non prevedeva limiti alla sua applicazione. Con la riforma del 2017, però, sono stati introdotti, nelle sezioni da 47ZA a 47ZM nel *PACE*, limiti in tal senso, benché, ancora oggi, non esista un limite di durata massima per il *bail without charge*.

La riforma del *PCA* ha, anzitutto, distinto il *bail period* in base ai *designed cases* (or *relevant offences*) e gli *standard cases* (or *ordinary cases*): i primi sono i c.d. *FCA cases*, ossia i reati la cui attività investigativa è svolta dalla *Financial Conduct Authority*; i secondi, invece, sono i c.d. *SFO cases*, che ricomprendono i reati in relazione ai quali la persona viene indagata dal *Director of the Serious Fraud*, e tutti gli altri reati. In entrambe le ipotesi, l'inclusione di un reato tra i *FCA cases* o i *SFO cases* va sempre confermata da un *senior officer*¹²⁷, sebbene il *PCA* abbia aggiunto una s. 47ZE(2) *PACE* che attribuisce al *qualified prosecutor* il potere di trasmigrare uno *standard case* in un *designed case* nel caso il primo risulti «*exceptionally complex*».

Come detto, tale distinzione è oggi di assoluta rilevanza per la definizione del *bail period*. Precisamente, la s. 47ZB *PACE* – rubricata *applicable bail period: initial limit* – dispone che la durata del *bail* in relazione ai reati di tipo *SFO* sia di tre mesi, mentre per tutti gli altri reati e per quelli di tipo *FCA* sia di 28 giorni. Per entrambe le ipotesi, però, questi termini scattano dal *bail start date*, cioè, come specifica la s. 47ZB(4)(a), dal giorno successivo a quello in cui la persona è stata arrestata.

Ciononostante, per conferire maggiore flessibilità all'articolazione della misura in relazione ai singoli casi in concreto, questa previsione è stata mitigata dal legislatore inserendo, nelle sezioni da 47ZD *PACE* a 47ZG *PACE*, la possibilità di estendere il *bail period* in presenza di quattro condizioni a loro volta indicate nella s. 47ZC *PACE*. Tali condizioni consistono nella sussistenza di ragionevoli motivi che inducono a: sospettare che la persona sia colpevole della *relevant offence* per cui è indagata (*Condition A*); credere che necessiti maggior tempo per decidere se formulare o meno il *charging*, quando si sia già o si stia per applicare il *bail ex s. 37(7)(c) PACE* o *37CA(2)(b) PACE*, o, diversamente, ritenere che necessitino

¹²⁷ Un *senior officer* è un ufficiale avente almeno il grado di *superintendent* (s. 47ZB(4)(d) *PACE*).

ulteriori indagini in qualche modo connesse con il reato (*Condition B*); ritenere che si stia operando con diligenza e rapidamente in merito alla decisione sull'*an del charging*, quando si sia già o si stia per applicare il *bail ex s. 37(7)(c) PACE* o *37CA(2)(b) PACE*, o, diversamente, ritenere che l'indagine si stia svolgendo correttamente e con rapidità (*Condition C*); ritenere che l'applicazione del *bail* sia necessaria e proporzionata in relazione a tutte le circostanze fattuali (tenendo in considerazione, in particolare, le *conditions* eventualmente applicate o da applicare) (*Condition D*).

Ove sussistano congiuntamente tali condizioni (A+B+C+D), dunque, è ammessa l'estensione dei termini del *bail*. In particolare, la s. 47ZD *PACE* prevede che, negli *SFO cases*, il *senior officer* possa autorizzare l'applicazione di un '*extra bail time period* fino a tre mesi dal *bail start date*, se il termine di 28 giorni è ancora in corso. Prima di procedere all'autorizzazione, però, il *senior officer* deve provvedere a informare la persona interessata o il suo difensore dell'intenzione di allungare il *bail period* e deve tenere conto di ogni loro dichiarazione per, poi, informarli nuovamente dopo aver adottato il provvedimento con cui dà autorizzazione alla proroga dei termini. Invece, negli *FCA cases* o per gli *SFO cases* già estesi a norma della s. 47ZD *PACE*, il *decision maker* può estendere, a norma della s. 47ZE *PACE*, il *bail period* fino a sei mesi dal *bail start date*¹²⁸. Anche in questo caso, prima e dopo aver provveduto all'estensione dei termini, la persona interessata e il suo difensore devono essere informati e sentiti.

La riforma ammette, inoltre, un secondo livello di estensione del termine del *bail* che opera: (a) per i reati di tipo *SFO*; (b) per i reati *SFO* già estesi a norma della s. 47ZD *PACE*; (c) per i reati *FCA* e per i reati *SFO* ulteriormente estesi a norma della s. 47ZE *PACE*. In particolare, la s. 47ZF *PACE* ammette che, prima dello scadere dei termini del *bail*, un *qualifying applicant* possa richiedere alla *Magistrates' Court* la proroga del *bail period*. La Corte, valutata la sussistenza delle condizioni B, C o D della s. 47ZC *PACE* e che il caso non rientri nella sottosezione

¹²⁸ La s. 47ZE(4) *PACE* definisce «*appropriate decision maker*»: un membro del *Financial Conduct Authority* designato dal *Chief Executive of the Authority* (negli *FCA cases*); un membro del *Serious Fraud Office* «*who is of the Senior Civil Service*» (negli *SFO cases*) e, infine, a *qualifying police officer* in tutti gli altri casi.

(7)¹²⁹, autorizza l'estensione del *bail period*: fino a sei mesi dal *bail start date*, per i reati *SFO* e per i reati *SFO* già estesi a norma della s. 47ZD *PACE* e fino a nove mesi per gli *FCA cases* e per gli *SFO cases* ulteriormente estesi a norma della s. 47ZE *PACE*. Se, invece, trova applicazione la sottosezione (7), seguendo i medesimi presupposti, si innalzano i tempi rispettivamente a nove mesi e a dodici mesi (s. 47ZF(5)(6) *PACE*).

Un terzo livello di proroga (strutturalmente identico a quello della s. 47ZF *PACE*) è, infine, previsto dalla s. 47ZG *PACE* secondo cui, quando la Corte ha autorizzato la proroga ex s. 47ZF *PACE*, prima della scadenza del *bail period* (s. 47ZG *PACE*), un *qualifying applicant* può richiedere alla *Magistrates' Court* di autorizzare un'estensione dell'*applicable bail period* di tre mesi a decorrere dalla fine del termine già applicato. In questo caso, l'ulteriore termine è subordinato al soddisfacimento delle condizioni B, C e D della s. 47ZC *PACE* e, ove trovi applicazione la sottosezione (8), il termine dovrà essere incrementato di sei mesi. La sottosezione (8) riprende ed applica a queste ipotesi le medesime esigenze per la condizione B della già discussa s. 47ZG(7) *PACE* cui, dunque, si fa rinvio. Nel caso, poi, l'estensione dei termini sia stata concessa, è comunque possibile che ulteriori proroghe possano essere concesse su istanza di un *qualifying applicant*, per cui in tali ipotesi si seguono le medesime regole applicative di cui alla s. 47ZG(3)(6) *PACE*. Come già detto *supra*, infatti, non sono previsti limiti alle richieste (e concessioni) di estensione del *bail*.

Il procedimento applicativo seguito dalla Corte è definito dalla s. 47ZI *PACE* secondo la quale l'istruzione dell'istanza presentata alla *Magistrates' Court* spetta ad un singolo *justice of the peace* sulla base delle prove scritte presentate, salvo il caso in cui si applichino le previsioni delle sottosezioni (2) e (3)¹³⁰. In tali ipotesi, infatti, necessitano due o più *justices of the peace* riuniti «*otherwise than in open*

¹²⁹ La s. 47ZF(7) *PACE* include i casi che soddisfano la condizione B e che necessitano ulteriore tempo per concludere le indagini o giungere ad una decisione sul *charging*.

¹³⁰ Tali ipotesi prevedono che: «*a) the effect of the application would be to extend the applicable bail period in relation to the person so that it ends at or before the end of the period of 12 months beginning with the person's bail start date, and (b) a single justice of the peace considers that the interests of justice require an oral hearing*» e che: «*a) the effect of the application would be to extend the applicable bail period in relation to the person so that it ends after the end of the period of 12 months beginning with the person's bail start date, and (b) the person, or the person who made the application, requests an oral hearing*».

court», cioè non a porte aperte e con udienza orale. Tuttavia, l'*applicant* – cioè chi ha presentato l'istanza – può chiedere alla Corte di estromettere la persona interessata o il suo legale da parte dell'udienza, qualora sussistano ragionevoli motivi per ritenere che possano essere rivelate «*sensitive information[s]*»¹³¹ in quella sezione di udienza. Allo stesso modo, le sottosezioni (7) (8) prevedono uguali disposizioni in caso di «*application under section 47ZH*».

Un'altra modalità applicativa – che si potrebbe definire 'straordinaria' – delle s. 47ZF *PACE* e s. 47ZG *PACE* è definita nella s. 47ZJ *PACE* secondo cui, dopo aver presentato l'*application* per l'estensione del *bail period* prima della scadenza di quest'ultimo, se la Corte non può provvedervi in tempo, l'istanza va discussa prioritariamente «*as soon as is practicable*» ma, nel frattempo, il *bail period* va considerato come esteso fino alla definizione dell'istanza stessa.

Infine, la s. 47ZL *PACE*, riferendosi alle ipotesi di *release on bail ex s. 37(7)(a) PACE* ovvero *ex s. 37C(2)(b) PACE*, prevede che l'*applicable bail period*, se trattasi di *first release on bail*, non inizia a decorrere al momento dell'applicazione e, se già iniziato viene sospeso, riprendendo il proprio decorso il giorno in cui viene formulata la *DPP request* (cioè l'istanza di ulteriori indagini da parte del *Director of Public Prosecution*), salvo che i giorni residui del *bail period* siano inferiori a sette. In tal caso, infatti, i termini del *bail* rimangono in ogni caso sospesi per i sette giorni successivi alla formulazione della *DPP request*, sì da garantire un tempo minimo essenziale ma sufficiente per svolgere le indagini richieste dal *DPP*.

3.4. *The court's bail e la preventive detention. Tra right to bail e presunzione di 'colpevolezza'*

La normativa del *court's bail* è prevalentemente contenuta nel *Bail Act 1976* che, oltre a disciplinarne i caratteri generali, riconosce esplicitamente a qualunque persona (nella s. 4) il *right to bail*, presumendo, salvo il verificarsi delle condizioni

¹³¹ Come risulta dalla s. 47ZH *PACE*, si definisce *sensitive information* quell'informazione la cui rivelazione ha come risultato: «(a) *evidence connected with an indictable offence would be interfered with or harmed*; (b) *a person be interfered with or physically injured*; (c) *a persons suspected of having committed an indictable offence would be hindered*».

ostative di cui alla Scheda 1 del *Bail Act*¹³², l'adeguatezza dell'*unconditional bail* e, quindi, l'inopportunità di applicare la *preventive detention*¹³³. Nello specifico, il

¹³² I casi indicati nella Scheda 1 del *Bail Act* 1976 hanno una disciplina differente in relazione ai reati cui afferiscono. Precisamente, si distinguono: le *imprisonable offences*, le *non-imprisonable offences* e alcuni reati c.d. 'speciali'. Riguardo alle *imprisonable offences*, in sussistenza dei presupposti richiesti dalla s. (4) *Bail Act*, parte I, Scheda 1 del *Bail Act* autorizza a negare il *bail*: quando la *Magistrates' Court* si convince che qualora venisse concesso il *bail*, l'accusato potrebbe darsi alla fuga, commettere ulteriori reati, inquinare le prove o, ancora, ostacolare il procedimento penale nei suoi confronti o a carico di altri e, in ogni caso, quando non c'è il tempo per operare queste valutazioni (a)(e); quando il soggetto si trova già *on bail* al momento in cui ha commesso il reato (b); quando la custodia va disposta per la protezione stessa della persona destinataria della misura o se non c'è il tempo per operare queste valutazioni (c)(e); quando il *defendant* deve scontare una precedente pena detentiva (d); quando il *defendant* è stato arrestato per il reato di *absconding* a norma della s. 7 *Bail Act* (f); quando il *defendant*, avente almeno 18 anni, non vuole sottoporsi ad un programma di recupero per tossicodipendenti causato dall'uso di psicotropi di Classe A (g). A seguito delle modifiche intercorse a partire dal *Bail (Amendment) Act* 1993, però, quest'assetto disciplinare ha subito un'ulteriore notevole involuzione applicativa a causa della proliferazione di alcune ipotesi speciali che costituiscono condizioni ostative all'applicazione del *bail*. In particolare, esse includono alcuni reati per cui il *bail* può essere applicato solo se sussistono «*exceptional circumstances which justify it*» ai sensi della s. 25 del *Criminal Justice and Public Order Act* 1994. A voler essere più precisi, tali circostanze si riducono essenzialmente ai reati di omicidio doloso (consumato, tentato o preterintenzionale) – per cui, tra l'altro, il *bail* può essere eccezionalmente applicato solo dalla *Crown Court* a norma della s. 115 del *Coroners and Justice Act* 2009 – omicidio colposo, violenza sessuale (consumata o tentata) ovvero ai reati di natura sessuale aggiunti dal *Sexual Offences Act* 2003, Scheda 6, par. 32 nel caso di recidiva specifica del *defendant* (cfr. V. PATANÈ, (voce) *Processo penale inglese*, in *Enc. dir.*, annali II, tomo I, Giuffrè, 2008, p. 768). L'altra categoria è, poi, quella inerente ai reati appartenenti alle *non-imprisonable offences* seguenti all'esecuzione di un arresto ai sensi della s. (7) *Bail Act*. In tal caso, la *preventive detention* può essere disposta per la protezione della persona e nel suo interesse nel caso in cui questi sia qualificabile come *child* o *young person* e quando la Corte rilevi che il *defendant*, avendo già goduto in precedenza del *bail* in altri procedimenti penali, abbia già dimostrato di non essere in grado di rispettare le prescrizione del *bail* e sussista, dunque, il rischio che questi, se rilasciato nuovamente *on bail*, commetta un altro reato, interferisca con i testimoni o comunque ostacoli il corso del procedimento penale (Scheda 1, Parte II, s. 5 del *Bail Act*). Infine, il *bail* può essere rifiutato ove il *defendant* non sia comparso in precedenti processi e, dunque, ove sussista il rischio che questi si dia alla fuga se rilasciato *on bail*. Cfr. V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 213 sebbene, come evidenzia J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, cit., p. 108, è raro che venga negato il *bail* per delle *non-imprisonable offences*. Cfr. V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 219; C. FIORIO, *Il bail nel sistema inglese*, cit., p. 4 e V. PATANÈ, (voce) *Processo penale inglese*, cit., p. 768; C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 102 s. Per quanto, invece, attiene all'onere della prova, questo incombe, ovviamente, sul *prosecutor*. Precisamente, il *prosecutor*, per potere ottenere l'applicazione della custodia cautelare, deve provare, nel caso di *imprisonable offence* e *non-imprisonable offences*, l'esistenza di una o più condizioni ostative all'applicazione del *bail*, mentre, nel caso di reati che rientrano tra quelli speciali, deve provare che il reato per cui si procede rientri concretamente tra quelli che presumono *ex lege* l'inapplicabilità del *bail*. Come detto, però, in quest'ultima ipotesi l'applicazione del *bail* è possibile subordinatamente all'esistenza di «*exceptional circumstances*» la cui prova incombe, come intuibile, sulla difesa.

right to bail è riconosciuto al *defendant* a partire dalla prima comparizione di fronte alla *Magistrates' Court* o alla *Crown Court* e fino a quando non maturi una sentenza di condanna (ancorché non definitiva). Facendo seguito a questa scelta normativa, dunque, la legislazione inglese prevede che non cessi la presunzione del *right to bail*, anche in caso di sentenza di condanna, ove si sia disposto un rinvio (*adjournment*) per la redazione del verbale¹³⁴. Una volta intervenuta una pronuncia di condanna, invece, la presunzione non opera più e si considera applicabile la *preventive detention* al pari delle altre restrizioni del *bail with conditions*¹³⁵.

Proprio quest'impostazione normativa, però, solleva qualche perplessità. Precisamente, posto che il sistema inglese considera il *right to bail* come un corollario del principio di presunzione di innocenza¹³⁶, la scelta di farne cessare la presunzione dopo una pronuncia di condanna non ancora definitiva sembra essere il sintomo di una involuzione del principio di innocenza in presunzione di

Pertanto, si sono posti concreti dubbi circa la conformità di questa normativa – che sembra invertire l'onere probatorio – con i principi del giusto processo e del principio di presunzione di innocenza incardinati negli artt. 5 e 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Tuttavia, di diverso avviso è stata la *House of Lords* che non ha ravvisato alcuna violazione in merito. Precisamente, a detta della Corte, non verrebbe a costituirsi un'inversione del *burden of proof* in capo all'accusato perché è dapprima il *prosecutor* a dover provare la collocazione normativa e/o l'esistenza dei *grounds* necessari a convincere la *Court* ad applicare il *bail* (Cfr. *R(O) v Harrow Crown Court* [2007] 1 AC 247).

¹³³ Cfr. S. RUGGERI, *Tutela cautelare e salvaguardia dei diritti della persona*, in AA. VV., *Profili comparatistici e garanzie sovranazionali in Europa*, a cura di A. GABOARDI - A. GARGANI - G. MORGANTE - A. PRESOTTO - M. SERRAINO, Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti, 9-10 novembre 2012, Giappichelli, 2013, p. 152.

¹³⁴ In caso di *adjournment for reports*, comunque, la durata del *bail* o della *custody* non può essere superiore, rispettivamente, a tre settimane e a quattro settimane (s. 10(3) *Magistrates' Courts Act* e s. 30 *Magistrates' Courts Act*).

¹³⁵ Tuttavia, la *preventive detention* prevede dei tempi massimi di applicazione che differiscono in relazione al tipo di reato ed alla fase procedimentale in cui ci si pone. Precisamente, la *Custody Time Limits Regulations* del 1987 prevede che: in caso di *summary offences* la durata è fissata in 56 giorni dalla prima comparizione all'inizio del processo; in caso di *either-way offences* la durata è fissata in giorni 70 dalla prima comparizione all'inizio del processo o il rinvio alla *Crown Court*; in caso di *serious offences*, infine, la durata è fissata in 70 giorni dalla prima comparizione fino al rinvio alla *Crown Court*. Nel caso di rinvio alla *Crown Court*, quest'ultima ha 182 giorni per potere iniziare il processo, per una durata di custodia di 252 giorni massimi, contando dalla *first appearance*. Terminato tale periodo il *defendant* va rilasciato *on bail*. Tuttavia, ove la Corte rilevi che il *prosecutor* ha operato secondo diligenza e speditezza, la *custody* può essere estesa anche più di una volta se necessario. Al riguardo cfr. E. CAPE - T. SMITH, *The practice of pre-trial detention in England and Wales: Research report*, in <http://eprints.uwe.ac.uk/28291>, University of the West of England, 2016, p. 29 (accesso: aprile 2020).

¹³⁶ Come riporta N. CORRE, *Bail in criminal proceedings*, Fourmat Publishing, 1990, p. 1.

colpevolezza in questa fase del procedimento penale. E benché anche la giurisprudenza EDU sia orientata a riconoscere che la presunzione di innocenza possa operare anche solo fino alla pronuncia di primo grado¹³⁷, un ordinamento come quello in esame che, da un lato, sebbene contrariamente a quanto ritenuto dalla *House of Lords*¹³⁸, opera un'inversione dell'onere della prova per alcune ipotesi delittuose che, per la loro particolare gravità, presumono *ex lege* l'applicazione della *police custody* a discapito del *bail* e, dall'altro, dimostra carenze sostanziali nel sistema delle *bail application*, ci si aspetterebbe, perlomeno, un contro-bilanciamento in termini di garanzia, volto ad estendere quel che resta del *right to bail* anche oltre il primo grado di giudizio. Anche questo profilo contribuisce, quindi, a comporre quel quadro costituzionale estremamente debole delle garanzie processuali vigenti nel sistema processuale penale inglese.

Per quanto attiene all'*iter* applicativo, il *court's bail* segue le norme contenute nel *Magistrates' Courts Act* 1980 (*MCA*) e nel *Bail Act* 1976. In particolare, i *magistrates* hanno il potere di applicare il *bail* fin dalla prima comparizione del *defendant* in udienza e, parimenti, ad ogni rinvio dell'udienza (c.d. *adjournment*), «before beginning to inquire [...] or at any time during the inquiry» (s. 5 *MCA*) può essere applicato il *bail* o, in sussistenza dei presupposti, la *preventive detention*. Vi sono poi casi in cui il *remand on bail or in custody* dell'imputato è obbligatorio. Tali ipotesi si realizzano, ai sensi della s. 18(4) *MCA*, quando l'*adjournment* è disposto contestualmente alla prima comparizione e l'imputato si trovava *on bail* ovvero *in custody*. Anche in questo caso, però, non può farsi a meno di rilevare, da un lato, che il *defendant* è costretto a subire le conseguenze delle decisioni della *police* sulla propria libertà anche dopo esser comparso davanti la *Court* e, dall'altro, che il *CPS* continua a rimanere inerte davanti ad una situazione in cui potrebbe ben supplire alle mancate decisioni dei *magistrates*, statuendo sulla *quaestio libertatis* in attesa della nuova comparizione davanti alla Corte.

Un'ultima problematica applicazione del *court's bail* o della *preventive detention* si verifica quando vi è rimessione del *defendant* dalla *Magistrates' Court*

¹³⁷ Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, 6 dicembre 1988, *Barberà, Messegué, Jobardo c. Spagna*.

¹³⁸ Cfr. *supra*, in questo paragrafo, nota 132.

alla *Crown Court* per procedere *on indictment*¹³⁹ ovvero per la commisurazione della pena (s. 6(3) *MCA*). In tale ipotesi, infatti, venendo meno la presunzione all'applicazione al *bail* su specifica previsione normativa, i giudici possono applicare la *preventive detention* addirittura senza un termine di durata (*timeless*), in attesa della comparizione davanti la *Crown Court*. Pertanto, si intuisce come la decisione assuma un ruolo particolarmente delicato, anche alla luce del fatto che normalmente occorrono settimane o mesi prima che un caso proveniente da una *Magistrates' Court* venga preso in carico da una *Crown Court*¹⁴⁰.

Anche in questa occasione è stata adottata una scelta normativa discutibile, perché fondata sul principio anti-democratico della presunzione di colpevolezza. Infatti, concedendo la possibilità di applicare la *preventive detention* senza limiti temporali, prima ancora di una pronuncia di condanna, si è fatta ricadere la valutazione della *quaestio libertatis* – se non solo, anche – sulla ‘fase del procedimento’ che, peraltro, avendo cognizione di reati più gravi, deve essere celebrato davanti alla *Crown Court*.

3.5. *Le bail application come sistema di controllo diffuso dello status detentionis*

Nonostante le perplessità mostrate, il processo inglese si caratterizza per un originale sistema di controllo ‘diffuso’ e ‘costante’ della legittimità dell'eventuale *detention* applicata, quantomeno in via teorica. Precisamente, come diretta conseguenza del *right to bail* generalmente riconosciuto ad ogni imputato nel procedimento penale, il *defendant* è legittimato, fin dalla prima comparizione davanti alla *Magistrates' Court*, a presentare delle *bail application*, ossia ha diritto a richiedere formalmente l'applicazione del *bail* in luogo della *custody*. A questo fine, il soggetto posto in stato di *police custody* deve comparire in udienza davanti alla *Magistrates' Court* il più presto possibile (normalmente alla prima udienza utile per i giudici della Corte)¹⁴¹. Tale udienza – nota come di *first appearance* – ha,

¹³⁹ Tuttavia, nota J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, cit., p. 103, quando al termine dell'udienza la Corte ritiene probabile la condanna alla reclusione il *bail* viene, sovente, revocato subito dopo l'inizio del «*summing-up*».

¹⁴⁰ Cfr. *ibidem*.

¹⁴¹ Cfr. E. CAPE – T. SMITH, *The practice of Pre-trial Detention in England and Wales*, cit., p. 30 evidenzia che nella prassi questa coincide con il giorno dopo quello in cui si è avuta la formulazione del *charging*, anche se, posto che le corti non hanno udienze la domenica, ove il capo di imputazione

infatti, lo scopo di presentare al giudice tutto il materiale investigativo necessario e di decidere sull'eventuale (e probabile presentazione della) *bail application* del *defendant* (s. 14.5(2) *CrimPR*¹⁴²). Precisamente, la Corte domanda alla difesa se vuole presentare una *bail application* e, in caso affermativo, chiede al *prosecutor* di esprimere il proprio assenso ovvero di formulare le proprie obiezioni ed opposizioni. In caso di assenso, il giudice si limita ad un ruolo «notarile» di ratifica della volontà negoziale delle parti¹⁴³. In caso di opposizione, invece, il *prosecutor*, allegando eccezioni specificamente precisate (s. 14.5(3) *CrimPR*)¹⁴⁴, richiede l'applicazione di alcune *conditions* – anche qui indicate e giustificate – o l'applicazione della custodia cautelare (s. 14(4) *CrimPR*). Tuttavia, è opportuno notare che, nonostante l'apparente indipendenza ed autonomia, le richieste del *prosecutor* sovente si allineano a quelle dettate dalla *police* che «*construct cases for prosecution*» al fine di ottenere la permanenza in carcere dell'imputato¹⁴⁵. Ciò accade perché, come notato in dottrina, la *police* esercita una forte influenza sul *Crown Prosecution Service* ma anche sui giudici delle *Courts* che, non avendo strumenti adeguati per conoscere la *quaestio libertatis*, non possono che fare affidamento sulla ricostruzione della *police* che, dunque, finisce per determinare l'esito del *bail process*¹⁴⁶.

sia stato formulato il sabato pomeriggio, la persona in custodia non potrà (di norma) essere presentata in udienza prima di lunedì.

¹⁴² Abbreviazione di *Criminal Procedure Rules* 2015.

¹⁴³ C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 118.

¹⁴⁴ Di norma, riporta J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, cit., p. 111, il *prosecutor* si limita a portare in giudizio il modulo predisposto dalla *police* in cui vengono esposte le ragioni sottostanti alla necessità di negare la libertà su cauzione. Precisamente: gravità del reato, precedenti penali, altri processi a carico, inosservanza delle *conditions* verificatasi in altre occasioni e rischio di inquinamento delle prove (soprattutto orali). Cfr. C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 119.

¹⁴⁵ Così S. FIELD - P. THOMAS, *Justice and Efficiency? The Royal Commission on Criminal Justice*, in *Journal of Law and Society*, 1994, p. 74 riportato in nota da C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 121.

¹⁴⁶ Cfr. A. HUCKLESBY, *Remand decision makers*, in *Criminal Law Review*, 1997, p. 269; C. PHILIPS - D. BROWN, *Entry into the Criminal Justice System: a Survey of Police Arrests and their Outcomes*, in AA. VV., *Home Office Research Study No 185*, Home Office, 1998; B. MHLANGA, *Race and Crown Prosecution Service Decisions Stationery Office*, 1999, p. 134 s; C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 122 sottolinea, poi, che una soluzione potrebbe derivare dall'adozione di *bail information schemes* per la concessione della cauzione, ove il *Crown Prosecution Service* dovrebbe valutare le prove poste a supporto del diniego di concessione della *police*. In tal modo, infatti, sembrerebbe porsi in essere un «primo correttivo alla prassi di porre

Presentate le istanze, il giudice concede il diritto di replica al *defendant* il quale, con la sua difesa, cercherà di provare l'esistenza di motivi (come la presenza di stabili legami familiari) atti a scongiurare il rischio di inosservanza del *bail*. A tal proposito, il difensore può anche chiamare in giudizio un garante che, alla luce della propria solvibilità ed ai legami intercorrenti con l'imputato, potrebbe convincere la Corte a provvedere alla scarcerazione¹⁴⁷. Il diritto a formulare una *full argued bail application*, infatti, consiste proprio nella possibilità che ha il *defendant* di contestare, anche nel merito, la richiesta del *prosecutor* di non concedere il *bail*¹⁴⁸. In particolare, l'imputato dovrà indicare per iscritto il provvedimento richiesto alla Corte, il reato di cui è imputato e il provvedimento della *police* di cui si chiede la revisione (s. 14.6 *CrimPR*). Valutata l'istanza, se questa viene rigettata, l'imputato ha comunque diritto ad un'altra *full argued application* nella successiva udienza. Se, però, anche la seconda *application* dovesse essere rigettata, la Corte non avrà più l'obbligo di valutare eventuali altre *application* presentate dall'imputato, in assenza di nuovi elementi probatori. Quest'ultima previsione è stata introdotta, dapprima, per via giurisprudenziale nel caso *Nottingham Justices ex parte Davies*¹⁴⁹ e, in seguito, con la s. 154 *Criminal Justice Act* 1988 che, inoltre, estendeva a ventotto giorni l'efficacia della custodia cautelare disposta dalla *Court*¹⁵⁰, allo scopo di evitare un sistema che sarebbe stato

a base della decisione cautelare gli elementi di prova raccolti dalla polizia giudiziaria». Ciononostante, questa stessa dottrina non manca di notare le perplessità di M. K. DHAMI, *Do Bail Information Scheme Really Affect Bail Decisions?*, in *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 41, 2002, n. 3, p. 245 secondo cui l'effetto degli *bail schemes* sarebbe solo quello di deresponsabilizzare l'operato dei giudici delle *Courts*.

¹⁴⁷ J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, cit., p. 111.

¹⁴⁸ Cfr. *ibidem* che evidenzia l'importanza dell'*application* in termini difensivi in quanto, ove non venisse presentata, non sarebbe difficile per la Corte disporre il *remand in custody* sulla base delle argomentazioni del *prosecutor*.

¹⁴⁹ Nel caso *R vs Nottingham Justices, ex parte Davies* [1981] 1 QB 38 la *Divisional Court* ha ritenuto indispensabile, per valutare l'*application*, la sussistenza di «*fresh argument*», definiti poi dalla stessa *Divisional Court* nel caso *R vs Blyth Juvenile Court, ex parte G* [1991] Crim LR 693 come un cambiamento di circostanze che non deve essere necessariamente rilevante. Cfr. J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, cit., p. 113; D. SHARPLEY, *Criminal litigation: Practice and Procedure*, CLP, 2010, p. 141 ss; A. M. VAN KALMTHOUT - M. M. KNAPEN - C. MORGENSTERN, *United Kingdom*, in AA. VV., *Pre-trial Detention in the European Union: An Analysis of Minimum Standards in Pre-trial Detention and the Grounds for Regular Review in the Member States of the EU*, WLF, 2009, p. 948; E. CAPE, *The practice of Pre-trial Detention*, cit., p. 31; C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 97.

¹⁵⁰ J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, cit., p. 101.

«*wasteful of resources if exactly the same issues were being re-argued on each occasion*»¹⁵¹.

A parziale compensazione di queste disposizioni, la normativa inglese impone la motivazione di ogni provvedimento di rigetto e la sua trascrizione nel «*record of the court proceeding*»¹⁵². Tuttavia, in dottrina si è fatto notare come, spesso, i giudici si limitino a segnalare che il caso in concreto rientra tra le ipotesi eccezionali per cui va applicata la custodia cautelare, tralasciando di redigere tutto l'apparato motivazionale ed adottando, in sua vece, parole standardizzate¹⁵³. Pertanto, anche in questo, si manifestano carenze nelle garanzie processuali poste in favore del *defendant*, a detrimento del principio di presunzione d'innocenza ex art. 6.2 CEDU.

Intanto, prima che si instauri l'udienza preliminare – mediante i *committal proceedings*, se si procede *on indictment*¹⁵⁴, ovvero con *transfer proceeding*, nelle altre ipotesi¹⁵⁵ – o il giudizio abbreviato (*summary trial*), trascorrono settimane o mesi e, *medio tempore*, l'imputato viene privato della propria libertà in virtù di un provvedimento di *remand in custody* che va rinnovato ogni otto giorni. Come anticipato, il sistema normativo inglese attua un regime di controllo pressoché costante dello *status detentionis* e dei relativi presupposti che – distinguendosi nettamente dalla disciplina italiana – prevede la periodica riconduzione del *defendant* davanti alla *Magistrates' Court* per valutare lo *status detentionis* e, eventualmente, prolungare il *period of remand* ogni settimana.

Tuttavia, a seguito dell'introduzione del *Criminal Justice Act* 1988, è ora data possibilità ai giudici di applicare la custodia cautelare per una durata fino a ventotto o trentadue giorni – che pragmaticamente opera mediante la proroga per tre volte

¹⁵¹ R. VOGLER, *England and Wales*, in AA. VV., *Liberty and Security in Europe: A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*, a cura di S. RUGGERI, Vandenhoeck and Ruprecht, 2012, p. 98.

¹⁵² J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, cit., p. 112.

¹⁵³ Pratica condannata dalla *Law Commission* in quanto viola la disciplina della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Cfr. A. HUCKLESBY, *Bail in Criminal Cases*, cit., p. 122 ss; C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 93.

¹⁵⁴ Ex ss. 5, 10(4) e 18(4) del *Magistrates' Courts Act* 1980. Cfr. V. PATANÈ, (voce) *Processo penale inglese*, cit., p. 770; C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 100.

¹⁵⁵ Ex s. 51A *Crime and Disorder Act* 1998. Cfr. V. PATANÈ, (voce) *Processo penale inglese*, cit., p. 770.

di seguito del *period of remand* in assenza dell'imputato. Per potere adottare un simile provvedimento, però, occorre l'approvazione del *defendant* in presenza del suo difensore¹⁵⁶ e, superato questo *period of remand*, necessità obbligatoriamente la presenza dell'imputato che – volente o nolente – deve presentarsi in udienza per permettere alla Corte di disporre un'eventuale ulteriore proroga della custodia cautelare che, in sua assenza, non potrebbe più applicare.

Nonostante l'esistenza di queste garanzie processuali, però, le udienze sul *bail* sono state oggetto di critica per la rapidità con cui si svolgono. Infatti, uno studio su due *Magistrates' Court* di Londra ha messo in evidenza che la durata media dei procedimenti sul *bail* è di appena sei minuti, pertanto lo stesso *Lord Justice Robin E. Auld*, in un proprio *report*, ha intimato a tutte le Corti di impiegare più tempo per discutere le questioni sul *bail*¹⁵⁷. Inoltre, più di recente, uno studio condotto tra tutti i tribunali di Londra ha confermato questo *trend*, rilevando che il tempo mediamente impiegato per la discussione delle *bail application* è di cinque minuti nell'86% dei casi analizzati, persino in caso di rigetto della richiesta del *prosecutor* di applicazione della custodia cautelare¹⁵⁸.

In secondo luogo, sono state mosse critiche circa la compatibilità dell'attuale normativa del *bail system* con l'art. 6 CEDU. Nello specifico, il problema riguarda l'estensione del principio di presunzione di innocenza ai procedimenti di revisione del *bail*. Sul punto, nel caso *Havering*¹⁵⁹ la difesa lamentava la mancanza di qualsivoglia «*formal evidence and procedures*»¹⁶⁰, cioè l'assenza della possibilità di verificare la consistenza del materiale accusatorio – che consisteva solamente in una prova orale – posto a giustificazione dell'applicazione del *bail* e di accedere alla *cross-examination* delle prove dichiarative. Nel caso *Malik*¹⁶¹, la *Divisional*

¹⁵⁶ Cfr. A. M. VAN KALMTHOUT - M. M. KNAPEN - C. MORGENSTERN, *United Kingdom*, cit., p. 948. Inoltre, J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, cit., p. 114, riporta il caso *R vs Dover & East Kent Justices, ex parte Dean* [1992] Crim LR 33 per precisare che la *bail application* non viene meno nemmeno dopo che sia trascorso il «*period of remand by consent*» se non se ne è usufruito nell'udienza *of first appearance*.

¹⁵⁷ R. E. AULD, *Review of the Criminal Courts of England and Wales: Report*, Stationary Office, 2011, p. 428 ss. Cfr. J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, cit., p. 112.

¹⁵⁸ M. ZANDER, *Operation of the Bail Act in London Magistrates' Court*, in *New Law Journal*, 1979, n. 129, p. 108.

¹⁵⁹ *R (on the application of the Dpp) vs Havering Magistrates' Court* [2001] 1 WLR 805.

¹⁶⁰ J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, cit., p. 112.

¹⁶¹ *R vs Central Criminal Court, ex parte Malik* [2006] A ALL ER 1141.

Court si trovò a dover chiarire l'obbligo di procedere, in tutte le udienze davanti la *Crown Court* sul *bail*, in conformità all'art. 6 CEDU e, dunque, a porte aperte, fatta salva l'ipotesi di poter derogare a tale previsione ove il giudice ne dovesse ravvisare la necessità. Ciononostante, nel caso *Thomas*¹⁶², la stessa *Divisional Court* negò l'applicabilità di tutte le altre regole probatorie che operano specificatamente nel processo principale, con la risultante che una testimonianza di un agente di polizia potrebbe essere adottata in un'udienza sul *bail* anche se, nel processo principale, sarebbe inammissibile, perché rientrante tra i casi che non ammettono la *hearsay evidence*. Com'è evidente, dunque, questa fase procedimentale lascia più di una perplessità per la presenza di inclinazioni inquisitorie in cui le garanzie del giusto processo, del contraddittorio e, più in generale, dei corollari del diritto alla libertà personale tendono ad essere (anche se non del tutto) compressi. A fugare ogni certezza è sufficiente guardare gli impietosi numeri dei soggetti che, sottoposti a custodia cautelare, sono poi effettivamente condannati. E precisamente, uno studio del 2000 svolto su tutto il territorio di Inghilterra e Galles rivelò che, tra i soggetti imputati sottoposti a custodia cautelare, ben il 63% veniva poi prosciolto, gettando ombre sull'effettiva tutela del principio di presunzione d'innocenza postulato dalla 'costituzione' inglese¹⁶³. Tuttavia, nel ventennio successivo la legislazione è mutata – specialmente con l'introduzione del *Legal Aid Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012* e con il *Policing and Crime Act 2017* – e dunque, parallelamente, potrebbero essere cambiati anche questi numeri. In particolare, il c.d. *no real prospect test* è sorto proprio con l'intento di ridurre la popolazione carceraria¹⁶⁴, per cui è immaginabile che anche il rapporto tra soggetti sottoposti a custodia cautelare e soggetti condannati a pena detentiva potrebbe essere ridotto. Per potere dare una conferma di questa inversione del trend, però, sarebbe senz'altro

¹⁶² *R vs Greenwich Magistrates' Court, ex parte Thomas* [2009] Crim LR 800.

¹⁶³ Cfr. R. MORGAN - P. JONES, *Jail or Bail?*, in *Criminal Justice Under Stress*, a cura di S. CASALE - E. STOCKDALE, Blackstone Press, 1992, p. 39. Inoltre, come nota anche C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 98 nel riportare le parole di A. HUCKLESBY, *Bail in Criminal Cases*, cit., p. 117 ss. la detenzione preventiva è divenuta un'anticipazione della pena volta far provare agli imputati l'esperienza della detenzione carceraria anche a chi non è destinato alla carcerazione.

¹⁶⁴ C. MANCUSO, *Uno sguardo "oltremarica": strategie di contrasto del sovraffollamento carcerario nel modello inglese*, cit., p. 469.

necessario svolgere un nuovo studio statistico che raccolga e rielabori i dati inerenti alla popolazione carceraria di tutta l'Inghilterra e il Galles.

A margine, è opportuno dare menzione dei criteri sulla base dei quali i giudici della *Magistrates' Court* (e delle altre Corti ove competenti) possono basare il proprio convincimento per decidere le *bail application* e le richieste del *Crown prosecutor*. Facendo seguito a quanto disposto dal *Bail Act* 1976, i giudici, oltre ad osservare eventuali esperienze pregresse di concessione di *bail* al *defendant*, devono anzitutto tenere conto della natura e gravità del reato. In proposito, tale criterio si basa sulla regola d'esperienza secondo cui «più grave è il reato, maggiore sarà la probabilità che l'imputato si renda irreperibile»¹⁶⁵. Tuttavia, poiché non risulta alcuna legge scientifica sperimentabile e, soprattutto, verificabile in proposito, è chiaro che l'organo giudicante si riveste di un potere ampiamente discrezionale che deve cercare di ricercare elementi oggettivi che facciano ritenere plausibile il rischio di fuga, la reiterazione dei reati o l'inquinamento delle prove¹⁶⁶. In secondo luogo, vanno valutate le relazioni sociali e i legami familiari dell'imputato, in quanto questi possono determinare o dissuadere eventuali propositi di fuga dell'imputato. Tuttavia, in dottrina si è notato che anche questo criterio non può essere *ex se* determinante, in quanto fallibile e fortemente discrezionale¹⁶⁷. Un parametro che, invece, difficilmente assume rilevanza è quello delle prove a carico dell'imputato, in quanto queste, costituendosi in dibattimento, non sono ancora disponibili nella fase investigativa in cui la colpevolezza è ancora tutta, appunto, da provare. Invero, la norma parla di «*strength of the evidence*»¹⁶⁸, potendo lasciare spazio ad interpretazioni estensive del termine *evidence* anche ai semplici indizi. Tuttavia, è ben chiaro che tale criterio *ex se* difficilmente riesce a fondare una misura di custodia cautelare e che, comunque, in generale tutti i criteri *supra* esposti non sono infallibili, tanto da essere definiti in dottrina «*non univoci [ed] inaffidabili*» con conseguenti rischi di decisioni erranee.

Definito il quadro normativo che sottende alla disciplina delle *bail application* davanti alla *Magistrates' Court*, è conveniente analizzare l'istanza di

¹⁶⁵ C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 109.

¹⁶⁶ *Ivi*, p. 110.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ Cfr. paragrafo 9, Scheda 1, *Bail Act* 1976.

appello che con tale mezzo può essere presentata davanti alla *Crown Court*, alternativamente o successivamente a quelle eventualmente già discusse davanti alla *Magistrates' Court*¹⁶⁹. Secondo quanto stabilito dalla s. 81(1) *Supreme Court Act* 1981, le *bail application* presentate alla *Crown Court* sono ammissibili se: la *Magistrates' Court* ha applicato la custodia e attesta di aver ascoltato tutta la discussione prima di prendere la decisione di rifiutare il *bail*; l'imputato è stato rimesso alla *Crown Court* per svolgere il processo ovvero per formulare la condanna alla reclusione ovvero se questi ha appellato in *Crown Court* la condanna o la sentenza della *Magistrates' Court*; l'imputato ha appellato in *Divisional Court* un caso sostenuto dalla *Crown Court* o ne ha chiesto la revisione; il giudice competente della *Crown Court* ha convalidato l'idoneità a presentare appello alla *Court of Appeal* avverso la condanna o la sentenza¹⁷⁰.

Sull'appello decide la *Crown Court* in camera di consiglio che, normalmente, fissa un'udienza entro il giorno lavorativo successivo a quello in cui è stata presentata l'*application* (s. 14.8(6) *CrimPR*)¹⁷¹. Per poter procedere, però, occorre presentare prima dell'udienza la *notice of application*, il *full argument certificate* e, infine, l'estratto del casellario giudiziario con i precedenti dell'imputato. Trattasi di

¹⁶⁹ Il termine appello – chiarisce C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 125 che richiama in nota L. MOCCIA, *Il sistema di giustizia inglese. Profili storici e organizzativi*, Maggioli Editore, 1984, p. 21 – nel sistema del diritto processuale inglese «non viene usato soltanto per indicare il riesame in seconda istanza del merito di una sentenza di primo grado. Tale termine – se inteso in un'accezione più ampia – può, anzi, designare l'intera gamma dei mezzi di impugnazione lì previsti». Inoltre, D. SHARPLEY, *Criminal litigation*, cit., p. 145 nota come usualmente le impugnazioni operano solo dopo aver esaurito con insuccesso sia la *first che la second application* davanti la *Magistrates' Court*, in quanto strategicamente più conveniente. Sebbene l'autore non ne indichi le ragioni, c'è da presumere che la convenienza risieda nel rischio che un'infruttuosa *bail application* davanti alla *Crown Court* possa costituire un 'pregiudizio' difficilmente superabile davanti una Corte di grado inferiore qual è la *Magistrates' Court*.

¹⁷⁰ Al fine di presentare l'istanza di appello, il difensore deve notificare – ai sensi della s. 14.8(2)(b) *CrimPR* – un avviso di impugnazione (*notice of application*) alla *Crown Court*, al *CPS*, alla *Magistrates' Court* e, ove presente, al *surety*, almeno ventiquattro ore prima dell'udienza. L'avviso deve contenere il provvedimento che si richiede venga applicato dalla *Crown Court*, i dettagli delle precedenti *application* presentate dal *defendant*, la fase processuale cui è giunto il procedimento penale, la natura e le motivazioni sottostanti all'appello e le specifiche circa le eventuali proposte di cauzione (art. 14.8(3) *CrimPR*). Cfr. D. SHARPLEY, *Criminal litigation*, cit., p. 147.

¹⁷¹ SHARPLEY, *Criminal litigation*, cit., p. 147 precisa che «*is normal practice to obtain a date for the hearing from the Crown Court at the same time as completing the application*». L'art. 14.8(3)(d) *CrimPR*, però, ammette la possibilità per il *defendant* di richiedere di celebrare al più presto l'udienza, ovviamente, previa indicazione delle ragioni sottostanti a tale necessità.

onere procedurale essenziale, la cui inosservanza, infatti, determina l'inammissibilità dell'istanza, in quanto, insieme all'onere del *Crown prosecutor* di notificare alla *Crown Court* e al *defendant* l'intenzione, se del caso, di fare opposizione – corredata delle elementi a supporto ad esse sottostanti – permette, da un lato, di dare piena cognizione alla Corte della *quaestio libertatis* e, dall'altro, di instaurare il contraddittorio tra le parti – *CPS* e *defendant* – davanti alla Corte ¹⁷². Lo svolgimento dell'udienza e l'esecuzione del provvedimento, poi, seguono, rispettivamente, le regole del contraddittorio e del diritto di difesa. Precisamente, ascoltate le *representations* del *CPS*, il difensore del *defendant* ha diritto a replicare e, nel caso il giudice dovesse accogliere l'impugnazione o applicare il *bail with or without conditions*, una copia dell'ordinanza del giudice dovrà essere inviata immediatamente nel luogo in cui il *defendant* è detenuto (carcere o *remand centre*), sì da permetterne il tempestivo rilascio ¹⁷³.

Oltre all'impugnazione da parte del *defendant*, la s. 1 *Bail (Amendment) Act* 1993 ha attribuito al *prosecutor* il potere di appellare davanti alla *Crown Court* la decisione della *Magistrates' Court* di concedere il *bail* o di rifiutare l'applicazione di *conditions*. In particolare, tale potere sussiste quando il reato è di tipo *imprisonable* e le indagini siano state svolte dal *CPS*, sebbene solamente nell'ipotesi in cui l'accusa non avesse mancato di fare le sue *representations* contro la concessione del *bail* o per l'adozione di qualche *condition* al momento della decisione da parte della *Court*. A tal proposito, al fine di presentare la suddetta istanza, occorre osservare delle regole procedurali consistenti in un *oral notice* da formulare in conclusione del procedimento in cui il *bail* è stato concesso e prima che il *defendant* sia liberato dalla custodia cautelare. Tale avviso deve poi essere confermato per iscritto entro due ore dalla conclusione del procedimento, diversamente, infatti, viene meno la possibilità di appellare. Intanto, in pendenza

¹⁷² A tale scopo, la stessa *Magistrates' Court*, ha l'obbligo di trasmettere alla *Crown Court* il verbale di cui alla s. 14.4(1) *CrimPR* e di rendere note le (eventuali) successive udienze già fissate (s. 14.8(4) *CrimPR*), sì da limitare il più possibile gli 'ostacoli organizzativi' della *Crown Court*.

¹⁷³ *Mutatis mutandis*, è disciplinata la *bail application* presentata alla *High Court*, la quale ha potere di applicare il *bail* ove l'appello inerisca un caso già *stated* – cioè deciso – ovvero ove chiedo l'annullamento di un provvedimento della *Magistrates' Court*, della *Crown Court*, e della *Court of Appeal*, sia in occasione dell'appello di una sentenza di condanna della *Crown Court*, sia in occasione di reiterazione dell'istanza davanti alla *Supreme Court* a seguito di rigetto del precedente appello presso la stessa *Court of Appeal*. Cfr. s. 19 e 36 del *Criminal Appeal Act* 1968.

dell'appello, la *Magistrates' Court* deve applicare al *defendant* la *preventive detention*. La *Crown Court*, dal lato suo, è tenuta a fissare, entro quarantotto ore dalla presentazione del *notice*, un'udienza che si svolge secondo le regole generali e che si conclude con l'applicazione della *pre-trial detention* o del *bail with or without conditions* ¹⁷⁴.

A conclusione, merita sottolineare che le *bail application* – tanto in fase di impugnazione quanto in udienza di *first appearance* – possono anche essere funzionalizzate non solo alla rimozione della *pre-trial detention*, ma anche alla eliminazione o variazione delle *conditions* applicate con il *bail* che, com'è noto, possono incidere parimenti in maniera sensibile sulla libertà personale. Precisamente, il *Bail Act* 1976 prevede alla s. 3(8) che la difesa può richiedere, alla stessa Corte che ha applicato la misura, la variazione del *bail*, mentre l'organo dell'accusa, dal lato suo, ha il potere di chiedere l'imposizione di *conditions* in caso di *unconditional release*. Inoltre, a norma della s. 5B del *Bail Act*, le *conditions* del *bail* possono essere riconsiderate ogni qualvolta emergano nuove informazioni utili alla rivalutazione delle restrizioni, precisando altresì che tale potere sussista tanto per i reati *indictable* quanto per quelli *either way triable*. L'*application* del *defendant* o del *prosecutor*, ovviamente, deve allegare le informazioni non in disponibilità della Corte che ha applicato il *bail*, sì da permetterle di valutare i nuovi elementi e disporre, eventualmente, la variazione delle *conditions* del *bail* a carico del *defendant*.

4. La 'confusione dei poteri' nel sistema cautelare inglese e la riqualficazione del ruolo del CPS

Al pari dei poteri di arresto attribuiti dal legislatore italiano agli organi di polizia giudiziaria negli artt. 380 c.p.p. e 381 c.p.p., anche la *police* inglese è provvista del potere di *arrest*. Tuttavia, differentemente dal nostro ordinamento in cui l'arresto, come il fermo di indiziato di delitto e l'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare, costituisce un potere precautelare soggetto a controllo da parte

¹⁷⁴ Artt. 19.16 *CrimPR* e 19.17 *CrimPR*. Cfr. J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, cit., p. 117 s; D. SHARPLEY, *Criminal litigation*, cit., p. 149.

dell'autorità giudiziaria, nel sistema inglese l'*arrest* si presenta come un potere sostanzialmente cautelare e privo di alcuna forma di controllo.

La *police* inglese può disporre del potere di arresto – in assenza di un mandato (*warrant*) – tanto nei casi di flagranza (propria e impropria), quanto nei confronti di colui il quale sia in procinto di compiere un reato o riguardo a quelle situazioni che manifestino *reasonable grounds* per paventarne il pericolo¹⁷⁵, senza porre limiti sulle ipotesi di reato. Non solo, la s. 24 *PACE* prosegue affermando che, in caso di ragionevoli sospetti circa la commissione di un reato, la *police* ha il potere di fermare tanto il colpevole quanto colui il quale sia semplicemente sospettato di esserlo sulla base di *reasonable grounds*.

Come appare evidente, la *police* dispone, così, di un ampio potere discrezionale, la cui natura sostanzialmente cautelare è deducibile tanto dall'assenza di tipizzazione dei reati assoggettabili ad *arrest*, quanto dalla – appena analizzata – normativa sui *reasonable grounds*. Dunque, l'*arrest* non è, come nel nostro ordinamento, semplicemente una misura volta ad assicurare un soggetto colto in flagranza (o quasi flagranza) di reato alla disponibilità dell'autorità giudiziaria – ipotesi contemplata nella lettera b) della s. 24(1)*PACE* – ma si riveste anche di vere e proprie funzioni cautelari in cui, in presenza di ragionevoli sospetti, è compito della *police* prevenire sia la commissione di reati – come precisato nelle lettere a) e c) della s. 24(1) *PACE* secondo cui «*A constable may arrest without a warrant [both] anyone who is about to commit an offence [and] anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be about to commit an offence*» – sia il pericolo di fuga di chi è sospettato di esserne il responsabile – come da s. 24(1) lett. d) *PACE* secondo cui «*A constable may arrest without a warrant [...] anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be committing an offence*»¹⁷⁶. Il tutto su monopolio esclusivo della polizia inglese. Ciò che stupisce, poi, è anche

¹⁷⁵ Così la s. 24(1) *PACE* secondo cui «*A constable may arrest without a warrant: (a) anyone who is about to commit an offence; (b) anyone who is in the act of committing an offence; (c) anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be about to commit an offence; (d) anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be committing an offence*».

¹⁷⁶ Dello stesso avviso sembra essere E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cass. penale*, 2014, n. 1, p. 21 secondo cui nel sistema inglese «la latitudine del potere di arresto soddisfa esigenze di prevenzione generale e speciale perché rende evidente una reazione dell'ordinamento di fronte al delitto, quasi una *manus iniectio* che esibisce la forza della legge».

l'assenza di previsione di un altro potere costituzionale diverso dall'esecutivo – cui è estrinsecata l'attività della *police* – volto ad arginare, mediante un'attività di controllo successiva, l'operato della polizia inglese¹⁷⁷. Infatti, sebbene sia ben vero che il legislatore vincola con la s. 24 *PACE* il potere di *arrest* della *police* al perseguimento di precise esigenze, la loro latitudine applicativa è talmente ampia da vanificare ogni intento 'contenitivo' del potere attribuito alla *police*¹⁷⁸. Inoltre, né il *Crown Prosecutor Service* né la *Magistrates' Court* hanno il potere di sindacare, controllare o convalidare le scelte della *police* in materia di arresto. Il potere di *arrest without warrant*, dunque, è il primo stadio in cui già si manifesta la mancanza di un sistema di *checks and balances* tra poteri costituzionali e in cui, consequenzialmente, il potere esecutivo rischia di abusare delle proprie prerogative. Da ciò, può altresì arguirsi che non è casuale il dato fattuale per cui quasi tutti i casi di *miscarriages of justices* che la tradizione giurisprudenziale inglese annovera – tra gli anni '80 e '90 dello scorso secolo – siano partiti da un *arrest without warrant*¹⁷⁹.

Tuttavia, non è neanche questo il punto più critico dell'assetto cautelare inglese. Si pone, infatti, in maniera decisamente più problematica la questione inerente all'attribuzione alla *police* del potere di applicare *conditions* al *bail* e all'applicazione della *police custody* in presenza di eccezioni all'applicazione del *bail* – aspetto, quest'ultimo, che riguarda anche la *preventive detention* applicata

¹⁷⁷ Lo stesso non può dirsi per il caso dell'*arrest with warrant*. Infatti, in tal caso, l'*arrest* opera in esecuzione ad un mandato e in sussistenza di precisi presupposti di legge, divenendo, *de facto*, una semplice esecuzione del potere discrezionale esercitato dalla *Magistrates' Court*.

¹⁷⁸ Precisamente, la s.24(3) *PACE* dispone che le ragioni per cui si può procedere all'arresto sono «(a) to enable the name of the person in question to be ascertained (in the case where the constable does not know, and cannot readily ascertain, the person's name, or has reasonable grounds for doubting whether a name given by the person as his name is his real name); (b) correspondingly as regards the person's address; (c) to prevent the person in question; (i) causing physical injury to himself or any other person; (ii) suffering physical injury; (iii) causing loss of or damage to property; (iv) committing an offence against public decency (subject to subsection (6)); or (v) causing an unlawful obstruction of the highway; (d) to protect a child or other vulnerable person from the person in question; (e) to allow the prompt and effective investigation of the offence or of the conduct of the person in question; (f) to prevent any prosecution for the offence from being hindered by the disappearance of the person in question».

¹⁷⁹ Per una lettura dei casi si rinvia alla lettura di F. BELLONI - J. HODGSON, *Criminal injustice: An evaluation of the criminal justice process in Britain*, Macmillan, 2000; A. SANDERS - R. YOUNG - M. BURTON, *Criminal Justice*, 4a ed., Oxford University Press, 2010. Cfr. J. HODGSON, *The Detention and Interrogation of Suspects in Police Custody in France*, cit., p. 170.

dalle *Courts*. Sul punto, posto che i principi sanciti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo erano già entrati a far parte della costituzione non scritta¹⁸⁰ della *common law* inglese con l'introduzione dell'*Human Rights Act* 1998¹⁸¹, nel 2001 è stata composta una *Law Commission* con lo scopo di indagare 'se' e 'in che

¹⁸⁰ Sul concetto di costituzione inglese cfr. I. JENNINGS, *Cabinet Government*, Cambridge University Press, 1959 secondo cui «*The British Constitution has not been made but grown [...] it has been constantly added to, patched and reconstructed [...] but it has never been razed to the ground and rebuilt on new foundations*».

¹⁸¹ L'approvazione dell'*Human Rights Act* sorse dalla necessità di dare maggiore applicazione alle norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Uno studio condotto dallo *Human Rights Act Research Unit* aveva, infatti, fatto emergere che – su 316 casi in cui si faceva riferimento alla CEDU nei precedenti dal 1975 al 1996 – solo in 11 occasioni si fece ricorso ai principi contenuti nella Convenzione in funzione interpretativa della normativa nazionale. Si tentò, dunque, di dare maggiore slancio alle disposizioni della Convenzione prevedendone una recezione formale che integrasse la costituzione non scritta inglese. Eppure, vi era anche parte della dottrina che riteneva superflua tale integrazione, in quanto la CEDU non fa altro che ribadire principi già preesistenti nell'ordinamento inglese, per cui non si poneva alcun problema (teorico) all'applicazione delle disposizioni della Convenzione. In particolare, Lord Donaldson nel caso *R vs Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 AC 696 così si espresse sul confronto dell'ordinamento inglese con la CEDU: «*You have to look long and hard before you can detect any difference between the English common law and the principles set out in the Convention*». Ad ogni modo, l'*Human Rights Act* 1998 venne accolto come una grande conquista dalla maggioranza di dottrina e giurisprudenza. Tuttavia, non mancò chi, come H. BARNETT, *Constitutional and Administrative Law*, 4^a ed., Cavendish Publishing Limited, 2002, p. 118, fece notare che «*the rights that are protected are at the mercy of the sovereignty of Parliament*», criticando l'assenza di una Costituzione codificata che potesse rendere inderogabili i principali diritti fondamentali dell'uomo. Si evidenziò, infatti, che le previsioni dell'art. 2 *HRA*, dell'art. 3 *HRA* e dell'art. 6 *HRA*, che vincolano le Corti, il legislatore e le «*public authorities*» ad un'interpretazione conforme alla CEDU e alla giurisprudenza di Strasburgo, conoscono anche eccezioni e riserve da parte dell'ordinamento inglese, prevalentemente per la volontà di non staccarsi dal principio di *rule of law*. In proposito, l'art. 19 *HRA* ammette «*a minister of crown*» di fare *statements of compatibility* su di un *Act* anche se in contrasto con la CEDU, semplicemente dichiarandone la deroga. Inoltre, l'art. 4 *HRA* non permette di disapplicare le disposizioni della *primary legislation* se in contrasto con la Convenzione, permettendo esclusivamente alle Corti superiori (*High Court, Court of Appeal, Supreme Court*) di fare una dichiarazione di incompatibilità. Queste ed altre limitazioni imposte dall'*Human Rights Act* determinano – di conseguenza – anche un ridimensionamento dell'ambito applicativo degli strumenti *latu sensu* rimediali di cui all'art. 7 *HRA* e all'art. 8 *HRA*, perché tali strumenti operano esclusivamente all'interno di questi confini individuati dal legislatore inglese del 1998. Pertanto, si comprende anche perché BARNETT H., *Constitutional and Administrative Law*, cit., p. 938 abbia rilevato che, in fin dei conti, l'effettività dell'*Human Rights Act* dipende dalla «*willingness of the judges robustly to defend rights and to interpret Convention rights in a manner favouring individual protection against governmental encroachment, [and from] government's willingness to make remedial orders to ensure compliance with declarations of incompatibility with Convention rights*».

termini' la disciplina cautelare inglese possa dirsi compatibile con la CEDU e, specificamente, con l'art. 5.3 CEDU ¹⁸².

Al riguardo, il *report* della Commissione ha rilevato che alcune sentenze della Corte EDU di fatto legittimano l'attuale assetto normativo del sistema giuridico inglese ¹⁸³, nulla rilevando in merito alla disciplina del *bail without charge*. Invero, il *pre-charge bail* – nel 2001 più che oggi – poneva già tanti dubbi di compatibilità con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, principalmente con l'art. 5 CEDU ma anche con il principio di presunzione d'innocenza di cui all'art. 6.2 CEDU, specie per la possibilità di applicare le *conditions*. Precisamente, la dottrina inglese (seppur esigua) aveva sollevato nel tempo dubbi – che, nonostante l'intervento della riforma del *PCA* 2017, permangono ancora oggi – riguardo alla disciplina del *police bail* e, soprattutto, del *bail without charge*, in quanto non convinceva la scelta normativa di concedere alla *police* il potere di applicare le *conditions*. In proposito, quel che si notò, fu tanto la «*significant new responsibility*» che tale potere implicava per la *police*, quanto il maggiore disfavore con cui era percepito il *conditional bail* quando a disporlo era un provvedimento della polizia giudiziaria, cioè la *longa manus* del potere esecutivo. Ciò,

¹⁸² D'altro canto, in dottrina, J. BURROW, *Bail and the Human Rights Act 1998*, in *New Law Journal*, 2000, vol. 150, p. 677 aveva già mosso delle riserve circa la compatibilità con la disciplina della Convenzione EDU del *bail system* sia sotto il profilo dei presupposti sia, e soprattutto, per l'*iter* applicativo che – come visto *supra* – vede forte l'influenza della *police*.

¹⁸³ Al riguardo, il *report* della *Law Commission* richiamò alcune sentenze atte a legittimare l'assetto cautelare inglese. In proposito, una prima ipotesi, ad esempio, riguardò la s. 38(1)a(III) *PACE* secondo cui, quando si procede per una *imprisonable offence*, il *custody officer* può applicare la *police detention* ove vi siano ragionevoli motivi per sospettare il compimento di nuovi reati. In tal caso, infatti, il *defendant*, una volta comparso davanti la *Magistrates' Court*, potrebbe essere privato del *right to bail* in virtù dell'eccezione contenuta nella Scheda 1, Parte I, paragrafo 2, del *Bail Act* 1997 secondo cui, se la Corte è convinta del rischio di reiterazione del reato, il *defendant* può essere mantenuto *in vinculis*. Ebbene, la *Law Commission*, dopo avere analizzato i casi Corte Eur. Dir. Uomo, 12 dicembre 1991, *Clooth c. Belgio* e Corte Eur. Dir. Uomo, 12 dicembre 1991, *Toth c. Austria* – in cui la Corte EDU considerava conforme alla disciplina della Convenzione qualsivoglia forma di coercizione (anche cautelare) disposte allo scopo di prevenire la commissione di nuovi reati – constatò la legittimità delle scelte politico-preventive del legislatore inglese, non rilevando alcuna violazione della disciplina di cui all'art. 5.3 CEDU. Similmente, anche per altre eccezioni contenute nella Scheda 1 del *Bail Act* la *Law Commission* rilevò la presenza di sentenze che avallavano più o meno pedissequamente quanto previsto dalla disciplina cautelare inglese. Per approfondimenti v. V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 215 ss.

differentemente da quanto accade per il *bail* applicato dalla *Court*, considerato legittima espressione del potere giudiziario¹⁸⁴.

In secondo luogo – come anticipato *supra* – tale concessione ha sempre posto dubbi di compatibilità con la disciplina della Convenzione EDU, in quanto non permette al *defendant* «*[to] be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial*» come richiesto dall'art. 5.3 CEDU. Un dubbio aggravato dal fatto che, come notato dalla dottrina più attenta, il *pre-charge bail*, rientrando tra le fattispecie dell'art. 5.1 CEDU lett. c) e non in quella della lett. b), impone l'assenza assoluta di deroghe alle garanzie del paragrafo 3¹⁸⁵. Pertanto, nonostante l'art. 5.3 CEDU non lo preveda espressamente, la libertà su cauzione – che nel sistema inglese corrisponde al *bail with recognizance* (a mezzo *surety* o *security*) – sembrerebbe l'unica misura in grado di esonerare dall'obbligo di *prompt production*. Ordunque, anche la semplice previsione dell'obbligo di presentarsi agli uffici di polizia sarebbe sufficiente a far scattare le garanzie di cui all'art. 5.3 CEDU¹⁸⁶. Ma vi è di più, perché le *conditions* possono incidere in maniera rilevante e determinante nella vita di ogni persona, creando situazioni potenzialmente contrastanti con gli artt. 8 CEDU, 10 CEDU e 11 CEDU – basti pensare all'obbligo di permanenza, al divieto di avvicinamento, la detenzione domiciliare e a tutte le *conditions* ad esse affini¹⁸⁷.

Cionondimeno, questo mosaico di 'incostituzionalità' che si è qui brevemente sintetizzato non sembra che, ad oggi, abbia convinto la giurisprudenza inglese. Infatti, nel 2014, la *Northern Ireland High Court* ha ritenuto che il *bail*, nella sua attuale impostazione normativa, non costituisce una privazione ma semplicemente

¹⁸⁴ J. W. RAINE - M. J. WILLSON, *Just Bail at the Police Station?*, *Journal of Law and Society*, vol. 22, n. 4, 1995, p. 572 s.

¹⁸⁵ Cfr. E. CAPE - R. EDWARDS, *Police Bail without Change*, cit., p. 552.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ Cfr. *ivi*, p. 555 che – nel citare in nota anche i casi Corte Eur. Dir. Uomo, 24 settembre 1992, *Herczegfalvy c. Austria* e Corte Eur. Dir. Uomo, 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia* della Corte EDU nei casi – precisa che «*the absence "of any details at all as to the kind of restrictions permitted or their purpose, duration and extent or the arrangements of their review" will not be compatible with the principle of legality. Such unconstrained powers lack the minimum degree of protection against arbitrary interferences with Convention rights. The principle of legality not only requires that there be a legal basis for the interference with Convention rights, but also that the law has certain qualities*».

una restrizione della libertà personale e che, pertanto, non trova applicazione l'art. 5.3 CEDU¹⁸⁸. È, però, davvero arduo riuscire a comprendere ed a condividere l'interpretazione della *High Court* secondo cui il *bail with conditions* – quindi, ad esempio, anche la misura del *curfew* ovvero quella del *residence* – non debba osservare le suddette garanzie della Convenzione EDU.

Oltre a questi dubbi, l'analisi sul *bail* apre, altresì, ad una più ampia riflessione sulla legittimità (o, perlomeno, opportunità) costituzionale dell'attuale attribuzione di poteri cautelari alla *police* – finora accennati in riferimento all'*arrest* e al *conditional bail*. Il sistema inglese, mediante la disciplina vista, prevede l'estensione all'esecutivo di un potere (quello cautelare) notoriamente riservato ai magistrati¹⁸⁹. Tuttavia, non si ritiene che ciò costituisca di per sé un momento di debolezza o d'ostruzione alle garanzie predisposte per il soggetto ristretto né, consequenzialmente, si ritiene indispensabile provvedere ad un ripensamento della distribuzione di tali poteri sulla base dell'impostazione tradizionale. Anzi, la scelta di rivestire il potere di *arrest* delle funzioni cautelari è forse la più consona per garantire tempestività nella tutela del diritto alla sicurezza.

Ciò che è difficile comprendere, invece, è come possa accettarsi l'assenza di controlli su questi poteri. Il nostro ordinamento, ad esempio, impone controlli successivi anche sui provvedimenti del pubblico ministero in fase precautelare e impone – seppur con le censure già viste¹⁹⁰ – che l'adozione del provvedimento cautelare non spetti neanche all'organo dell'accusa ma all'organo giudiziario per una maggiore garanzia. Il sistema cautelare inglese, invece, pur avendo rilevato l'esigenza di arginare i poteri della *police*, si è limitato ad istituire il *Crown Prosecution Service (CPS)* senza attribuirgli poteri di controllo ma limitandosi a blandi poteri di contenimento processuale quale il già analizzato 'filtro garantista' secondo cui spetta al *prosecutor* la decisione sulla prosecuzione o dismissione del procedimento penale ovvero la richiesta di applicazione di misure cautelari

¹⁸⁸ Così HA (a minor), *Re Judicial Review* [2014], NIQB 115. Cfr. E. CAPE, *What if police bail was abolished?*, cit., p. 14.

¹⁸⁹ Rilievo, peraltro, notato già all'indomani della riforma da J. BENYON - C. BOURN, *The Police: Powers, Procedures and Proprieties*, Pergamon, 1986, p. 3 ss e riportato e condiviso da J. W. RAINE - M. J. WILLSON, *Police Bail with Conditions*, cit., p. 597.

¹⁹⁰ Cfr. *supra*, [cap. I, §5](#).

nell'udienza di *first appearance*¹⁹¹. Come visto, quindi, manca un controllo del *Crown Prosecutor* sull'operato della *police* nella fase investigativa che è quella più foriera di possibili rischi di abusi. Senza andare per congetture, i precedenti degli scontri di Manchester del 1981 insegnano che la *police*, ove necessario, non esita a adottare le *conditions* per perseguire finalità non legate alla tutela della collettività ma, piuttosto, ad interessi politici dell'esecutivo e/o in funzione di anticipazione della pena¹⁹². Certamente questo precedente, avendo avuto un imponente eco mediatico, ha poi ricevuto una forte condanna da parte dell'autorità giudiziaria con un espresso richiamo alla *police* a rispettare le norme sul *bail* – e precipuamente quelle contenute nel *Bail Act* 1976. Tuttavia, è altrettanto evidente che la casistica 'quotidiana' non può contare in questo deterrente, per cui la *police* ha il potere, oggi, di adottare, anche *in mala fede*, le *conditions* che ritiene opportune, in assenza dei dovuti presupposti, per poi emettere un provvedimento di *no further action* (*NFA*) al fine di sottrarsi da ogni controllo successivo del *CPS* o delle *Courts*.

Inoltre – al di là dei problemi strettamente inerenti alla *police custody* – le *conditions* applicate in assenza di una valutazione sulla necessità e proporzionalità non sempre hanno effetti irrilevanti nei soggetti che le subiscono. Si pensi a quanto contenuto nel rapporto Woolf del 1991 che, svolgendo un'analisi statistica sui soggetti sottoposti a *conditions* da parte delle *Courts*, ha rilevato come i giudici siano i principali responsabili dell'aumento dei 'disturbi da incarcerazione' a causa

¹⁹¹ Cfr. *supra*, in questo capitolo, §3.2.

¹⁹² Nel caso di Manchester la *police* ha applicato la *condition* del *curfew* a persone accusate anche di reati minori (quale l'ostruzione alla circolazione stradale) al fine di sedare scontri e rivolte in atto in città. Le restrizioni – come riporta C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 116 – avevano anche una durata superiore a quattro mesi e la dottrina come J. PERCY-SMITH - P. HILLYHARD, *Miners in the Arms of the Law: A Statistical Analysis*, in *Journal of Law and Society*, n. 12, 1985, p. 345; N. BLAKE, *Picketing, Justice and the Law*, in AA. VV., *Policing The Miners' Strike*, a cura di B. FINE - R. MILLAR, Lawrence & Wishart, 1985; A. SANDERS - R. YOUNG - M. BURTON, *Criminal Justice*, cit., p. 524 hanno tutti rilevato la dubbia compatibilità con il principio di presunzione di innocenza ex art. 6.2 CEDU dell'utilizzo politico del *bail* da parte della *police*. Precisamente, si affermò che quelle *conditions* erano da considerarsi con vere e proprie finalità di anticipazione della pena. Cfr. A. HUCKLESBY, *Bail in Criminal Cases*, cit., p. 129 citato da C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 117. Cionondimeno, va fatto notare che negli anni 1984-1984, nella provincia dello Yorkshire, anche i giudici strumentalizzarono le *conditions* per sedare frequenti scioperi in corso in quel periodo. Cfr. J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, cit., p. 110.

della mancata concessione della libertà su cauzione e della sottovalutazione dei rischi connessi all'applicazione delle *conditions* ¹⁹³.

Ci sarebbe infine anche un altro punto dolente del sistema cautelare ignorato dalla legislazione e giurisprudenza inglese: l'indennizzo per ingiusta detenzione. Differentemente dal nostro ordinamento, infatti, il sistema inglese non prevede una forma di risarcimento per l'eventuale periodo trascorso in custodia cautelare (*police custody* ma anche *preventive detention*) ovvero agli arresti domiciliari (*residence*).

Questo quadro, innestato nell'attuale situazione di incertezza normativa – di cui si dirà *infra* ¹⁹⁴ – lascia intravedere le smagliature di un sistema che, privo di un sistema di controllo sull'attività della *police*, ha permesso a quest'ultima di piegare uno strumento processuale garantista come il *RUI* ad esigenze estranee a quelle della giustizia penale.

In ottica *de iure condendo*, dunque, sarebbe opportuno tracciare nuovamente il ruolo del *Crown Prosecution Service* senza necessariamente sminuire o depotenziare il ruolo della *police* nella fase investigativa. Il *Crown Prosecution Service*, ad esempio, andrebbe informato tempestivamente ad ogni arresto e/o applicazione del *bail with conditions*, corredando l'informativa con i verbali ed ogni altra documentazione inerente al caso. Così, nell'arco breve delle successive ventiquattro o quarantotto ore, il *prosecutor* avrebbe modo di convalidare o meno la scelta della *police*, alla stregua di quanto accade – *mutatis mutandis* – nell'ordinamento giuridico italiano. Inoltre, tutti i casi di *No Further Action (NFA)* in cui l'indagato è stato sottoposto a misura cautelare mediante *conditions* potrebbero essere trasmessi al *prosecutor* per un controllo successivo. Infatti, sebbene sarebbe impensabile (e incostituzionale) attribuire un potere disciplinare al *CPS*, quest'ultimo potrebbe segnalare al *Chief Superintendent* o – nel caso del *Metropolitan Police Service (MPS)* operativo nell'area di Londra – al *Commissioner* eventuali abusi da parte della *police* ovvero, nei casi più gravi (da individuare), direttamente al *Lord Chief Justice*, per permettere l'adozione di opportuni provvedimenti.

¹⁹³ Cfr. LORD H. K. WOOLF - S. TUMIM, *Prison disturbances April 1990 (Woolf report): report of an inquiry*, HMSO, 1991 citato da SANDERS A. - YOUNG R. – BURTON M., *Criminal Justice*, cit., p. 529 e riportato da FANUELE C., *La libertà su cauzione*, cit., p. 121.

¹⁹⁴ Cfr. *infra* [cap. III](#).

5. Il *police bail* e il contraddittorio anticipato nell'udienza di *first appearance*

Al netto delle tante debolezze evidenziate, dall'analisi del sistema inglese emerge lucidamente come la libertà su cauzione (*bail with recognizance*) costituisca una grande occasione per ripensare alla reintroduzione di questo istituto nel nostro ordinamento. Anzi, lo sforzo comparatistico – come si vedrà ¹⁹⁵ – potrebbe non limitarsi alla sola libertà su cauzione, intesa come misura cautelare, e potrebbe estendersi allo stesso sistema applicativo delle misure cautelari, sebbene con non poca prudenza.

Come visto *supra* ¹⁹⁶, nella fase delle indagini, il dialogo sulla *quaestio libertatis* si svolge tra *police officer* e *suspect*, creando in capo al primo quell'incomprensibile confusione tra soggetto garante della libertà personale ed autorità inquirente. Con l'esercizio dell'azione penale (*charging*), invece, la *police* può applicare il *post-charge bail* insieme alle *conditions* per garantire la comparizione del *defendant* all'udienza di *first appearance*, udienza che costituisce l'incontro con la materia cautelare, perché – oltre agli adempimenti procedurali inerenti al *guilty plea* – la *Magistrate's Court* deve decidere se applicare o meno il *court's bail with or without conditions*.

Il modello applicativo delle misure cautelari predisposto dal legislatore inglese si svolge, dunque, lungo tre momenti – l'applicazione del *police bail* con obbligo di comparizione all'udienza di *first appearance*; la comparizione all'udienza di *first appearance* e la (eventuale) applicazione del *court's bail* da parte della *Magistrates' Court* – che sembrano avere tutti i caratteri distintivi del contraddittorio anticipato ¹⁹⁷. Detto altrimenti, le *conditions* del *post-charge bail* operano esclusivamente in funzione di comparizione all'udienza ¹⁹⁸, mentre l'applicazione di una misura cautelare avviene per la prima volta esclusivamente in contraddittorio davanti all'autorità giurisdizionale con l'adozione del *court's bail*. In tale sede, infatti, si sintetizza il contraddittorio anticipato con le richieste del *public prosecutor* inerenti alla libertà personale dell'imputato, gli interventi della

¹⁹⁵ Cfr. *infra* [Conclusioni](#).

¹⁹⁶ Cfr. *supra*, in questo capitolo, [§3](#).

¹⁹⁷ Sul tema del contraddittorio anticipato in Italia, cfr. *infra* [cap. V](#).

¹⁹⁸ Cfr. *infra* [cap. V, §1](#).

difesa e, al termine, la decisione sulla *quaestio libertatis* da parte della *Magistrates' Court*.

Orbene, dallo schema normativo-cautelare delineato dal legislatore inglese e dal silenzio in dottrina, la prima notazione che si evince è la mancanza assoluta di preoccupazioni circa le derive pseudo-garantiste cui questo modello di contraddittorio anticipato conduce. Precisamente, un assetto cautelare in cui il *bail with conditions* o, addirittura, la *police custody* sono in tutto e per tutto misure limitative e/o restrittive della libertà personale e sono applicate dalla *police*, in assenza di contraddittorio per garantire la presenza all'udienza di *first appearance*, non può non sollevare perplessità circa l'effettiva tutela del diritto alla difesa e del contraddittorio. È infatti appena necessario richiamare che sono proprio queste le questioni che animano maggiormente le discussioni dottrinali sul contraddittorio anticipato in Italia (e non solo) ¹⁹⁹.

In Inghilterra, invece, tutto sembra rientrare nella fisiologia di sistema, tanto da spostare il *focus* sul perché di questa sfrontata accondiscendenza. Invero, la risposta è più immediata di quanto possa immaginarsi ed è contenuta nelle stesse premesse del problema, ossia nel fatto che, già nella fase delle indagini, il legislatore inglese ammette che il garante della libertà sia la stessa autorità inquirente, cioè la *police*. Nel contraddittorio cautelare inglese, dunque, l'adozione del *bail with conditions* o della *police custody* finisce per godere delle stesse (non-)garanzie presenti nella fase delle *investigations*. Si comprende, quindi, la ragione per cui l'attenzione è precipuamente diretta all'individuazione di limiti e controlimiti al delicato sistema di gestione del potere cautelare tramite il *pre-charge bail* da parte della *police*, piuttosto che non ai rischi legati al *post-charge bail* che, comunque, in tempi brevi vede l'intervento della *Magistrate's Court*. Quella del *PCB* e del *RUI*, infatti, è considerata una questione prioritaria che – come si vedrà ²⁰⁰ – oggi non ha ancora trovato equilibrio.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ Cfr. *infra* [cap. III](#).

CAPITOLO III

LE NUOVE FRONTIERE DEL *PRE-CHARGE BAIL*.

DAL *POST-POLICING AND CRIME ACT 2017* ALL'*HOME OFFICE CONSULTATION 2020*

Sommario: 1. [Dubbi e aporie normative del Policing and Crime Act 2017](#) – 2. [Il post-PCA 2017. Alcune riflessioni sull'inspiegabile successo del RUI](#) – 3. [L'abuso del RUI e il super-complaint \(2019\) del Centre for Women's Justice](#) – 4. [L'Home Office Consultation 2020-2021 e i tratti identificativi della prossima riforma in tema di PCB](#)

1. Dubbi e aporie normative del *Policing and Crime Act 2017*

All'indomani dall'entrata in vigore del *Policing and Crime Act 2017*, sono state sollevate da parte della dottrina numerose perplessità sulla positiva incidenza che avrebbe avuto la riforma sulle garanzie poste a tutela della libertà personale dell'indagato. Si affermava, infatti, che l'uso del *release without bail* costituisse ancora un «*teething problem*» che solo col tempo sarebbe stato risolto dalla *police* e dai *lawyers*, una volta 'metabolizzate' queste nuove disposizioni¹. Nel frattempo, il *PCA 2017* sembrava già imporsi con favore tra le forze della *police* inglese che traeva giovamento dall'uso del *release under investigation (RUI)* che non soffre degli stretti vincoli temporali previsti, ora, per il *pre-charge bail (PCB)*². La riforma, dunque, lasciava presagire che si stesse centrando l'obiettivo di limitare l'applicazione del *PCB*, riducendo così i carichi di lavoro della *police* e – almeno potenzialmente – gli abusi nell'uso del *bail*.

Tuttavia, in dottrina alcuni arguivano che, sotto il profilo garantistico, non si era realizzato un innalzamento delle garanzie ma, piuttosto e paradossalmente, un'erosione delle stesse. Infatti, mentre la persona che si trova in stato di *release on bail without charge* gode della nuova tempistica del *bail period* e del diritto ad essere informato sul prosieguo delle indagini, per chi è *released under investigation* non è previsto alcun *time limit* entro cui le indagini vanno concluse e non vi è alcun

¹ E. CAPE, *The Police Bail Provisions of the Policing and Crime Act 2017*, in *Criminal Law Review*, 2017, n. 8, p. 598.

² *Ibidem*.

diritto informativo sull'avanzamento dell'attività investigativa. Pertanto, si auspicava l'intervento del *Majesty's Inspector of Contabulary and/or the College of Policing* al fine di introdurre i correttivi necessari per equiparare il *released under investigation* al *released on bail* sotto il profilo garantistico ³.

Tale impostazione non sembra, però, pienamente condivisibile. Anzitutto, non può paragonarsi l'*asset* di garanzie della disciplina previgente con quella attuale, perché prima del *PCA* 2017, sostanzialmente, non esistevano garanzie per il soggetto *released on bail without charge*. Quindi, già la scelta di introdurre garanzie, seppur limitatamente al caso di applicazione del *bail*, non può che essere degna di lode e non può mai configurarsi come un'erosione delle garanzie. In secondo luogo – come si dirà più diffusamente ⁴ – estendere il diritto di informazione ai soggetti *released without bail*, equiparandoli sul piano garantistico ai soggetti *released on bail*, potrebbe risultare anche controproducente, perché inevitabilmente avrebbe come effetto l'incremento dei carichi di lavoro della *police* inglese, vanificando di fatto la *ratio* principale ispiratrice del progetto di riforma ⁵. Inoltre, informare l'indagato in stato di libertà circa l'avanzamento del procedimento indurrebbe la *police* a prediligere, ove possibile, l'applicazione del *bail*, per evitare la pur minima interferenza dell'indagato con le esigenze investigative. Difatti, la realtà non è avara di casi, collocabili in una 'zona grigia', in cui l'esigenza processuale risulti già garantita semplicemente non informando il *suspect* dello stato di avanzamento delle indagini, senza quindi dover ricorrere al *bail*. Se ne desume che, nel *release under investigation*, l'assenza di un obbligo d'informazione possa costituire – con dei correttivi – un supporto indiretto al sistema di garanzie poste a tutela della *presumption of release without bail* e che la loro eliminazione incentiverebbe, nuovamente, l'applicazione del *pre-charge bail*.

Si concorda, invece, sulla necessità di prevedere normativamente per il *release under investigation* dei limiti temporali per l'attività d'indagine, sebbene – alla luce delle ingiustizie che si stanno perpetrando ai danni della collettività a causa

³ *Ibidem*.

⁴ Cfr. *infra*, in questo capitolo, §2.

⁵ Peraltro, la conferma giunge indirettamente (*rectius: a contrario*) dal fatto che l'esigenza di evadere la pressante burocrazia introdotta dal *Policing and Crime Act* 2017 è stato il principale fattore scatenante l'uso ipertrofico del *RUI* in danno del *pre-charge bail*. Cfr. *infra*, in questo capitolo, §2.

dell'abuso del *RUI* – si ritenga ancor più necessario e prioritario, oggi, pensare ad una riforma di ristrutturazione dell'organico a disposizione della *police* ⁶.

A questo quadro si aggiunge l'ampia discrezionalità di cui gode la *police* nell'interpretazione delle *pre-conditions* che di fatto lasciava immaginare il rischio di strumentalizzazioni per continuare ad usare il *bail*. Nello specifico, i requisiti di *proportionality and necessity*, si notava in dottrina, si differenziano nel fatto che il primo coinvolge l'idea che ogni restrizione applicata unitamente al *bail* non debba andare oltre lo stretto necessario per ottenere il *releasing on bail* di una persona ⁷, mentre il requisito di necessità è qui molto simile alle tante altre ipotesi in cui nel *PACE* si fa riferimento alla *necessity*, cioè è lo *status* di opportunità derivante dall'assenza di alternative alla misura prescelta. Per meglio comprenderne la differenza, è particolarmente indicativa la s. 24(4) *PACE* in cui è previsto che l'*officer* può procedere all'arresto se ha *reasonable grounds* per ritenerlo necessario, cioè introduce «*an objective requirement*» che si differenzia dalla «*lower threshold*» delineata dal dato testuale delle *pre-conditions* in cui l'*officer* deve solamente essere *satisfied* che il *release on bail* sia necessario ⁸.

Chiaramente, la discrezionalità di cui gode la *police* non va distaccata da un'interpretazione sistematica e teleologica che, alla luce dell'assenza – come notato dalla stessa dottrina – di una maggiore precisione e definizione del requisito di *necessity* da parte del legislatore, gli andrebbe preferita. La discrezionalità del potere che ha l'*officer* di applicare o meno il *bail* riguarda, infatti, la sola percezione ed interpretazione dei fatti ma, una volta soddisfatti i requisiti di necessità e proporzionalità, l'*officer* è obbligato ad applicare il *bail*, al pari di come, in assenza delle *pre-conditions*, è obbligato al *release without bail*. Diversamente ragionando,

⁶ Sulla ristrutturazione dell'organico di polizia e sull'introduzione di un termine per il *RUI*, cfr. *infra*, in questo capitolo, §2 e §4.

⁷ E. CAPE, *The Police Bail Provisions*, cit., p. 599 che, inoltre, critica il COLLEGE OF POLICING, *Detention and custody: Response, arrest and detention*, in www.app.college.police.uk, par. 8 (accesso: marzo 2020) nella parte in cui definisce il *bail without charge* come un'alternativa alla *custody*, mentre, in realtà, andrebbe qualificato più correttamente come un'alternativa al *release under investigation*. Questo comporterebbe, infatti, una diversa visione anche nel calcolo del requisito di proporzionalità, perché per soddisfare le esigenze processuali a volte il *release on bail* può essere inefficace al pari del «*toothless power*» del *release without bail*. In tali ipotesi, ad esempio, rientrano i casi in cui il *suspect* abbia già *failed to surrender to bail*, perché in assenza di un *charging* l'unica misura applicabile è nuovamente il *release on bail*.

⁸ *Ibidem*.

si sposerebbe l'idea – fuorviante – che il legislatore abbia voluto attribuire alla *police* inglese un potere connotato da arbitrarietà. Il diverso dato testuale, dunque, è da limitare alla semplice interpretazione dei fatti e, benché sarebbe stato più opportuno usare i più rassicuranti termini dei *reasonable grounds*, ad esempio adottati per la s. 24(4) *PACE*, nulla a livello pratico cambia, così come non si potrebbe pensare ad un ricercato abbassamento della soglia di discrezionalità da parte del legislatore. Tuttavia, il problema sollevato da questa parte della dottrina fa riflettere circa l'assenza di sufficienti linee guida – anche mediante *case law* – in grado di coadiuvare l'attività interpretativa dei requisiti di necessità e proporzionalità. Anzi, forse una maggiore chiarezza in tal senso avrebbe potuto contribuire ad evitare il sorgere delle inedite e spinose problematiche legate all'abuso del *RUI*.

Le perplessità sul *PCA* 2017, però, non si sono limitate a questi profili. Difatti, sono stati mossi alcuni dubbi sulla nuova s. 47ZL *PACE* che prevede la sospensione del *bail period* ogniqualvolta spetti al *CPS* la formulazione del capo d'imputazione. In particolare, ci si è domandati se l'eccezione di cui alla sottosezione (6) – secondo cui, in presenza di una *DPP request*⁹, il *bail period* non inizia o non riprende a decorrere fin quando non perviene l'informazione richiesta – possa attivarsi anche nel caso in cui la *DPP request* sia fatta per via telefonica. Ed in caso di risposta affermativa, ci si domanda chi e come possa farsi rispettare la disposizione¹⁰. Anche questo appunto, però, sembra superabile. Infatti, i casi in cui il *CPS* richiede per via telefonica informazioni alla *police* sono prevalentemente quelli in cui le informazioni richieste sono di facile acquisizione e per cui, dunque, la sospensione del *bail period* opererebbe, al più, per uno o due giorni. Negli altri casi, invece, la presentazione di una richiesta scritta diviene necessaria per poter permettere un'adeguata attività di acquisizione di informazioni da parte della *police*, lasciando dunque traccia nel fascicolo e permettendo al difensore di controllare, anche se tardivamente, che sia stato sospeso il termine in ossequio alla s. 47ZL *PACE*.

⁹ Definita dalla s. 47ZL(12) *PACE*: «*a request by the Director of Public Prosecutions for the further information specified in the request to be provided before the Director decides under section 37B(2) whether there is sufficient evidence to charge the person with the relevant offence*».

¹⁰ E. CAPE, *The Police Bail Provisions*, cit., p. 598.

La (poca) dottrina che si è espressa in merito, inoltre, ha fatto validamente notare che la differente portata dei termini del *bail* per gli *standard cases* e per i *designated cases* costituisce un altro punto debole della riforma, perché normalmente sono proprio i casi più complessi quelli soggetti al *police bail*¹¹. Così come strutturata la riforma, infatti, lascia presagire uno scarso uso del ristretto termine di 28 giorni per il *bail*. Se poi a ciò si aggiunge che alcuni *standard cases* possono essere trasmigrati nei *designated ones* a norma della – già analizzata – s. 47ZE(2) *PACE*, è comprensibile che i casi in cui si può giovare del breve termine di 28 giorni sembrano davvero pochi e, paradossalmente e possibilmente, sono proprio i casi in cui non sarebbe neanche stato necessario applicare il *bail*. Peraltro, a proposito della s. 47ZE(2) *PACE*, non stupisce tanto il fatto che il legislatore inglese si sia preoccupato di garantire il passaggio da un *SFO* ad un *FCA case*, per garantire le esigenze di indagine nei casi più complessi, quanto più che non abbia parimenti previsto il passaggio inverso da un *FCA* ad un *SFO case*, in caso di erronea collocazione di un caso ‘semplice’ tra quelli complessi. Questo vuoto normativo, infatti, potrebbe condurre a situazioni lesive per l’indagato che – inspiegabilmente – non potrà godere di un *bail period* inferiore per i casi *SFO* erroneamente designati come *FCA*.

2. Il *post-PCA* 2017. Alcune riflessioni sull’inspiegabile successo del *RUI*

Al di là di alcune censure, il *Policing and Crime Act* 2017 ha con successo proseguito quel percorso – iniziato con il *PACE* 1984 – di contenimento e rinnovamento dei poteri attribuiti alla *police* che, nei decenni precedenti, ha sovente abusato di tali prerogative. Cionondimeno, e sebbene fosse difficile prevedere quale avrebbe potuto essere l’impatto sulle garanzie del *defendant* e quale l’effetto deflattivo sui carichi di lavoro della *police*, era fuori da ogni valutazione prognostica che il *Policing and Crime Act* 2017 – dopo poco più di 30 anni –

¹¹ Cfr. L. MCKINNON, *Police and Crime Act 2017 – does this really mean the end of lengthy precharge bail conditions?*, in www.byrneandpartners.com, 21 marzo 2017 (accesso: settembre 2019) che, su altro fronte, aggiunge come un «*significant inroad into the bail time limits*» si verifichi anche nel caso in cui, ai sensi della s. 47ZL *PACE*, il *bail period* deve essere sospeso per permettere al *CPS* di procedere alla formulazione del *charging*. In tal caso, infatti, poiché è noto che al *CPS* spesso occorrono diversi mesi per formulare un capo di imputazione, è concreto il rischio di disapplicazione sostanziale delle garanzie sul *pre-charge bail* introdotte dal *PCA* 2017.

avrebbe (almeno apparentemente) segnato il capolinea dell'epoca del 'garantismo normativo', lasciando in eredità inediti e non facili scenari ancora tutti da decifrare¹².

A livello numerico, analizzando ed elaborando i dati statistici – riportati in tabella nella figura 1 – sull'uso del *bail* in Inghilterra, Galles ed Irlanda del Nord¹³, si evince che l'utilizzo del *pre-charge bail* ha subito una flessione media del 79,68% – a fronte di un incremento del numero totale degli arrestati del 9,63% – e che solo il 18,53% degli arrestati è stato sottoposto a *pre-charge bail*, essendo stato favorito in tutti gli altri casi il *release under investigation*. Peraltro, da questa statistica spicca il caso 'anomalo' della *Police Force* del *North Ireland* in cui, non solo il numero totale degli arrestati è inspiegabilmente aumentato del 92,49% con ben il 47,49% *released on bail*¹⁴ ma, soprattutto, il numero dei sottoposti a *pre-charge bail* – differentemente dal resto del Regno Unito – è praticamente immutato, come se il *PCA* 2017 non avesse mai trovato efficace applicazione.

Police Force	Number on <i>bail</i> 2016-2017	Number on <i>bail</i> 2017-2018	Number on <i>RUI</i> 2017-2018	Number on <i>bail and RUI</i> 2017-2018
Nottinghamshire	7,392	562	4,728	5,290
Thames Valley	13,768	379	11,053	11,432
Northamptonshire	2,949	331	2,948	3,279
Gwent	2,950	366	2,307	2,673
Leicestershire	4,786	253	4,266	4,519

¹² Per comprendere quanto la situazione normativa attuale fosse inattesa, è sufficiente evidenziare che all'alba delle nuove disposizioni del *PCA* 2017 E. CAPE, *The Police Bail Provisions*, cit., p. 600 si interrogava «*whether in the medium to long term the bail provisions of PCA 2017 will reduce the use of bail without charge*» e che oggi in E. CAPE, *Police bail without charge – leaving suspects in limbo*, in www.crimeandjustice.org.uk, 16 ottobre 2019 (accesso: maggio 2020) può leggersi che «*[it was] expected that the new statutory regime would be ineffective in reducing the use of police bail without charge, which was a major government aim of the legislation. [Nevertheless,] the police response to the new bail regime has confounded expectations. The evidence suggests that from the outset, the police have largely avoided using their bail powers*».

¹³ I dati ufficiali, raccolti dal gruppo legale 'Hickman & Rose' e pubblicati dalla *Law Society*, sono disponibili all'indirizzo www.lawsociety.org.uk e rilevano che se nell'anno prima dell'entrata in vigore del *Policing and Crime Act* 2017 (3 aprile 2016 – 2 aprile 2017) vi erano 216.178 persone sottoposte a *pre-charge bail*, nell'anno successivo (3 aprile 2017 – 2 aprile 2018), il loro numero è sceso a 43.923 con ben 193.073 persone sottoposte a *release under investigation*.

¹⁴ Escludendo il *PSNI* la variazione percentuale degli arrestati in Regno Unito nel periodo di riferimento scenderebbe a +4,46% con il 15,20% sottoposto a *bail*.

CAPITOLO III – LE NUOVE FRONTIERE DEL *PRE-CHARGE BAIL*

South Wales	5,333	2,869	4,191	7,060
Norfolk	530	889	4,089	4,978
Suffolk	867	832	3,426	4,258
British Transport Police	246	25	3,232	3,257
Derbyshire	658	159	9	168
Avon and Somerset	7,255	367	5,560	5,927
Cambridgeshire	5,330	824	3,227	4,051
Bedfordshire	3,317	514	2,357	2,871
Devon and Cornwall	4,743	211	4,167	4,378
Cheshire	4,742	526	4,640	5,166
North Wales	4,247	447	2,625	3,072
Merseyside	3,874	929	15,100	16,029
West Mercia	7,541	1,697	4,920	6,617
Warwickshire	2,865	543	2,732	3,275
Cleveland	1,693	78	4,364	4,442
Staffordshire	5,628	463	4,551	5,014
Lincolnshire	3,665	437	3,127	3,564
PSNI (North Ireland)	12,704	11,615	12,839	24,454
Essex	14,441	3,954	6,669	10,623
Dorset	3,222	87	3,980	4,067
Hertfordshire	1,224	77	2,056	2,133
Greater Manchester	12,370	1,846	9,579	11,425
Cumbria	3,877	614	3,646	4,260
London Metropolitan	67,838	9,881	46,674	56,555
Lancashire	843	1,115	5,223	6,338
Surrey	5,280	1,033	4,788	5,821

Figura 1 (Fonte: *Law Society* 2019)

Poste queste premesse, ci si deve interrogare su quali siano i fattori che abbiano indotto questo entusiastico allentamento nell'uso del *pre-charge bail* da parte della *police* inglese e gallese, in favore del *release under investigation*, differentemente dal *PSNI*. Una prima spiegazione potrebbe essere di tipo sociologico. Potrebbe, cioè, pensarsi che una riduzione della pericolosità sociale della popolazione anglo-gallese abbia allargato le maglie delle restrizioni da parte della *police*. Tuttavia, questa strada interpretativa non sembra percorribile sia perché il numero totale delle persone arrestate in Regno Unito è pressoché rimasto immutato, sia perché, specialmente in occasione dei c.d. reati rosa, la mancata

applicazione del *pre-charge bail* ha causato e sta causando tanti problemi ¹⁵, troncando sul nascere ogni ricerca in proposito.

Altra spiegazione, più plausibile, è di tipo meramente pratico. In particolare, sembra che gli obblighi previsti dal *Policing and Crime Act 2017* per il *pre-charge bail* abbiano indotto la *police* a preferire l'applicazione del *RUI*, per evitare di dovere concludere le indagini nello stretto termine di 28 giorni ¹⁶ e per eludere i diritti informativi dell'indagato sottoposto a *bail*. In effetti, già pochi mesi dopo l'entrata in vigore del *PCA 2017*, autorevole dottrina iniziava a rilevare un largo uso del *RUI*, sospettando che a questo dato non corrispondesse tanto un'erronea interpretazione della riforma ma, piuttosto, una dolosa strumentalizzazione del *RUI* per evitare i vincoli procedurali che sarebbero derivati dall'uso del *pre-charge bail* ¹⁷. Diviene, allora, indispensabile cercare di comprendere il perché di questi comportamenti elusivi da parte della *police* inglese. A tal proposito, sembra interessante il confronto degli ultimi dati raccolti ed elaborati da Eurostat (2018) – riportati in figura 2 – inerenti all'organico delle forze di polizia disponibili, ogni 100.000 abitanti, tra i vari Stati dell'Unione Europea nel 2017 ¹⁸. Dalla loro analisi, infatti, emerge che, mentre l'Inghilterra e il Galles si collocano al quartultimo posto per organico (212 unità) – solo il 65% rispetto alla media europea (326 unità) – l'Irlanda del Nord – la cui *police force* è composta unicamente dal *PSNI* – non solo supera l'Inghilterra ma supera anche la media europea attestandosi a 360 unità per ogni 100.000 abitanti.

¹⁵ Primo fra tutti il *super-complaint* lanciato dal CENTRE FOR WOMEN'S JUSTICE, *Police failure to use protective measures in cases involving violence against women and girls*, 19 marzo 2019, disponibile all'indirizzo: www.centreforwomensjustice.org.uk (accesso: maggio 2020). Cfr. *infra*, in questo capitolo, §3.

¹⁶ Cfr. M. FOUZDER, *Releasing suspects under investigation is having 'terrible consequences'*, in www.lawgazette.co.uk, 15 maggio 2019 (accesso maggio 2020).

¹⁷ Così M. ZANDER, *What has happened to release on Bail*, in *Criminal Law & Justice Weekly*, vol. 181, 2017, n. 37, p. 661 che afferma: «*the police have taken against this reform and are discounting what they have hitherto regarded to be the benefits of bail – in order to reduce their workload and scrutiny of the progress of investigations*».

¹⁸ EUROSTAT, *Police, court and prison personnel statistics Statistics Explained*, 2018, disponibile all'indirizzo: www.ec.europa.eu/eurostat (accesso: maggio 2020).

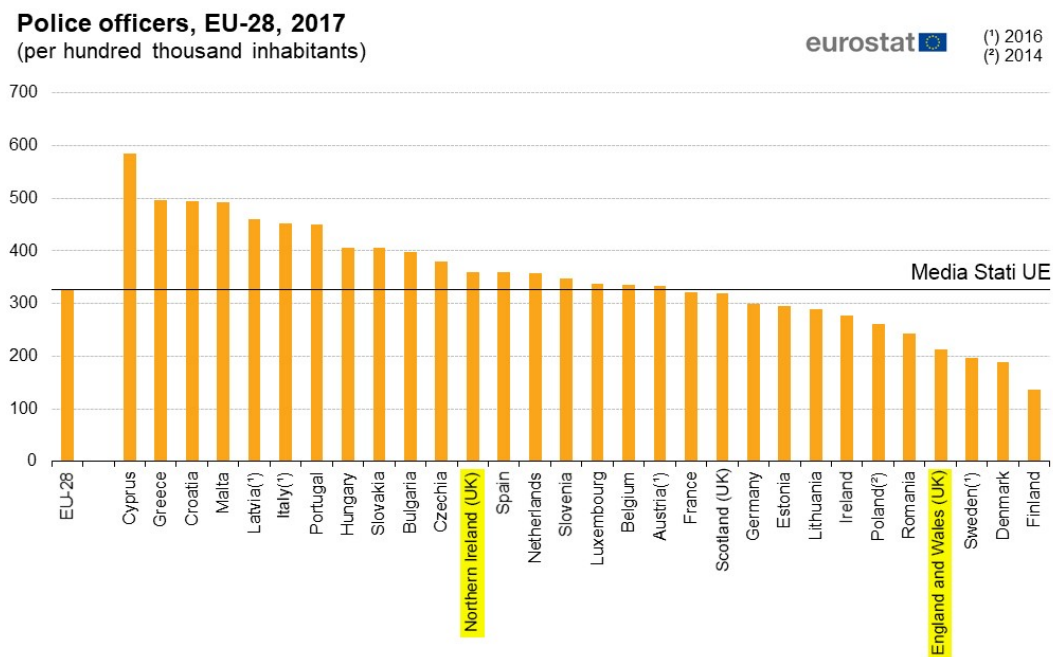


Figura 2 (Fonte: Eurostat 2018)

Si tratta di un quadro che, sempre in riferimento all'anno 2017, non cambia – ma addirittura si aggrava – nella rielaborazione autonoma dei dati Eurostat 2019 operata dall'*House of Commons* nel marzo 2020 (figura 3). Precisamente, questa statistica, dopo aver eliminato dal calcolo quegli Stati – come Italia e Lettonia – i cui dati in riferimento all'anno 2017 non erano disponibili e dopo aver applicato un correttivo sulle unità del Regno Unito, ha rilevato che, a fronte delle 208 unità in Inghilterra e Galles, la media negli Stati campione è di 351 unità su 100.000 abitanti, mentre rimane costante la quota di 360 unità per il *PSNI* del Nord Irlanda¹⁹. In pratica, in base a questa statistica, l'organico disponibile in Inghilterra e Galles costituisce solo il 59% della media ivi riportata, confermando nuovamente quella tendenza al ribasso che emerge dai dati forniti dall'organismo di statistica della Commissione Europea.

¹⁹ Cfr. G. ALLEN - L. AUDICKAS, *Police Service Strength*, House of Commons Library, 4 marzo 2020, n. 364, p. 23, disponibile all'indirizzo www.parliament.uk (accesso: maggio 2020) che ha elaborato i dati EUROSTAT, *Personelle in the Criminal Justice System by sex, 2019*, accessibile all'indirizzo www.ec.europa.eu/eurostat (accesso: maggio 2020).

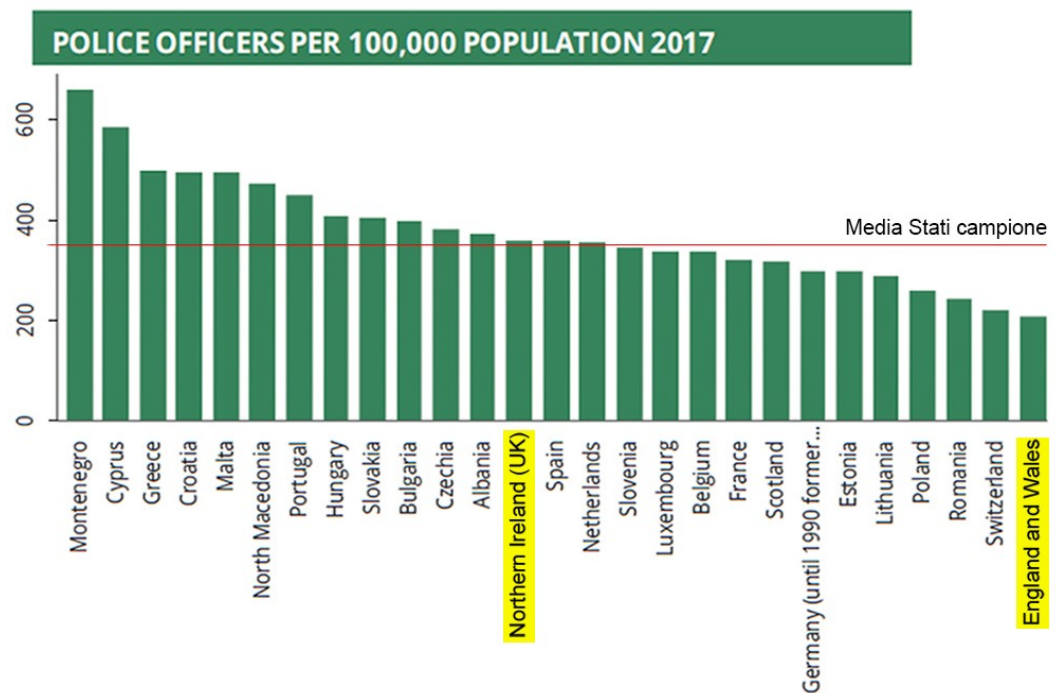


Figura 3 (Fonte: House of Commons-Europass 2019)

La conclusione che quest'analisi induce a trarre, allora, è che la causa dell'abuso del *RUI* in Inghilterra e Galles sia riconducibile alla mancanza di sufficienti unità di polizia. Ciò, differentemente dal *PSNI* che, potendo contare in un organico adeguato, non ha avuto necessità di evadere gli oneri procedurali derivanti dall'applicazione del *pre-charge bail*. Vi è, inoltre, un altro profilo non meno allarmante e cioè che il *PCA* 2017 – in condizioni neutre come nell'Irlanda del Nord – non è riuscito a scoraggiare l'applicazione del *pre-charge bail* e ha, anzi, incrementato i casi di arresto. Non è improbabile, infatti, che la *police* dell'Irlanda del Nord abbia colto la riforma del *PCA* 2017 come un modo per potere estendere l'attività di controllo e di prevenzione, forti dell'assenza di controlli e vincoli per il *RUI*.

Sembra evidente, quindi, che il *Policing and Crime Act* 2017 abbia segnato solo apparentemente la fine di quel percorso di evoluzione garantista iniziato con il *PACE* e che, una volta superata le prioritarie problematiche legate alla carenza di personale ²⁰, necessiterà ricercare nuovi equilibri per garantire maggiore certezza

²⁰ Nonostante l'assoluta urgenza di un intervento in tal senso, si è consci che non sarà semplice riuscire ad ottenere dei risultati nel breve e nel medio periodo, perché, scorrendo i dati raccolti da G. ALLEN - L. AUDICKAS, *Police Service Strength*, cit., p. 5, 38, si evince in modo evidente che già da un decennio si sta verificando un progressivo e costante calo di organico tra le forze di polizia in

nella prassi applicativa del *bail* e del *RUI*. Diversamente, qualsiasi riforma sul *bail* o sul *RUI* non potrà mai trovare un equilibrio garantistico, perché verrebbe puntualmente vanificata dalla *police* che, a causa di un'oggettiva impossibilità di far fronte a tutte le esigenze 'amministrative-processuali' imposte dal legislatore, troverà delle alternative elusive, pena l'implosione dell'intero sistema di sicurezza nazionale. Il fatto che, invece, oggi la dottrina maggioritaria e il legislatore si stiano focalizzando unicamente sulla necessità di imporre dei termini anche al *release under investigation*²¹, per ridurre ulteriormente il margine di manovra della *police*, sembra un vero e proprio 'harakiri' politico-normativo, perché la *police* – ad esempio – potrebbe reagire riducendo il più possibile il numero degli arrestati per limitare *ex ante* il suo carico di lavoro, con imprevedibili ripercussioni sul diritto alla sicurezza della collettività. Tutto ciò, è opportuno sottolinearlo, non è frutto di mere congetture, perché l'odierna rinuncia ad applicare il *pre-charge bail* anche in occasione dei 'reati rosa' – come si vedrà²² – è un segnale inequivocabile sia della disponibilità della *police* a prendere queste scelte, sia del rischio concreto e, soprattutto, sottostimato che una riforma poco meditata potrebbe correre.

3. L'abuso del *RUI* e il *super-complaint* (2019) del *Centre for Women's Justice*

Chiarite le ragioni sostanziali che hanno indotto la *police* anglo-gallese a preferire il *RUI* al *pre-charge bail*, non ci si può esimere dall'interrogarsi su quale sia stato l'espedito normativo e/o giurisprudenziale adoperato per eludere i criteri di *necessità* e *proporzionalità* del *PCA* 2017²³. In proposito, la prassi affermatasi per dare effettività al *RUI* sembra essere stata quella secondo cui il *police officer*, piuttosto che procedere all'arresto, richiede alla persona fermata di presentarsi presso la *police station* per una *voluntary attendance police interview*²⁴. In tal

Inghilterra e Galles, tanto da passare da 263 unità (nel 2008) a 206 unità (nel 2019) su 100.000 abitanti, con una variazione negativa, dunque, pari a ben il 21,67%.

²¹ Cfr. *infra*, in questo capitolo, §4.

²² Cfr. *infra*, in questo capitolo, §3.

²³ Sull'obbligatorietà di questi profili cfr. *supra*, in questo capitolo, §1.

²⁴ Si tratta, in pratica, dell'acquisizione di sommarie informazioni utile alle indagini della *police*. Cfr. K. FRITH, *Helping The Police With Their Enquires*, in www.isonharrison.co.uk, 15 luglio 2019 (accesso: maggio 2020).

modo, infatti, considerato che – sulla scorta della s. 29 *PACE* che attribuisce alla persona *under voluntary interview* il diritto di lasciare in qualsiasi momento la *police station* – la giurisprudenza inglese ha riconosciuto «*quite unnecessary to arrest a suspect who will voluntarily attend an interview*»²⁵, la *police* ha disinnescato l’astratta applicabilità del *bail*, per il venir meno di un suo presupposto di applicabilità, cioè l’intervenuto arresto dell’indagato. L’unica strada che la *police* si obbliga a percorrere, dunque, è quella del *release under investigation* in attesa della prosecuzione dell’attività di indagine, con il beneficio dell’assenza di *time limits*.

Su queste premesse si sono, poi, formate tutte le pratiche abusive del *RUI* che oggi stanno avendo un impatto particolarmente negativo sulla prevenzione e repressione di alcuni reati. La casistica criminologica che si accavalla nel triennio successivo all’approvazione del *Policing and Crime Act 2017*, infatti, annovera un numero totale di *RUIs* inspiegabilmente elevato per reati contro la persona (figura 4) e, spesso, aventi vittime vulnerabili come le donne²⁶. Emblematico, al riguardo, il caso dell’omicidio *Kay Richardson*, accaduto in Sunderland nel 2019, che – dopo la segnalazione inoltrata all’*Home Office* dal *Coroner* del *Sunderland Derek Winter* – portò definitivamente in auge i problemi che la collettività stava affrontando a causa dell’abuso del *RUI* da parte della *police*²⁷.

²⁵ *Hayes vs Chief Constable of the Merseyside* [2011] EWCA Civ 911 (§42). Cfr., in senso conforme, *Richardson vs Chief Constable of the West Midlands* [2011] EWHC 773 (QB).

²⁶ Sondaggio condotto dal *Freedom of Information Statistics (FOI)* governativo su 20 *Police Forces*. Cfr. P. COWLING - M. CLAYTON - M. NEWMAN, ‘*Scandal brewing’ as thousands of suspects released*, in www.bbc.com, 4 dicembre 2019 (accesso: maggio 2020); D. SHAW, *Thousands of violent crime suspects released without conditions*, in www.bbc.com, 30 marzo 2018 (accesso: maggio 2020).

²⁷ Nel caso di riferimento, Alan Martin, marito di Kay, era un soggetto noto alla *police* come ad «*high risk*» in quanto si erano già registrati, nei precedenti 7 anni, 12 denunce per abusi domestici. Nell’agosto del 2019, a seguito dell’ennesima denuncia, Alan Martin venne convocato per una «*interview*» presso la *police station* e venne rilasciato *under investigation* dalla *police* – dunque indagato ‘a piede libero’ senza alcuna misura cautelare – in attesa di nuove indagini. Lo stesso giorno, una volta rientrato in casa, Martin strangolò la moglie dopo averla colpita con un martello, registrando una tragedia che, certamente, avrebbe dovuto essere evitata. Cfr. P. SOUTHWORTH, *Coroner urges Home Secretary to review domestic abuse laws after man bludgeons wife to death*, in www.telegraph.co.uk, 22 agosto 2019 (accesso: maggio 2020); J. JOHNSON, *Police bail decline revealed as Law Society say worrying trend means violent criminals are being released with no restrictions*, in www.telegraph.co.uk, 9 ottobre 2019 (accesso: maggio 2020).

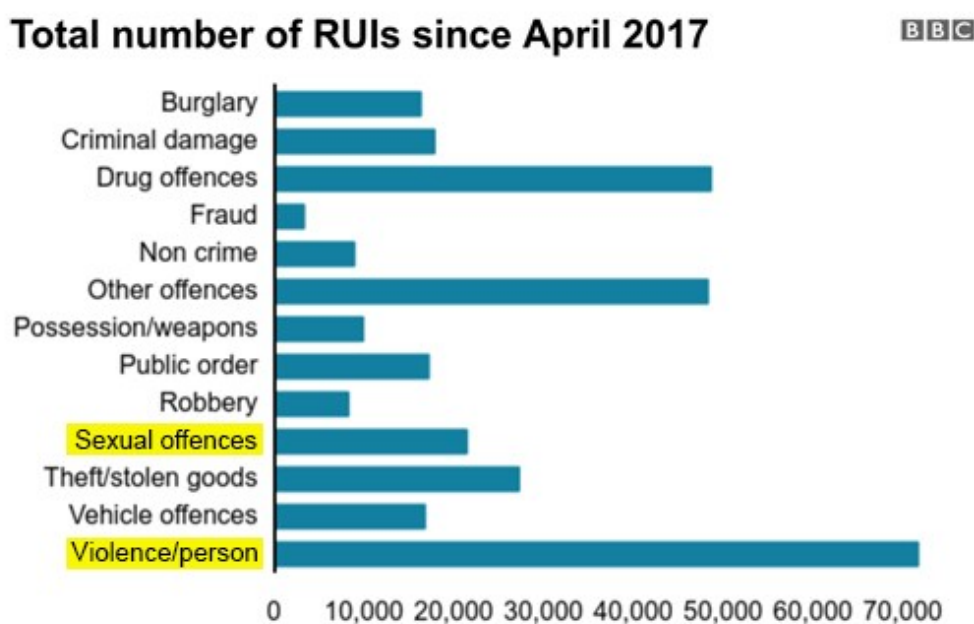


Figura 4 (Fonte: BBC-FOI 2019)

Invero, già nel marzo 2019 il *Centre for Women’s Justice (CWJ)*, in un *super-complaint*, aveva fotografato una realtà simile, caratterizzata da abusi e violenze sulle donne, drammaticamente peggiorata nel numero a seguito dell’approvazione del *Policing and Crime Act 2017*²⁸. Più di preciso, il rapporto del *CWJ* – dopo aver svolto dei sondaggi in alcuni centri antiviolenza – ha confermato che la *police* adotta regolarmente il *RUI* per reati contro vittime ‘vulnerabili’, nonostante la guida contenuta nel *College of Policing on domestic abuse* raccomandi che «*the primary consideration of an officer determining bail conditions should be the safety and protection of the victim, children and the suspect*» e nonostante la stessa precisi anche che «*when considering granting pre-charge bail to domestic abuse suspects, custody officers should be mindful that delays can compromise the safety of the victim, any children and others associated with the allegation made*»²⁹. Inoltre,

²⁸ Cfr. CENTRE FOR WOMEN’S JUSTICE, *Police failure to use protective measures in cases involving violence against women and girls*, cit. p. 1 ss. Invero, il *super-complaint*, oltre al *RUI*, individua altri tre fattori come fortemente incidenti sul *deficit* di garanzie predisposte in favore delle donne. Oltre all’abuso del *RUI*, infatti, viene denunciato: il mancato arresto per inosservanza delle prescrizioni contenute nei *Non Molestation Orders (NMO)*; la mancata adozione di *Domestic Violence Protection Notices and Orders (DVPN - DVPO)* e la mancata applicazione di *Restraining Orders*.

²⁹ COLLEGE OF POLICING, *Major investigation and public protection: Post-arrest management of suspect and casefile*, in www.college.police.uk (accesso: marzo 2020). Inoltre, cfr. HER MAJESTY’S INSPECTORATE OF CONSTABULARY AND FIRE & RESCUE SERVICES (HMICFRS), *The police response to domestic abuse*, in www.justiceinspectors.gov.uk, 2019, p. 10 (accesso: maggio 2020) che

nell'eccezionale ipotesi in cui il *pre-charge bail* viene concesso, la sua estensione oltre il termine di 28 giorni è raramente richiesta o concessa, perché altrettanto raramente le indagini sono condotte con la diligenza e la speditezza quesita dalla *condition c)* della s. 63 *Policing and Crime Act 2017* ³⁰.

Su tutti questi punti, il *CWJ* auspica l'intervento del *College of Policing* e del *The National Police Chiefs' Council (NPCC)*, al fine di prevedere normativamente tanto «*[that] article 8 rights of suspects should not outweigh the needs of victims and the state's positive duties under Articles 2, 3 and 8*», quanto «*[that the] need for bail conditions [could] fulfil the necessity criteria under Section 24 PACE*» ³¹.

In proposito, benché lodevole negli intenti, sembra che il *CWJ* guardi al *release under investigation* con una forte (e comprensibile) tensione soggettiva che, però, fa perdere di vista i tanti problemi che l'uso del *pre-charge bail* ha causato nel recente passato. In particolare, l'introduzione di una disposizione che consideri soddisfatti *iuris et de iure* i requisiti di cui alla s. 24 *PACE*, qualora sussista l'esigenza di applicare delle *conditions*, di fatto vanificherebbe le garanzie predisposte dal *Policing and Crime Act 2017*, perché l'interpretazione di queste 'esigenze' si presterebbe a facili strumentalizzazioni. Peraltro, va aggiunto che anche tale disposizione non garantirebbe l'utilizzo delle *conditions* da parte della *police* che potrebbe proseguire ad abusare del *RUI* per non incorrere nei problemi di organico già rilevati *supra*. Similmente, non convince neanche la proposta del *CWJ* secondo cui il *Code G Note 2G* dovrebbe ampliare il potere di arrestare «*on arrival at the police station following voluntary attendance for the purpose of imposing bail conditions*» ³², perché rimetterebbe tutto nuovamente nelle mani della discrezionalità della *police* che, anche in questo caso, potrebbe preferire il *RUI* al *PCB with conditions*.

Vi è, infine, un altro fronte – riflesso delle pratiche abusive del *RUI* – che ha inciso in modo considerevole sulla sfera giuridica dei soggetti indagati 'a piede

conferma una variazione negativa dell'uso del *bail* per queste fattispecie di reato pari al 65% dopo l'entrata in vigore del *Policing and Crime Act 2017*.

³⁰ Cfr. CENTRE FOR WOMEN'S JUSTICE, *Police failure to use protective measures in cases involving violence against women and girls*, cit. p. 25-26. Sulle *conditions* del *PCA 2017* cfr. *supra* [cap. II, §3.3](#).

³¹ *Ibidem*.

³² *Ivi*, p. 27.

libero'. Recentemente, infatti, si sono registrati molti casi in cui i sottoposti a *RUI* si sono ritrovati ad essere sottoposti ad indagini per mesi o anche anni³³ e poi ad essere prosciolti con un *NFA*, riportando in auge le tante preoccupazioni già esistenti prima dell'introduzione del *PCA* 2017 in riferimento al *legal limbo* del *pre-charge bail*³⁴.

Al riguardo, però, non si può fare a meno di notare che proprio l'impossibilità di applicare *conditions* unitamente al *RUI* è una notevole garanzia che non permette un così stretto affiancamento tra la casistica del *legal limbo* del *RUI* e quella passata del *PCB*; anche perché, nel caso del *release under investigation*, una sorta di regolamentazione sulla tempistica è già prevista nelle linee guida del *National Police Chiefs' Council (NPCC)* sotto la voce "*RUI Review-Suggested good practice*" Precisamente, secondo tale raccomandazione, ogni 30 giorni – e, nei casi più gravi, ogni 10 giorni – sarebbe opportuna una «*documented supervisory review*» dei sottoposti a *RUI*, con l'obbligo, altresì, di informare la vittima degli eventuali aggiornamenti in ogni *review*³⁵. Inoltre, il *NPCC* prevede che le successive revisioni allo scadere dei 3 mesi e dei 6 mesi vanno eseguite, rispettivamente, da un *inspector* e da un *superintendent*, al fine di assicurare che i «*RUI suspects will be subject [to] appropriate review and management supervision*», concludendo nel senso che l'estensione dell'attività di indagine è concedibile ai soli «*RUI cases [that] are being managed expeditiously and [...] further investigation is appropriate*»³⁶. Cionondimeno, l'esistenza di numerosi casi di *legal limbo* per il *RUI* dimostra che tale raccomandazione è rimasta largamente inapplicata, sicché sarebbe opportuno integrare questa previsione a livello normativo. Oggi, però, la previsione (e imposizione) normativa di un sistema di autorizzazioni per la prosecuzione delle indagini – non molto dissimilmente da quanto previsto ai sensi

³³ Cfr. E. CAPE, *Police bail without charge – leaving suspects in limbo*, cit.; E. CAPE, *What if police bail was abolished?*, in [Howard League for Penal Reform](#), University of the West of England, 2015, p. 8-9 (accesso: maggio 2020); LAW SOCIETY, *Release under investigation*, in [www.lawsociety.org.uk](#), 7 novembre 2019, p. 4-5 (accesso: maggio 2020).

³⁴ Cfr. B. RILEY-SMITH, *Pre-charge bail: Everything you need to know about the campaign to close a 'legal limbo' loophole*, in [www.telegraph.co.uk](#), 2 dicembre 2014 (accesso: maggio 2020).

³⁵ Cfr. NATIONAL POLICE CHIEFS' COUNCIL, *Operational Guidance for Pre-Charge Bail and Released under Investigation – Updated January 2019*, in [www.npcc.police.uk](#), p. 5 (accesso: maggio 2020).

³⁶ *Ibidem*.

dell'art. 407 c.p.p. nel nostro ordinamento – non sembra immaginabile, perché la carenza di personale di polizia potrebbe condurre ai tanti rischi già *supra* paventati³⁷. Pertanto, anche questo secondo profilo dell'abuso del *RUI* – che incide sui diritti dell'indagato – sembra necessitare di una riforma globale delle *police forces* anglo-gallesi per poter essere contenuto in maniera adeguata.

4. L'Home Office Consultation 2020-2021 e i tratti identificativi della prossima riforma in tema di *PCB*

*4.1. L'avvio delle consultazioni e le proposte di modifica al *PCB* e al *RUI**

Sulla scia del clamore sollevato dai casi di abuso del *RUI* e allo scopo di trovare una soluzione concertata in merito, l'*Home Secretary* Priti Sushil Patel ha aperto il 7 febbraio 2020 una consultazione governativa sull'argomento, nell'auspicio di creare un sistema che «*protects victims, enables the police to investigate crimes effectively and respects the rights of individuals under investigation*»³⁸.

In primo luogo, l'*Home Office* suggeriva l'abolizione della presunzione di applicazione del *RUI* e l'introduzione di un «*risk-based approach*», cioè l'applicazione del *pre-charge bail* o del *release under investigation* in relazione a fattori di rischio che permettano, così, di identificare meglio la sussistenza delle *pre-condition* di *necessity e proportionality* postulate dal *Policing and Crime Act 2017*³⁹. Già in questa fase consultiva, però, la soluzione proposta dall'*Home Office* non convinceva perché tralasciava il fatto che i casi di abuso del *RUI* verificatisi in questi quattro anni non derivino – come si è avuto modo di ribadire più volte nel corso di questa trattazione – dalla impossibilità giuridico-normativa di fare ricorso al *PCB* ma, piuttosto, dalla volontà di fugare il *bail period* del *pre-charge bail*.

³⁷ Cfr. *supra*, in questo capitolo, §2.

³⁸ HOME OFFICE, *Police Powers: Pre-charge Bail. Government consultation*, in www.gov.uk, 5 February - 29 May 2020, p. 4-5 (accesso: maggio 2020) che, inoltre, precisa come «*the use of pre-charge bail has fallen significantly, mirrored by an increasing of individuals released without bail, commonly known as 'released under investigation' or RUI*».

³⁹ I fattori di rischio proposti sono: «*1. The severity of the actual, potential or intended impact of the offence; 2. The need to safeguard victims of crime and witnesses, taking into account their vulnerability; 3. The need to prevent further offending; 4. The need to manage risks of a suspect absconding; and 5. The need to manage risks to the public*».

Inoltre, anche i fattori di rischio presi in considerazione dall'*Home Office* per valutare la sussistenza delle *pre-conditions*, fin da principio, non sembravano opportuni. Il fattore n. 1 (*the severity of the actual, potential or intended impact of the offence*), ad esempio, fa dipendere l'applicazione del *PCB* non da circostanze concrete inerenti alla fattispecie di reato né da elementi soggettivi relativi al suo autore, ma esclusivamente dall'astratta pericolosità della fattispecie di reato. In pratica, il fattore n. 1, più che un criterio di valutazione del rischio ai fini della decisione sulla misura cautelare da applicare, sarebbe un criterio per determinare la pena da irrogare dopo avere accertato la commissione del reato. Un assetto in totale dissonanza con il principio di presunzione d'innocenza. Ma anche il fattore n. 3 (*The need to prevent further offending*) potrebbe condurre ad analoghe derive inquisitorie, se non letto nel senso di prevenire la commissione di ulteriori reati alla luce delle circostanze in concreto verificatesi.

Dunque, il «*risk-based approach*» proposto dall'*Home Office* – che avvicinerebbe la valutazione delle esigenze cautelari nel sistema inglese a quella italiana di cui all'art. 274 c.p.p. comma 1 – potrebbe, al più, contribuire ad una maggiore specificazione dei principi di necessità e proporzionalità attualmente vigenti, ma non risolvere i problemi attuali del *RUI*⁴⁰.

Su altro fronte, invece, si rileva che la presunzione di applicazione del *RUI*, rispetto al *PCB*, si pone – ai sensi della s. 38 *PACE* – nello stesso rapporto di regolazione del *post-charge bail* rispetto alla *custody*, cioè come naturale devoluzione del principio di presunzione di non colpevolezza. Pertanto, non c'è ragione per ritenere di dover modificare un conquistato equilibrio normativo che comunque, ove rimosso, non garantirebbe di per sé un minore uso del *release under investigation*.

⁴⁰ Precisamente, sembra potersi accostare: il fattore n. 2 (*The need to safeguard victims of crime and witnesses, taking into account their vulnerability*) al pericolo di inquinamento della prova di cui alla lettera a) ed alle esigenze di prevenzione di cui alla lettera c); il fattore n. 4 (*The need to manage risks of a suspect absconding*) al pericolo di fuga di cui alla lettera b) e il già citato fattore n. 3, in combinato con il fattore n. 5 (*The need to manage risks to the public*), alle esigenze di prevenzione di cui alla lettera c) dell'art. 274 c.p.p. comma 1.

Peraltro, proprio riguardo alla durata del *bail period* (28 giorni)⁴¹, l'*Home Office* suggeriva tre possibili modelli di riforma, tutti volti al depotenziamento delle garanzie acquisite con il *PCA* 2017 (figura 5). Precisamente, confrontando questi modelli con il sistema attualmente in vigore, emergeva una più che importante differenza nella tempistica di intervento del potere giudiziario che può essere tardata fino a nove mesi. Una scelta che, però, sembra poco determinante perché – al di là degli abusi cui potrebbe condurre nei casi in cui viene applicato il *PCB* – non sembra possa cambiare in modo incisivo le sorti del *pre-charge bail*. La *police*, infatti, manterrebbe ancora un forte e concreto interesse a preferire il *RUI* al *PCB*. Oltretutto, non si vede di buon occhio l'adozione di incentivi al *pre-charge bail* che operino andando a detrimento delle garanzie dell'indagato.

Più interessante, invece, sembra la proposta di attribuire la scelta sull'*initial bail period* al *custody officer*, in quanto in tal modo ci sarebbe un allineamento di disciplina con la concessione del *post-charge bail* o della *custody* di competenza, appunto, del *custody officer*.

Months	Current	Model A	Model B	Model C
1	Initial bail period Inspector	Initial bail period Custody Officer	Initial bail period Custody Officer	Initial bail period Custody Officer
2	First extension			
3	Superintendent	First extension Inspector	First extension Inspector	First extension Inspector
4	Second extension	Second extension Superintendent		
5	Magistrate	Third extension Magistrate	Second extension Superintendent	Second extension Superintendent
6			Third extension Magistrate	Third extension Superintendent
7			Fourth extension Magistrate	Fourth extension Superintendent
8	Fourth extension Magistrate	Fifth extension Magistrate	Third extension Magistrate	Third extension Superintendent
9			Fourth extension Magistrate	Fourth extension Magistrate
10			Fifth extension Magistrate	Fifth extension Magistrate
11	Fourth extension Magistrate	Fifth extension Magistrate	Fourth extension Magistrate	Fourth extension Magistrate
12			Fifth extension Magistrate	Fifth extension Magistrate
13			Fifth extension Magistrate	Fifth extension Magistrate
14	Fourth extension Magistrate	Fifth extension Magistrate	Fourth extension Magistrate	Fourth extension Magistrate
15			Fifth extension Magistrate	Fifth extension Magistrate

⁴¹ Per un grafico esaustivo sulla durata media delle indagini in relazione alle varie fattispecie di reato cfr. HOME OFFICE, *Police Powers: Pre-charge Bail. Government consultation*, cit., p. 11.

Figura 5 (Fonte: *Home Office, Police Powers: Pre-charge Bail. Government consultation 2020*)

Infine, la terza ed ultima argomentazione dell'*Home Office* proponeva modifiche alla durata del *RUI*, la cui assenza, oltre ad aver dato causa al *legal limbo*, è co-responsabile dei tanti ritardi dei processi davanti le *Courts*⁴². In proposito, l'*Home Office* si interrogava circa l'opportunità di introdurre per il *RUI* una tempistica, parallela a quella del *PCB*, al fine di incentivare l'uso del *pre-charge bail* a discapito del *release under investigation*. Tuttavia, anche su questa questione – come già ampiamente argomentato⁴³ – non si ritiene conveniente ipotizzare una riforma in tal senso senza preventivamente reintegrare l'organico a disposizione delle singole *police forces*.

4.2. (Segue) *L'Home Office post-consultation report 2021*

Il 14 gennaio 2021 l'*Home Office* ha dato risposta alle consultazioni avviate nei primi mesi del 2020 pubblicando un *report* che traccia le linee guida su cui si ispirerà la prossima riforma in tema di *PCB*⁴⁴.

Come era già intuibile dal *consultation report* di febbraio 2020, l'*Home Office* ribadisce l'intenzione governativa di risolvere i problemi sull'abuso del *RUI* mediante l'eliminazione della presunzione di non applicabilità del *PCB* e l'introduzione di *risk based decisions*, così da «*make it easier to use bail in cases where its necessary and proportionate*». In tal modo, infatti, si ritornerebbe ad una «*neutral position*» da parte del legislatore inglese che non favorirebbe né contrasterebbe l'applicazione del *PCB*⁴⁵.

Sul punto, ciò che riferisce l'*Home Office* non è del tutto lineare nella parte in cui definisce le proprie intenzioni come 'neutrali' ma, allo stesso tempo, dichiara

⁴² In particolare, l'*Home Office* rileva che i soggetti sottoposti a *RUI*, non avendo l'obbligo di comparire in udienza e apprendendo dell'eventuale *charging* via posta – *postal charge and requisition (PCR)* – spesso non compaiono in udienza – *failure to attend (FTA)* – obbligando la *Court* ad emettere un *warrant* per arrestare e portare in udienza l'imputato, con notevole dispendio di risorse e tempo anche per la polizia inglese. Peraltro, questa parte della consultazione riconosce – senza mezzi termini – che il «*pre-charge bail is not always applied to individuals where it would be necessary and proportionate to effectively manage risk of them absconding*». Così, *ivi*, p. 16.

⁴³ Cfr. *supra*, in questo capitolo, §2.

⁴⁴ HOME OFFICE, *Police Powers: Pre-charge Bail. Government response*, in www.gov.uk, 14 January 2021 (accesso: febbraio 2021).

⁴⁵ *Ivi*, p. 10.

di volere incentivare (*make it easier*) l'uso del *PCB*. Un incentivo che si concretizza nella scelta di riformare in modo estensivo la tempistica del *bail period*, sulla falsariga del *Model B* proposto in sede di consultazioni ⁴⁶. L'*Home Office*, inoltre, confida molto nel fatto che «*the use of RUI [will] drop significantly following these reforms*» ⁴⁷, tanto da non ritenere necessario regolamentare la tempistica del *RUI*.

Invero, la scelta di propendere verso questi 'incentivi normativi' per agevolare l'applicazione del *PCB* non sembra opportuna né adeguata perché non supera (ma conferma) i dubbi e le riserve sull'abolizione della presunzione del *RUI* già rappresentati *supra* ⁴⁸. Anzi, l'inevitabile scelta dell'*Home Office* di non regolamentare la tempistica del *RUI* lascia trasparire la consapevolezza del problema inerente alla carenza di organico a disposizione della *police*. Sicché, alle formali manifestazioni di fiducia sul prossimo assetto cautelare, sembra sottesa l'intenzione di non 'braccare' l'operato della *police*, lasciando aperta la possibilità di inflazionare il *RUI* quando necessario. Eppure, proprio quest'ultimo punto non lascia affatto ben sperare per la prossima riforma.

In conclusione, la risposta dell'*Home Office* sembra proseguire su quella strada che, nel ricercare un equilibrio tra esigenze cautelari e garanzie per l'indagato, tralascia di rinnovare il sistema cautelare inglese sia sotto il profilo del controllo giurisdizionale ⁴⁹ sia, vista l'esperienza singolare del *PSNI*, sotto il profilo dell'organigramma del personale di polizia. Dunque, in attesa di un intervento su questi profili, oggi rimane solo da auspicare che la riforma che seguirà nei prossimi mesi non subisca distorsioni da parte della prassi applicativa, al pari di quanto accaduto con il *Policing and Crime Act 2017*.

⁴⁶ HOME OFFICE, *Police Powers: Pre-charge Bail. Government response*, cit., p. 15.

⁴⁷ *Ivi*, p. 18. È anche da singolare che il 79% dei partecipanti alle consultazioni si era espressa in senso favorevole o fortemente favorevole all'introduzione di un *RUI period*.

⁴⁸ Cfr. *supra*, in questo capitolo, §4.

⁴⁹ Cfr. *supra* cap. II, §4.

CAPITOLO IV

LA LIBERTÀ SU CAUZIONE IN ITALIA.

TRA STORIA ED ATTUALITÀ NORMATIVA

Sommario: 1. [L'esperienza italiana in tema di libertà su cauzione. Dal codice del 1913 al tentativo di riforma del 2012](#) – 2. [Il potenziale deflattivo della libertà su cauzione](#) – 3. [Quale funzione per la cauzione? Interessi collettivi vs interessi privati](#) – 4. [Il \(falso\) mito della libertà su cauzione come strumento cautelare d'élite](#) – 5. [Alcune riflessioni sulla libertà su cauzione con garanzia prestata da un terzo](#)

1. L'esperienza italiana in tema di libertà su cauzione. Dal codice del 1913 al tentativo di riforma del 2012

1.1. La libertà su cauzione nei codici del 1913 e del 1930

Nonostante l'impronta marcatamente accusatoria, ereditata dal codice di procedura penale subalpino del 1859, anche nel primo codice di procedura penale italiano, datato 1865, erano previste forme di liberazione di tipo 'provvisorio' da applicare in luogo della carcerazione preventiva¹. In seguito, con il codice del 1913, il nostro ordinamento passò ad una concezione di tutela più 'concreta' e meno 'astratta' della libertà personale, inducendo il legislatore del tempo a codificare, tra gli altri, l'istituto della libertà su cauzione e della malleveria².

L'art. 336 c.p.p. 1913 individuava le finalità dell'istituto non solo nell'esigenza di assicurare la presenza dell'imputato in giudizio ma anche nell'esigenza di soddisfare gli obblighi che sarebbero, eventualmente, potuti

¹ Nel codice del 1865, infatti, vigeva la presunzione di colpevolezza, cioè la presunzione che l'imputato fosse il responsabile dei fatti costituenti reato. Per tale ragione, la libertà disposta *ante iudicium* non poteva che essere 'provvisoria' ed eccezionale rispetto alla carcerazione preventiva. Cfr. G. AMATO, *Individuo e libertà nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, 1967, p. 181 segnalato da C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia penale*, raccolti da A. GIARDA - G. SPANGHER - P. TONINI, vol. 75, Cedam, 2016, p. 65 che richiama F. CARRARA, *Programma del corso criminale. Del giudizio criminale*, (1860), con introduzione di M. NOBILI, Il Mulino, 2004, p. 67.

² Cfr. L. MORTARA - U. ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, vol. 1 e 2, Utet, 1914, p. 715, citato da C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 68.

scaturire da una sentenza di condanna³. Veniva, insomma, riconosciuta quella duplice funzione della cauzione, consistente, da un lato, nella prevenzione del pericolo di fuga e, dall'altro, nella costituzione di una garanzia patrimoniale per la vittima, in caso di condanna dell'imputato, spesso presente nelle diverse 'apparizioni' normative della storia di quest'istituto⁴.

L'art. 337 c.p.p. 1913, inoltre, indicava alcuni criteri 'primari' e 'secondari' per la commisurazione dell'ammontare della somma da versare⁵. In particolare, il criterio della valutazione delle condizioni economiche dell'imputato permetteva di modulare la cauzione non solo 'oggettivamente', in relazione al reato commesso ed ai suoi effetti, ma anche 'soggettivamente', tenendo cioè conto della capacità economica dell'imputato caso per caso. In tal modo, soggetti coimputati per lo stesso fatto costituente reato, potevano ritrovarsi con cauzioni di ammontare considerevolmente diverso. Addirittura, se da un lato per imputati abbienti l'importo della cauzione poteva essere superiore ai criteri 'oggettivi' legati al reato ed ai suoi effetti – onde evitare che l'imputato non ottemperi alle prescrizioni⁶ – nel caso di imputati nullatenenti, la cauzione monetaria poteva anche essere sostituita con una «cauzione morale»⁷, cioè poteva essere surrogata da «buone informazioni di moralità» (art. 337, comma 2 c.p.p. 1913) acquisite e valutate positivamente dal giudice⁸.

Con tale assetto normativo, il legislatore del tempo intendeva tenere conto di ciò che, poco più di 40 anni dopo, sarebbe stato riconosciuto nella nostra Costituzione come 'uguaglianza sostanziale' nell'art. 3, comma 2 Cost. Nel valutare la capacità economica dell'imputato, infatti, il legislatore mostrava di avere sufficiente sensibilità sociopolitica e normativa per intuire i rischi che sarebbero

³ *Ibidem*.

⁴ Per un *excursus* storico cfr. *supra* [cap. II, §1](#). Sul 'funzionalismo invertito' della libertà su cauzione in Francia, invece, cfr. *infra*, in questo capitolo, [§2](#).

⁵ Per approfondimenti su questi criteri v. L. MORTARA - U. ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, cit., p. 716.

⁶ *Ivi*, p. 70.

⁷ L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, 4^a ed., Nabu Press, 1920, p. 330. Cfr. C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 70.

⁸ *Ibidem*, tuttavia, nota che «non [risultassero] normativamente precisate né forme né modalità di accertamento dei relativi presupposti», lasciando ampia discrezionalità – e, dunque, incertezza – nelle mani dell'organo giudicante.

derivati dal non far dipendere la possibilità di accedere alla libertà su cauzione dalla capacità economica dell'imputato⁹. Inoltre, ciò che stupisce è l'attenzione e il coraggio di muoversi in questo senso, pur in assenza di una Carta fondamentale e pur in assenza di notabili spunti o indirizzi di questo tenore nello Statuto albertino.

Sfortunatamente, il codice di rito penale che seguì a quello del 1913 segnò un'inevitabile regressione sotto il profilo della tutela della libertà personale, frutto del momento storico in cui fu concepito¹⁰. L'impostazione autoritativa del codice del 1930, infatti, considerava la libertà personale come un 'interesse secondario'¹¹, tornando a presumere l'imputato colpevole fino a prova contraria e a guardare alla libertà 'provvisoria' come un'eccezione alla regola della carcerazione preventiva¹². Dunque, era questa la stretta cornice entro cui si inquadra la misura della libertà su cauzione che, insieme alla scarcerazione automatica, alla scarcerazione per perenzione d'arresto ed alla scarcerazione per mancanza di indizi, permetteva all'indagato di riacquistare, nel corso del procedimento penale, lo *status libertatis*¹³. Cionondimeno, sembrano comunque individuabili nel codice del 1930 norme sensibili alle esigenze di garanzia della libertà personale. È sufficiente pensare che, fino alla riforma intervenuta con legge 27 gennaio 1986 n. 8, l'obbligo di presentazione periodica presso un ufficio di polizia era subordinato all'accertata impossibilità di prestare la cauzione o la malleveria¹⁴. Una simile disposizione non può non richiamare alla mente il *right to bail* inglese nella visione 'classica'

⁹ Cfr. *infra*, in questo capitolo, §2.

¹⁰ Cfr. L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, cit., p. 330; C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 70.

¹¹ Cfr. G. AMATO, *Individuo e libertà nella disciplina della libertà personale*, cit., p. 277.

¹² Cfr. G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Giuffrè, 1975, p. 287.

¹³ La disciplina sulla 'libertà provvisoria' era contenuta nella sezione IV, capo II, titolo I del libro II del codice di procedura penale che all'art. 277 c.p.p. disponeva: «all'imputato che si trova in stato di custodia preventiva può essere concessa la libertà provvisoria. La libertà provvisoria non è ammessa nei casi preveduti dall'articolo 253» e, all'art. 278 c.p.p., precisava: «la libertà provvisoria può essere concessa [...] in ogni stato dell'istruzione o grado del giudizio, escluso il giudizio di cassazione». Sul punto cfr. G. BELLAVISTA, (voce) *Libertà provvisoria*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 24., Giuffrè, 1974, p. 564. Cfr. V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia penale*, raccolti da A. GIARDA - G. SPANGHER - P. TONINI, vol. 74, Cedam, 2016, p. 257.

¹⁴ Lo nota C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 73 che riporta A. GIARDA, *Misure sostitutive della custodia del carcere e misure alternative alla custodia cautelare*, in AA. VV., *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, a cura di V. GREVI, Cedam, 1985, p. 189.

dell'istituto, cioè come strumento di libertà volto ad evitare qualsivoglia forma di coercizione e restrizione della libertà personale.

Ad ogni modo, con l'intervento della suddetta riforma, anche la misura dell'obbligo di presentazione presso gli uffici della polizia giudiziaria acquisì una propria autonomia nel prontuario delle misure cautelare, divenendo applicabile cumulativamente o alternativamente alla cauzione, alla malleveria o alla dimora coatta. Peraltro, l'art. 284 c.p.p. 1930 prevedeva la possibilità di applicare, in luogo della cauzione, anche gli arresti domiciliari, facendo emergere così la totale fungibilità della cauzione con misure restrittive della libertà personale.

In definitiva, quest'intervento normativo, sebbene successivo all'entrata in vigore della Carta costituzionale, aveva determinato un'ulteriore regressione dello *standard* di garanzie predisposte in *favor rei*¹⁵.

1.2. I lavori preparatori al codice del 1988 e l'ostracismo della libertà su cauzione

Con l'introduzione del codice di rito penale del 1988, l'istituto della libertà su cauzione scomparve. Il processo di 'epurazione' da questo istituto, però, è stato controverso e, soprattutto, non sufficientemente meditato. In proposito, si fa notare anzitutto che la legge 5 agosto 1988, n. 330 – tra le tante riforme volte a preparare la disciplina cautelare all'avvenuto codice – aveva inserito nell'articolo 43 la libertà su cauzione (e la malleveria) rendendola, per di più, una misura cautelare autonoma, la cui applicazione dipendeva dal solo rispetto dell'introducendo principio di adeguatezza¹⁶. Nei progetti normativi del legislatore, quindi, c'era

¹⁵ Tuttavia, C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 77, citando A. NAPPI, *sub art. 284*, in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO - G. ILLUMINATI, Cedam, 1987, p. 870, nota che nella prassi la sostituzione della cauzione ai sensi dell'art. 284 comma 2 c.p.p. si presentava con «un carattere non più "istituzionale", bensì meramente occasionale». Tale funzione, infatti «avrebbe acquistato risalto soltanto quando l'incapacità economica dell'imputato si fosse rivelata successivamente all'imposizione della cauzione o malleveria».

¹⁶ Cfr. M. CHIAVARIO, *Variazioni sul tema delle «misure cautelari» tra nuovo codice e «legge anticipatrice»*, in *Giust. pen.*, 1989, p. 1 ss. Addirittura, nota C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 82 la riforma incideva anche sulla scarcerazione per decorrenza dei termini in quanto, in tal caso, non era più possibile applicare la cauzione. La *ratio*, precisa G. LOZZI, *Sulle principali innovazioni apportate al codice di procedura penale del 1930 dalla legge 5 agosto 1988 n. 330*, in *Giust. pen.*, 1988, n. 3, p. 633, era quella di evitare che «la cauzione [potesse] vanificare quel diritto all'acquisizione della libertà che la scarcerazione per

spazio per la cauzione, anche perché nelle due leggi delega (l. 3 aprile 1974, n. 108 e l. 16 febbraio 1981, n. 81) si era precisata la necessità di adeguamento alle normative internazionali pattizie nella redazione del nuovo codice – quindi anche all’art. 5.3 CEDU¹⁷ – e l’opportunità di predisporre misure alternative alla detenzione per l’imputato che attende una sentenza definitiva.

Nonostante queste premesse, con il nuovo codice di procedura penale – promulgato meno di due mesi dopo la l. 330/1988 – non venne fatta alcuna menzione della libertà su cauzione. La ragione di questa mancanza va ricercata nei lavori preparatori. Infatti, mentre in sede redigente – nonostante l’originaria omissione – la cauzione era stata inserita nel progetto codicistico; in sede consultiva la cauzione venne eliminata «sia per il carattere potenzialmente discriminatorio della cauzione, sia perché il rispetto delle prescrizioni connesse alle misure coercitive è adeguatamente assicurato dalla prevista possibilità di applicare, in caso di trasgressione, una misura più grave»¹⁸. Tralasciando – per ora¹⁹ – il punto inerente alle potenzialità discriminatorie della cauzione, è difficile comprendere e, quindi, condividere il nesso logico-razionale secondo cui la possibilità di aggravare una misura cautelare, in caso di trasgressione, costituisca una ‘giustificazione’ per prognosticare che la cauzione «come versamento di una somma per assicurare l’adempimento degli obblighi conseguenti a misura di coercizione non avrebbe avuto molta probabilità di funzionare efficacemente»²⁰. Certamente, è indubbio che una misura coercitiva della libertà personale, dal punto di vista social-preventivo, sia più efficace, ma una simile argomentazione – neanche tanto implicita – non può che stridere con i principi di gradualità e proporzionalità già inseriti nella citata riforma del 1988 (l. 330/1988). Inoltre, paradossalmente, la

decorrenza dei termini mira a garantire». È, dunque, indubbio l’intento garantista con cui il legislatore si era mosso in questa occasione.

¹⁷ Al riguardo, infatti, M. PISANI, *Cauzione e libertà personale (spunti de iure condendo)*, in *Riv. it. dir. Proc. Pen.*, vol. 46, 2003, n. 1-2, p. 8 nota che l’art. 5.3 CEDU prevede la subordinazione della misura di rimessione in libertà alla prestazione di garanzie in grado di assicurare, anzitutto, la comparizione in udienza. Pertanto, la legge delega – seppur implicitamente – ammiccava alla permanenza della cauzione e della malleveria nel sistema cautelare da codificare.

¹⁸ *Ivi*, p. 10 nel citare la Commissione consultiva per la riforma del Codice di procedura penale – *Parere su lo schema legislativo delle misure di coercizione personale* (dattil.), 1975, p. 48.

¹⁹ Cfr. *infra*, in questo capitolo, §3.

²⁰ Così la RELAZIONE PRELIMINARE DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE (1978) citata da M. PISANI, *Cauzione e libertà personale (spunti de iure condendo)*, cit., p. 10.

cauzione, non implicando costrizioni alla libertà personale, sarebbe stata la misura più adeguata e proporzionata per quei casi concreti caratterizzati da esigenze cautelari minime ²¹.

Orbene, se dal lato dogmatico – non si condividono ma – si comprendono le remore circa il rischio di discriminazioni economiche in caso di permanenza dell’istituto della cauzione, dal lato pratico diviene indispensabile ricercare altrove la *ratio* della scelta della commissione in sede consultiva. Una risposta indiretta giunge dalla dottrina che, in quella fase storica, criticò l’abolizione della cauzione. Precisamente, si affermò che la scelta di eliminare radicalmente la cauzione dal nostro ordinamento processuale era «estrema» e che nella sua radicalità avrebbe potuto essere controproducente, perché eliminava la possibilità di adottare «un mezzo non del tutto inutile» ²². Pertanto, sulla scorta di queste affermazioni, non sembra residuare alcun dubbio circa il fatto che alla abolizione della cauzione non abbia contribuito tanto il suddetto rischio di discriminazione per censo ma, piuttosto (o anche), la convinzione che l’istituto sarebbe comunque stato destinato all’obsolescenza giuridica perché meno efficace, sul fronte processuale e della prevenzione, rispetto alle misure cautelari che, a seguito dell’introduzione dei principi di adeguatezza e proporzionalità ad opera della legge n. 330/1988, godevano certamente di maggiore fiducia.

1.3. La proposta di riforma ‘Galli’ del 2012

Dopo poco più di venti anni di silenzio sull’argomento, nel 2012 venne presentata una proposta di legge volta a reintrodurre l’istituto della cauzione tra le misure cautelari del nostro ordinamento ²³. La proposta, avente come suo promotore

²¹ Tuttavia, si noti *contra* C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un’alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 68 che propone l’introduzione della libertà su cauzione con un art. 280-bis c.p.p. «limitatamente ai casi già considerati dall’art. 280 comma 2 c.p.p. (ossia: per i delitti, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni)» e non anche, ad esempio, per contravvenzioni o reati minori.

²² Così, in nota, M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. 2, 3^a ed., Giuffrè, 1984, p. 331. Cfr. M. PISANI, *Cauzione e libertà personale (spunti de iure condendo)*, cit., p. 12 che peraltro cita, nella dottrina più recente, V. GREVI, *La libera personalità dell’imputato verso il nuovo processo penale*, Cedam, 1989, p. 279 secondo cui l’abolizione era stata una misura troppo «drastica» ed era auspicabile una reintroduzione della cauzione come misura cautelare *ab origine*.

²³ Testo consultabile sul sito della Camera dei deputati: www.camera.it (accesso: giugno 2020).

l'allora deputato Daniele Galli, nasceva con il preciso obiettivo di disincentivare, mediante l'applicazione della libertà su cauzione, l'utilizzo della custodia cautelare²⁴. A tal fine, la proposta intendeva introdurre l'istituto della cauzione in un articolo 280-*bis* del codice di procedura penale il cui comma 1 prevedeva che il giudice per le indagini preliminari, anche su richiesta di parte, avrebbe potuto disporre la libertà su cauzione «in alternativa alla misura cautelare di cui agli articoli 284, 285, 286 e prima dell'esercizio dell'azione penale», determinandone l'ammontare in base alla gravità del fatto e delle condizioni economiche dell'imputato.

I commi successivi – dopo avere previsto anche la malleveria (comma 2) – escludevano l'applicazione della misura della cauzione per alcuni reati considerati gravi (comma 5) o per indagati nelle condizioni di cui agli artt. 99 (recidiva), 101 (reati della stessa indole), 102 (abitudine presunta dalla legge, 103 (abitudine ritenuta dal giudice), 105 (professionalità nel reato) e 108 (tendenza a delinquere) del Codice penale (comma 4).

A margine, l'articolo 280-*bis* c.p.p. – precisata nel comma 7 la revocabilità della cauzione in caso di inosservanza delle prescrizioni a questa connesse – annoverava un comma 8 secondo il quale: «le somme versate a titolo di cauzione sono depositate su un conto fruttifero i cui interessi sono attribuiti al Ministero della giustizia, e la cui parte capitale è attribuita, in caso di inosservanza della presenza a tutti gli atti della procedura, di inosservanza degli obblighi del controllo giudiziario o sottoposizione all'esecuzione del giudizio e di condanna definitiva dell'imputato, al medesimo Ministro ovvero restituita all'imputato in caso di assoluzione definitiva».

Così composta, però, la riforma andava ad escludere dalla latitudine applicativa della cauzione tutte le misure cautelari diverse dalla custodia cautelare e dagli arresti domiciliari, trascurando, quindi, il potere limitativo che tutte le altre misure cautelari – come l'obbligo o il divieto di dimora – hanno sulla libertà

²⁴ Cfr. *ivi*, p. 6 in cui, ottimisticamente, si afferma: «l'introduzione della cauzione, oltre a porre un argine al sovraffollamento delle carceri e al conseguente miglioramento delle condizioni dei detenuti, potrebbe contribuire a un significativo abbattimento del contenzioso in materia di impugnazioni dei provvedimenti coercitivi, oltre che – anche con risparmio di risorse pubbliche di carattere economico – in tema di riparazione dell'ingiusta custodia cautelare».

personale degli indagati e i benefici di un'estensione dell'istituto della cauzione anche a queste misure.

In secondo luogo, la proposta di riforma prevedeva, inspiegabilmente, che l'eventuale restituzione della cauzione in caso di «assoluzione definitiva» non avrebbe dovuto includere anche gli interessi maturati dal capitale versato dall'indagato, che sarebbero invece stati trattenuti dal Ministero della Giustizia. Anche su questo punto, non si riesce a comprendere come si sarebbe potuto giustificare il fatto che l'imputato, riconosciuto innocente alla fine del procedimento penale, avrebbe dovuto subire un danno ulteriore – consistente nella perdita degli interessi maturati sul suo capitale – a quello della inevitabile compressione della propria capacità economica causato dall'applicazione della cauzione ²⁵.

Considerate queste *défaillances*, la riforma Galli è stata presto dimenticata. Tuttavia, la proposta del 2012, indicando nella libertà su cauzione la soluzione all'ormai cronico problema del sovraffollamento carcerario, suggerisce qualche spunto per riflettere, in ottica *de iure condendo*, sulla reale incidenza della cauzione come strumento di deflazione della demografia carceraria ²⁶.

2. Il potenziale deflattivo della libertà su cauzione

Dai dati sulla composizione della popolazione carceraria in Italia – aggiornati al 30 aprile 2020 – è possibile rilevare che il 30,50% dei detenuti è rappresentato da soggetti sottoposti a custodia cautelare in attesa di un giudizio definitivo ²⁷ e che

²⁵ Al più, avrebbe avuto ragione di esistere una simile previsione per assoluzioni in punto di diritto, ma una indiscriminata estensione a tutti le formule assolutorie sarebbe stata una vera e propria legittimazione ad un prelievo coatto del patrimonio dei contribuenti *sine causa* ed incostituzionale.

²⁶ Per lungo tempo, si è fatto affidamento al vigente sistema cautelare, sottostimando o del tutto ignorando i benefici – in termini di deflazione – che la libertà su cauzione aveva registrato nel codice previgente. Purtuttavia, è anche da notare che, nonostante l'attribuzione del potere cautelare al giudice per le indagini preliminari – sottratto nel 1988 al monopolio della magistratura requirente – lasciasse ben sperare per il futuro degli istituti cautelari, V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 24, Giuffrè, 1974, p. 402 aveva intuito prima ancora dell'introduzione del nuovo codice di procedura penale che mancava un «adeguato sistema di misure [...] idoneo a soddisfare le esigenze processuali tipiche [della custodia cautelare] attraverso figure di cautela a contenuto obbligatorio, quindi volte a restringere solo indirettamente la libertà personale, e non incidenti sulla persona dell'imputato in senso fisico».

²⁷ Dati riportati da *World Prison Brief (WPB)*, in www.prisonstudies.org (accesso: giugno 2020).

questo dato, pur avendo subito una flessione del 13,20% nei mesi da febbraio ad aprile 2020 a causa dell'emergenza sanitaria vissuta nel nostro Paese (CoVID-19)²⁸, rimane tuttora superiore alla media europea²⁹. Anzi, proprio la 'trascorsa' realtà emergenziale ha fatto riemergere l'importanza di centellinare l'adozione della custodia cautelare, non solo in ossequio al principio di inviolabilità della libertà personale ma anche perché lo impone la triste prognosi che analoghi scenari pandemici si possano verificare nel futuro prossimo³⁰. Al tempo (più critico) della pandemia, infatti, il nostro sistema penitenziario ha dimostrato tutta la sua fragilità organizzativa e strutturale ed è stato – più o meno – obbligato a dare luogo a 'scarcerazioni eccellenti', non senza polemiche tra la comunità civile e politica³¹.

Oggi, occorre rimediare al problema del sovraffollamento delle carceri, ricercando non una ma più soluzioni che, di concerto, possano nel breve e medio periodo – pur non retrocedendo sulle istanze di tutela della sicurezza della collettività – ridurre la presenza di coloro i quali sono ancora in attesa di una sentenza definitiva. In tal modo, se da un lato si andrebbe ad incidere su quella consistente porzione di popolazione carceraria che, per il principio di presunzione di innocenza, non dovrebbe mai accedere in carcere; dall'altro, verrebbero restituite ai soggetti condannati in via definitiva strutture penitenziarie più idonee alla detenzione, ridando fiducia ed effettività al sempre meno credibile fine rieducativo della pena. Per perseguire questo obiettivo, un apporto non indifferente potrebbe giungere dal potenziamento dei c.d. braccialetti elettronici, la cui (attuale) limitata disponibilità ne pregiudica quasi interamente l'incidenza in termini di utilità³². Tuttavia, funzionale a rilanciare l'adozione di questi dispositivi si pone anche la

²⁸ Dati riportati da ASSOCIAZIONE ANTIGONE, *Il carcere al tempo del coronavirus: XVI Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, 2020, in www.antigone.it (accesso: giugno 2020).

²⁹ Cfr. *ibidem*.

³⁰ Sulla prognosi di future pandemie cfr. per tutti WOLFEN., *COVID-19 Won't Be the Last Pandemic. Here's What We Can Do to Protect Ourselves*, in www.time.com, 15 aprile 2020 (accesso: giugno 2020) che esordisce affermando «COVID-19 will not be the last pandemic in our deeply interconnected world, and sadly it won't be the worst».

³¹ Cfr. C. SANNINO, *Scarcerazioni boss mafia, la delusione degli investigatori: "La certezza della pena non esiste"*, in www.repubblica.it, 8 maggio 2020 (accesso: giugno 2020).

³² Cfr. ASSOCIAZIONE ANTIGONE, *Il carcere al tempo del coronavirus*, cit., p. 76.

stessa misura della cauzione che, reintrodotta nel nostro ordinamento, non dovrebbe necessariamente operare in solitaria³³.

Per cercare di comprendere quale potrebbe essere il ‘quoziente’ di deterrenza della libertà su cauzione occorre anzitutto identificare quali esigenze cautelari sarebbero astrattamente tutelabili, tenendo conto che il potere deterrente della cauzione risiede precipuamente nel rischio di perderne l’importo versato, in caso di accertamento della violazione delle prescrizioni imposte. In proposito, i connotati ontologici della cauzione sembrano indurre ad escludere la possibilità di applicare la cauzione al fine di salvaguardare le prove, perché il soggetto posto in libertà sarebbe certamente in grado di compiere attività distrattive della prova, differentemente da quanto accade in occasione dell’applicazione di misure cautelari coercitive che, agendo sulla libertà personale, possono inibire – seppur sempre e solo sul piano astratto – questo pericolo³⁴. Meno certa sembra, invece, l’esclusione dell’applicazione della cauzione in riferimento all’esigenza cautelare di prevenzione della reiterazione del reato. Vi sono, infatti, alcuni reati che, in assenza o in carenza di un’adeguata disponibilità di liquidità non possono essere più reiterati. Ad esempio, nel reato di ricettazione *ex art. 648 c.p.p.* – che punisce chi «al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, acquista, riceve od occulta denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farle acquistare, ricevere od occultare» – l’applicazione della cauzione riuscirebbe sovente ad eradicare sul nascere il rischio di reiterazione del reato.

Cionondimeno, il pericolo di fuga (art. 274 c.p.p., comma 1, lett. b) si presenta come l’esigenza cautelare più indicata ad essere tutelata dalla libertà su cauzione, anche perché il rischio di perdere la somma versata è direttamente collegato alla mancata comparizione in udienza, senza necessità di ulteriori accertamenti – come

³³ Peraltro, a ben vedere, già il Consiglio d’Europa, con la Risoluzione R 65 (11) del 1965 e con la Raccomandazione R (80) 11 del 1980, aveva individuato nella libertà su cauzione una valida alternativa alla carcerazione preventiva, raccomandandone l’adozione. Cfr. M. PISANI, *Cauzione e libertà personale (spunti de iure condendo)*, cit., p. 4-5.

³⁴ Si pensi, ad esempio, al reato compiuto all’estero e punibile in Italia *ex art. 9 c.p.* In tal caso, la semplice misure del divieto di espatrio potrebbe essere sufficiente a prevenire l’inquinamento delle prove.

invece sarebbe indispensabile per le ipotesi di cui all'art. 274 c.p.p. comma 1 lettere a) e c)³⁵.

Così vista, la cauzione potrebbe anche convincere anche se rimarrebbero ancora perplessità sulla prognosi del 'se' e del 'quando' l'imputato – nel bilanciamento dei rischi legati all'applicazione di una pena detentiva e della confisca della cauzione – possa essere disposto a 'pagare' la propria latitanza con la cauzione. Per questa ragione, sarebbe indispensabile indicare normativamente – anche basandosi sulla gravità astratta del reato e sul bene giuridico tutelato – quali fattispecie di reato possano (o non possano) essere soggette a cauzione.

Al riguardo, dalla casistica registratasi in vigenza del codice del 1930 e segnalata in dottrina³⁶, sembrano emergere degli spunti utili. Nel codice previgente, infatti, si può notare un maggiore uso della misura della cauzione per i reati contro il patrimonio, lasciando trapelare le ragioni di questa propensione applicativa e, cioè, che la cauzione – agendo sul patrimonio e, quindi, sullo stesso bene giuridico leso dal reato per cui si procede – è percepita come una misura in grado di esercitare sull'imputato un forte potere deterrente sulla scelta di potersi dare alla fuga, anche maggiore rispetto alle misure limitative della libertà personale.

In ottica *de iure condendo*, dunque, l'applicazione della cauzione per i reati patrimoniali potrebbe costituire la corsia preferenziale, anche perché sarebbe ulteriormente incentivata da un altro fattore: il risarcimento del danno cagionato alla vittima di un reato patrimoniale. Come si vedrà, infatti, la confisca della cauzione, in caso di mancata comparizione in giudizio, e la sua eventuale e successiva 'conversione' in risarcimento (da liquidare alla vittima di reato), in caso di condanna dell'imputato nel procedimento penale che proseguirebbe in sua assenza, sarebbe in grado di soddisfare – più o meno integralmente – le pretese risarcitorie della vittima di reato, dando ulteriore lustro allo strumento cautelare della cauzione³⁷. D'altro canto, anche la giurisprudenza della Corte Europea dei

³⁵ Cfr. C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 172 riguardo alla sola funzione della cauzione di prevenire il pericolo di fuga presente nel sistema francese.

³⁶ Cfr. M. PISANI, *Cauzione e libertà personale (spunti de iure condendo)*, cit., p. 12 che riporta casi afferenti a truffe, contrabbando di tabacchi, appropriazione indebita, frode erariale ma anche un caso di omicidio e di tentato omicidio in cui è stata applicata la cauzione di €5.000.000.

³⁷ Su questo cfr. *infra*, in questo capitolo, §3.

Diritti dell’Uomo sembra militare in favore di queste considerazioni. Precisamente, nel remoto precedente *Wemhoff*, può leggersi che «*in a financial case [...] an essential factor in such guarantees [is the deposit] of bail or the provision of security for a large amount*» e che l’unica esigenza cautelare tutelabile è proprio il pericolo di fuga³⁸. Purtuttavia, nel caso *Neumeister*, nell’affermare che la cauzione è «*designed to ensure not the reparation of loss but rather the presence of the accused at the hearing*», la Corte EDU ha predicato calma su ogni speculazione funzionale della cauzione prevista dall’art. 5.3 CEDU³⁹.

Tanto considerato e atteso che, analizzando i dati ISTAT (2019), – pur tralasciando reati plurioffensivi come rapina ed estorsione – il furto e la ricettazione costituiscono il terzo e il quarto reato più frequente per cui si accede al carcere, sì da coprire il 16,39% della popolazione carceraria⁴⁰, alla cauzione potrebbe davvero essere riconosciuto un concreto apporto deflattivo. Peraltro, se è ben vero che tra questi numeri vi rientrano anche i detenuti in esecuzione di una pena detentiva, è altrettanto vero che il solo predisporre uno strumento cautelare, da un lato, potenzialmente deflattivo e, dall’altro, concretamente garantista e rispettoso del principio della libertà personale, non potrebbe che essere accolto con entusiasmo,

³⁸ Così Corte Eur. Dir. Uomo, 27 giugno 1968, *Wemhoff c. Germania* (§15) che aggiunge che «*the only remaining reasons for continued detention is the fear that the accused will abscond and thereby subsequently avoid appearing for trial, his release pending trial must be ordered if it is possible to obtain from him guarantees that will ensure such appearance*».

³⁹ Corte Eur. Dir. Uomo, 27 giugno 1968, *Neumeister c. Austria* (§14). Tuttavia, si noti *contra* PISANI M., *Cauzione e libertà personale (spunti de iure condendo)*, cit., p. 7 che in nota ridimensiona la pronuncia della Corte EDU in quanto «*temporibus illis*, non era ancora maturata, entro la prospettiva europea, elettivamente attenta alla tutela dei diritti dell’uomo-accusato, una più spiccata vocazione per la tutela delle vittime del reato». Premessa l’ineccepibile precisazione di questa parte della dottrina, è tuttavia opportuno precisare che la pronuncia della Corte EDU in quell’occasione sembra intenta a focalizzarsi non tanto sui diritti dell’uomo-accusato o della vittima ma, piuttosto, sulla funzione e sul fine che la cauzione deve perseguire, proprio per evitare distorsioni nell’uso della cauzione. Da questo punto di vista, la pronuncia, benché remota cronologicamente, è di estrema attualità e suona come un richiamo indiretto alle odierne tendenze gius-riparative che – come si vedrà *infra*, in questo capitolo, §3 – si stanno affermando sempre con più favore nel sistema normativo e giurisprudenziale francese. Diversa è, invece, l’ipotesi di ‘conversione’ della cauzione in risarcimento del danno. In questo caso, infatti – come si potrà vedere *infra*, in questo capitolo, §3 – la funzione e il fine della cauzione rimarrebbe intatto fino al momento di pronuncia della condanna, tanto che, in caso di assoluzione, la cauzione non subirebbe alcun processo di conversione ontologica, rimanendo in disponibilità della Cassa delle Ammende del Ministero della Giustizia.

⁴⁰ Dati rielaborati a seguito di interrogazione della banca dati dell’ISTAT reperibile all’indirizzo www.istat.it (accesso: luglio 2020).

ancorché l'istituto della libertà su cauzione non possa riuscire a risolvere tutti i problemi dell'abuso della misura della custodia cautelare in carcere. D'altronde, è bene ribadirlo, la vocazione naturale dell'istituto della cauzione è quella di evitare la misura detentiva non per fini di deflazione ma per fini garantistici. È dunque questa la direzione in cui l'istituto, nel suo complesso, deve essere considerato e valutato.

3. Quale funzione per la cauzione? Interessi collettivi vs interessi privati

Al di là di garantire la presenza dell'indagato in udienza, la misura cautelare della libertà su cauzione sembra poter svolgere una funzione di garanzia patrimoniale per il risarcimento dei danni causati alla vittima di reato, tanto che già nel codice di procedura penale del 1913 poteva scorgersi nella libertà su cauzione sia la funzione di «cautela concorrente»⁴¹ – finalizzata ad evitare il pericolo di fuga dell'indagato – sia quella di «cautela vicaria»⁴² dell'ipoteca e del sequestro conservativo, cioè di garanzia patrimoniale per l'osservanza degli obblighi civili nascenti dal reato⁴³.

Oggi, alcuni ordinamenti di *civil law* riconoscono questo secondo finalismo della libertà su cauzione. In Francia, ad esempio, l'istituto della cauzione – disciplinato dall'art. 142 c.p.p. – oltre a garantire la presenza dell'imputato nel procedimento penale, opera come garanzia per il risarcimento alla vittima e assicura il versamento della pena pecuniaria⁴⁴. Anzi, in questo caso, le riforme dell'ultimo ventennio hanno quasi invertito la funzione della cauzione, rischiando di farle perdere la propria identità teleologica di garanzia per le esigenze del procedimento

⁴¹ G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. 1, 2^a ed., Giuffrè, 1965, p. 518 ss.

⁴² *Ivi*, p. 519. Cfr. C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 72.

⁴³ In dottrina, G. BELLAVISTA, (voce) *Libertà provvisoria*, cit., p. 572 riporta l'ipotesi della cauzione prestata in luogo dell'ipoteca legale o del sequestro prima o successivamente alla loro disposizione da parte del giudice (art. 189 c.p. ed art. 618 c.p.p.) o, in caso di restituzione delle cose sequestrate al condannato, a titolo di garanzia dei crediti (art. 622 c.p.p.). Cfr. V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione*, cit., p. 255. Similmente G. DE LUCA, (voce) *Cauzione (dir proc pen)*, in *Enc. dir.*, vol. 6, Giuffrè, 1960, p. 666 ss. Cfr. C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 72.

⁴⁴ Cfr. N. GALANTINI, *Profili della giustizia penale francese*, 2^a ed., Giappichelli, 1995, p. 122; C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 149.

penale⁴⁵. L'odierno art. 142 comma 2 del codice di procedura penale francese, infatti, prevede che una parte della cauzione può essere versata direttamente alla vittima come provvisoria per il risarcimento del danno e che l'accesso alla provvisoria, in assenza del consenso dell'imputato, può avvenire, su istanza della vittima, facendone richiesta al *juge des référés* e, successivamente, chiedendone l'esecuzione al *collège de l'instruction*⁴⁶.

In dottrina, però, non è sfuggito il fatto che il consenso dell'imputato a versare la cauzione si mostri agli occhi dei giudici come una vera e propria ammissione di responsabilità⁴⁷, mettendo in pericolo l'inattaccabilità del principio di presunzione di innocenza incardinato nell'art. 9 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino (1789) francese. Inoltre, lo stesso pagamento della cauzione sembra porsi come un'anticipazione della decisione sugli obblighi civili, perché questa – in ossequio al principio d'innocenza – deve seguire ad una sentenza di condanna⁴⁸, mentre in questo caso il giudice vi provvede basandosi esclusivamente «allo stato degli atti»⁴⁹. Lascia, infine, perplessi la previsione normativa dell'art. 142 comma 2 c.p.p. secondo la quale, in caso di mancato versamento della cauzione, il giudice può considerare *in re ipsa* soddisfatte le esigenze cautelari per applicare la custodia cautelare in carcere. In tal modo, infatti, potrebbe ben accadere – similmente alla remota esperienza anglo-sassone⁵⁰ – che, al fine di applicare la custodia cautelare, il giudice stabilisca una cauzione eccessivamente onerosa, così da non poter essere versata dall'imputato e raggiungere il programmato fine abusivo.

Si è fatto notare, poi, che l'ordinamento francese prevede già all'art. 5 comma 1 c.p.p. una norma volta a riconoscere un risarcimento alla vittima – limitatamente alla parte per cui si ritiene «raggiunta la prova»⁵¹. Dunque, non si vede la necessità

⁴⁵ Si pensi alla legge 15 giugno 2000, n. 516 che, come riporta C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 148, è stata approvata per «realizzare più efficacemente la presunzione d'innocenza (*présomption d'innocence*) ed i diritti delle vittime (*droits des victimes*)».

⁴⁶ Cfr. *ivi*, p. 163 ss.

⁴⁷ Cfr. *ivi*, p. 161.

⁴⁸ Cfr. A. BOUQUET, *Cautionnement pénal et politique criminelle: une relation à géométrie variable*, in *Archives de politique criminelle*, 2001, n. 1, p. 58.

⁴⁹ Cfr. C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 167

⁵⁰ Cfr. *supra* [cap. II, §1](#).

⁵¹ Così *ibidem* nella rielaborazione del pensiero di A. BOUQUET, *Cautionnement pénal et politique criminelle: une relation à géométrie variable*, cit., p. 59.

del legislatore francese di forzare quest'uso della cauzione a discapito del principio di presunzione di innocenza⁵². Mal si comprende, infine, il fatto che – sulla scorta dell'ultimo comma dell'art. 142 c.p.p. come novellato dalla l. 15 giugno 2000 n. 516 – il *collège de l'instruction* e il *juge de libertés et de la détention* possano disporre il versamento della cauzione interamente alla vittima, rendendo ancora più evanescente la reale funzione della libertà su cauzione, che è quella di garantire la presenza dell'imputato in udienza⁵³. Invero, a questa considerazione si potrebbe obiettare che, mutando solo la destinazione delle somme versate a titolo di cauzione, non vi è alcun pregiudizio concreto sul fine cautelare del pericolo di fuga che verrebbe comunque garantito. Purtuttavia, benché verosimilmente il fine cautelare non sia pregiudicato, lo spostamento del *focus* funzionale dalla tutela degli interessi collettivi (esigenze cautelari) a quella degli interessi privati (risarcimento vittime di reato) è una scelta che tende a mutare anche la natura della cauzione che da semplice parte della catena degli atti del procedimento penale diviene essa stessa anticipazione degli effetti della sentenza di condanna⁵⁴.

Diversa è, invece, l'esperienza giuridica tedesca. In Germania, infatti, la cauzione ha esclusivamente il compito di evitare l'applicazione della custodia cautelare in carcere – conformemente al principio di presunzione di innocenza⁵⁵ – e sono assenti strumentalizzazioni della cauzione volte a tutelare l'interesse della vittima al risarcimento del danno conseguente al reato. Seguendo quest'ottica di *extrema ratio* nell'uso della custodia cautelare, la s. 116, I, dello *Strafprozeßordnung (StPO)* individua altre misure cautelari tra cui la cauzione che,

⁵² Sempre su questa linea, ad esempio, la giurisprudenza francese, nel caso *Cour de Cassation*, 20 giugno 2000, *Bull. Crim.* n. 234 ha riconosciuto la legittimità della mancata restituzione della cauzione all'imputato ove necessaria per garantire altri interessi.

⁵³ Cfr. C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 175 ss.

⁵⁴ Cfr. A. BOUQUET, *Cautionnement pénal et politique criminelle: une relation à géométrie variable*, cit., p. 63 che, partendo da premesse simili, rivela che, attualmente, sia la giurisprudenza sia il legislatore hanno sostanzialmente identificato la cauzione unicamente con la funzione del risarcimento alla vittima di reato e che, alla luce di questa visione, la confisca della cauzione, nel caso in cui l'imputato non si presenti in udienza, non sarebbe più ammissibile.

⁵⁵ Cfr. F. RUGGIERI, *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, in Av. Vv. *Scritti inediti di procedura penale*, a cura di N. GALANTINI - F. RUGGIERI, Università degli Studi di Trento, 1998, p. 124; T. RAFARACI, (voce) *Processo penale tedesco*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II-I, Giuffrè, 2008, p. 840. Richiamati da C. FANUELE, *Le vicende modificative delle misure cautelari*, in AA. Vv., *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, a cura di A. DIDI - R. M. GERACI - T. BENE, Giappichelli, 2015, p. 56.

come rilevato in dottrina, è quella più adottata per la sospensione dell'ordine di cattura e la riacquisizione dello *status* di libertà⁵⁶. Dunque, nonostante – differentemente dal nostro ordinamento – la misura del monitoraggio elettronico mediante braccialetto, introdotta nel 2011 per alcune fattispecie di reato, sia uno strumento cautelare efficace ed operativo, l'ordinamento giuridico tedesco fa ampio uso dell'istituto della cauzione⁵⁷.

In ottica *de iure condendo*, è difficile pensare all'introduzione della cauzione nel nostro ordinamento come uno strumento a due volti in cui, oltre alle esigenze cautelari, ci si preoccupi di liquidare prematuramente il risarcimento del danno alle vittime di reato. Cionondimeno e seppur indirettamente e con adattamenti, la cauzione potrebbe ugualmente assolvere ad una funzione risarcitoria. Precisamente, da un lato, la cauzione potrebbe essere prevista come misura esclusivamente cautelare volta a garantire la presenza dell'imputato in udienza e, dall'altro, potrebbe essere destinata al risarcimento delle vittime di reato solo in caso di pronuncia di condanna definitiva. In tal modo, si disconoscerebbe un doppio ruolo funzionale alla cauzione ma si legittimerebbe, al contempo, la conversione della cauzione da misura cautelare a misura risarcitoria, in forza di un provvedimento di condanna definitivo. Così composta, la libertà su cauzione opererebbe senza alcun pregiudizio tanto per l'imputato – che non subirebbe la compressione del principio di presunzione di innocenza come, invece, accade oggi in Francia – quanto per la vittima di reato, riuscendo a creare un equilibrio sostenibile tra interessi collettivi e privati.

4. Il (falso) mito della libertà su cauzione come strumento cautelare d'élite

Una delle più frequenti critiche elevate all'istituto della libertà su cauzione si fonda sull'assunto che, monetizzando la libertà personale, è inevitabile il rischio di porre in essere discriminazioni tra soggetti abbienti e soggetti nullatenenti. L'istituto della cauzione, infatti, appare *prima facie* come uno strumento di élite che attribuisce il diritto ad inibire l'applicazione della custodia cautelare solo a

⁵⁶ Lo nota F. RUGGIERI, *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, cit., p. 124.

⁵⁷ Cfr. C. FANUELE, *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, cit., p. 186 in nota.

coloro i quali hanno una sufficiente disponibilità economica per pagarne l'importo⁵⁸.

Anche in Italia – come visto *supra* – la mancata previsione della libertà su cauzione (e, chiaramente, della malleveria) nel codice del 1988 è stata occasionata da una «svista comparativa» che vedeva in quest'istituto uno strumento di discriminazione tra ricchi e poveri: «come se la libertà avesse un prezzo da pagare in moneta sonante»⁵⁹. Ad originare questo ostracismo normativo sono state probabilmente alcune disposizioni normative (perlopiù *extra-codicem*) che prevedevano inspiegabili automatismi applicativi della custodia cautelare per chi non versava l'importo della cauzione⁶⁰, contribuendo così a creare un alone di 'sospetto' nella comune percezione giuridico-normativa dell'istituto in esame⁶¹. Ad ogni modo, oggi recente dottrina non ha mancato di evidenziare come – anche alla luce dell'esperienza anglosassone – l'introduzione della cauzione, a confronto

⁵⁸ In Francia ad esempio A. BOUQUET, *Cautionnement pénal et politique criminelle: une relation à géométrie variable*, cit., p. 55 afferma che: «A l'heure de la multiplication des affaires politico-financières, de la montée en puissance de la délinquance «en col blanc», le cautionnement apparaît aujourd'hui au grand public comme un outil de plus favorisant le traitement à part de ces prévenus fortunés. Certains médias se font l'écho de cette opinion et insistent sur le caractère discriminatoire du cautionnement» rinviando in tale ultimo senso alla lettura di D. DEMONPION, *Caution: les millions de la liberté*, in *Le Point*, 11 agosto 2000, p. 26-31. Negli Stati Uniti d'America, invece, le difficoltà – qui molto più reale che altrove – a versare gli importi della cauzione riscontrate dalla comunità afroamericana ha indotto Kortney Ryan Ziegler a creare un'organizzazione dal nome Appolition – il cui progetto è raggiungibile all'indirizzo www.appolition.us (accesso: luglio 2020) – allo scopo di raccogliere fondi per pagare il *bail* a soggetti vulnerabili privi di sufficienti risorse economiche.

⁵⁹ E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cass. penale*, 2014, n. 1, p. 12 ss. Cfr. anche A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia (dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive)*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia penale*, diretta da A. GIARDA - G. SPANGHER - P. TONINI, vol. 1, Cedam, 2006, p. 637.

⁶⁰ Cfr. art. 332, d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale); art. 108, legge 17 luglio 1942, n. 907 (Legge sul monopolio dei sali e dei tabacchi).

⁶¹ Invero, su queste disposizioni si è spesso pronunciata la Corte costituzionale come Corte cost., sent., 20 marzo 1970, n. 39, in www.giurcost.org; Corte cost., sent., 12 aprile 1973, n. 42, in www.giurcost.org e, in particolare, Corte cost., sent., 1 luglio 1983, n. 215, in www.gazzettaufficiale.it. In quest'ultima pronuncia, la Consulta aveva rilevato l'incostituzionalità dell'art. 332 del D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 nella parte in cui, per i reati preveduti nel medesimo decreto, autorizzava l'arresto dello straniero «che non dà idonea cauzione o malleveria per il pagamento delle multe e delle ammende» e ne vietava la liberazione «fino a che questi non ha prestato la cauzione o la malleveria», aderendo così alle argomentazioni della rimettente Corte d'Appello di Catania, Sez. istruttoria, ord., 13 luglio 1978, n. 516 secondo cui «lo stato di non abbenza o l'impossibilità di prestare cauzione [...] determina un considerevole aggravamento della posizione dell'imputato, soggetto ad una carcerazione preventiva obbligatoria quando il pagamento della cauzione riduce questa obbligatoria espiazione preventiva al minimo».

con «l'imbarazzante percentuale delle persone in custodia cautelare», non potrebbe mai essere considerata una scelta discutibile, perché comunque permetterebbe di «coprire – eventualmente *in combine* con altre misure – l'ampio spazio cautelare compreso tra gli arresti domiciliari ed il divieto od obbligo di dimora»⁶², considerato anche che l'attuale coscienza costituzionale – presumibilmente più matura di qualche decennio fa – permette di immaginare correttivi per eliminare il potenziale discriminatorio della cauzione.

In tal senso, un primo correttivo, già presente nell'art. 337 c.p.p. del 1913, sembra essere di facile individuazione perché consiste semplicemente nel quantificare l'importo della cauzione in relazione alla capacità contributiva dell'imputato, riconducendo sempre a ragionevolezza la misura della cauzione. La cauzione, in tal modo, si presenterebbe come una misura che, trattando diversamente situazioni in concreto differenti – in ossequio al principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 comma 2 Cost. – garantirebbe l'accesso all'istituto della cauzione anche ai soggetti meno abbienti.

Tale criterio, tuttavia, non sarebbe del tutto soddisfacente. Infatti, da un lato, offre una visione bidimensionale della cauzione che è in grado di fotografare (certamente ma) solamente la presente situazione economica dell'imputato, mentre, dall'altro lato, esso ignora la liquidità (e/o ricchezza) potenziale dell'imputato acquisibile nel futuro prossimo, rischiando così di esitare in un'errata ponderazione – in difetto o per eccesso – del *quantum* della cauzione da applicare. Per questo motivo, sarebbe necessario coniugare al correttivo della capacità contributiva – intesa come importo fissato principalmente sulla base dell'attuale disponibilità economica dell'imputato – il correttivo della capacità economica dell'imputato, e cioè del criterio che tiene conto della disponibilità economica che l'imputato potrà disporre nel futuro prossimo in relazione a ricavi derivanti da investimenti e/o attività svolte. Le concrete ripercussioni di questo secondo correttivo sarebbero notevoli non solo per una più rigorosa computazione della cauzione nei casi in cui

⁶² Così C. FIORIO, *Il bail nel sistema inglese*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 3, p. 11. Similmente C. FIORIO, *Il bail nel sistema inglese*, in AA. VV., *Le fragili garanzie della libertà personale: per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, a cura di F. RUGGERI, Atti del Convegno annuale dell'Associazione fra gli studiosi del diritto penale "G. Pisapia", Trento, 11-13 ottobre 2013, vol. 24, Giuffrè, 2014, p. 238.

una scarsa capacità contributiva è contro-bilanciata da una stabile capacità economica (e quindi potenziale liquidità)⁶³ ma anche, in senso garantista, per una più tenue commisurazione dell'importo cauzionale nei casi in cui ad una sufficiente capacità contributiva corrisponde una insufficiente capacità economica⁶⁴.

Corollario imprescindibile di questa visione tridimensionale sarebbe l'applicazione dell'importo cauzionale nella duplice composizione di prelievo immediato a base numerica fissa⁶⁵ – inerente alla capacità contributiva dell'imputato – da versare *una tantum* in sede di udienza cautelare, da un lato, e di prelievo differito a base percentuale (ad esempio: 10% sui redditi prodotti ogni mese) – inerente alla capacità economica – dall'altro, che, consistendo in un valore sì fisso ma dal contenuto variabile, andrebbe periodicamente computato e versato per mantenere in vita la misura della libertà su cauzione.

Vi è, inoltre, un altro punto che dovrebbe convincere anche gli scettici sul concetto di 'monetizzazione' della libertà personale, ossia il confronto tra la libertà su cauzione e l'istituto della conversione della pena detentiva in pena pecuniaria ai sensi dell'art. 459 comma 1 *bis* c.p.p., per il decreto penale di condanna, e dell'art. 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689, in combinato disposto con l'art. 135 c.p., per tutti gli altri riti. La libertà su cauzione e la conversione della pena detentiva in pena pecuniaria, infatti – seppur diversi per funzione – sono istituti ontologicamente affini che dovrebbero muoversi in parallelo per una coerenza di *ratio* nelle scelte politiche del legislatore. Anzi, oggi la stessa Corte costituzionale – con la sentenza n. 15 del 11 febbraio 2020⁶⁶ – sembra spingere verso un maggiore utilizzo delle

⁶³ Si pensi alla percezione di dividendi, ai proventi derivanti dalla locazione di immobili o, più semplicemente, dalla percezione stabile di un reddito.

⁶⁴ Si pensi ai soggetti inoccupati e/o disoccupati.

⁶⁵ Ad esempio: euro 5.000 da versare immediatamente ed una sola volta in udienza.

⁶⁶ Corte cost., sent., 11 febbraio 2020, n. 15, in www.giurcost.org. La questione ha riguardato il complessivo sistema di conversione della pena detentiva in pena pecuniaria delineato dal legislatore che non appariva convincente, specialmente dopo l'introduzione dell'articolo 459 comma 1-*bis* c.p.p. (ad opera dell'art. 1 comma 53, della legge 23 giugno 2017, n. 103) secondo cui, nel procedimento per decreto, nel caso di irrogazione di una pena pecuniaria in sostituzione di una pena detentiva, il giudice determina l'ammontare della pena pecuniaria, tenendo conto della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare, prevedendo altresì che: «il valore giornaliero non può essere inferiore alla somma di euro 75 di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva e non può superare di tre volte tale ammontare». Detto altrimenti, la norma introdotta dal legislatore del 2017 si è preoccupata di modulare l'ammontare della pena pecuniaria in relazione alla capacità contributiva dell'imputato e del suo nucleo familiare, badando di prevedere come soglia

logiche monetarie perché si mostra compiacente dell'adozione di misure aventi carattere pecuniario sostitutive delle pene detentive brevi. Più di preciso, in questa occasione, la Consulta – nel dichiarare inammissibile il ricorso del Tribunale di Firenze perché questi si era limitato a rilevare l'illegittimità costituzionale dell'art. 135 c.p. e non anche dell'art. 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689 – ha invitato il legislatore a «restituire effettività alla pena pecuniaria, anche attraverso una revisione degli attuali, farraginosi meccanismi di esecuzione forzata e di conversione in pene limitative della libertà personale», lasciando intendere l'importante ruolo che le logiche monetarie possono avere per tutelare il bene supremo della libertà personale.

Ora, *mutatis mutandis*, questa *ratio* presente nell'invito fatto dalla Corte costituzionale al legislatore non potrebbe non estendersi anche alla fase cautelare e, più precisamente, all'istituto della libertà su cauzione, perché se oggi è ammesso convertire una pena detentiva – che si fonda su di una sentenza che accerta la responsabilità penale dell'imputato – in pena pecuniaria, attraverso criteri di quantificazione (sostanzialmente) irragionevoli ed incuranti del principio di uguaglianza sostanziale, quale altra *ratio* dovrebbe fondare l'incostituzionalità e/o l'ingiustizia politica dell'istituto della cauzione, il cui importo, tra l'altro, verrebbe bilanciato sulla base di criteri di quantificazione economica flessibili e andrebbe applicato a soggetti presunti innocenti, per garantirne il superiore bene giuridico

minima un importo ragionevole di euro 75 per un giorno di pena detentiva ma dimenticando che, nell'art. 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689, il richiamo all'art. 135 c.p. fissa una soglia minima differente per i riti diversi dal procedimento per decreto. Ora, considerato che questa soglia fissata dall'art. 135 c.p. ammonta ad euro 250 e tenuto conto che la conversione opera per condanne alla reclusione di minimo 15 giorni (ai sensi dell'art. 23 c.p.) e di massimo 6 mesi (ai sensi dell'esaminanda norma di cui all'art. 53 comma 2 l. 24 novembre 1981, n. 689), se ne desume che l'importo della pena pecuniaria può andare da un minimo di euro 3.750 ad un massimo di euro 45.000, cioè importi che possono sovente risultare proibitivi per le condizioni economiche dell'imputato; per cui a nulla vale l'ammonizione fatta dal legislatore al giudice di tenere «conto della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare» e la fissazione del tetto massimo a euro 2.500 per un giorno di detenzione (dieci volte l'importo di cui all'art. 135 c.p.). Questa previsione, infatti, suona tutt'altro che come una garanzia per l'indagato. Per approfondimenti sulla sentenza v. F. LAZZERI, *Un nuovo monito dalla Corte costituzionale al legislatore per la riforma della disciplina in materia di pena pecuniaria*, in www.sistemapenale.it, 12 febbraio 2020 (accesso: agosto 2020).

della libertà personale? Leggendo la recente pronuncia della Consulta non sembra ce ne sia alcuna.

5. Alcune riflessioni sulla libertà su cauzione con garanzia prestata da un terzo

Sia nella tradizione anglosassone⁶⁷, sia nella trascorsa esperienza italiana⁶⁸, all'istituto della libertà su cauzione è stata sovente accostata la malleveria o, come si dirà d'ora in avanti, la libertà su cauzione con garanzia prestata da un terzo⁶⁹.

Apparentemente, la libertà su cauzione con garanzia prestata da un terzo – che consiste nell'impegno di un terzo a versare l'importo della cauzione in caso di mancata comparizione dell'imputato in udienza – si allineerebbe per buona parte alle diffuse considerazioni sulla cauzione già svolte nel corso di questa trattazione. Ciononostante, all'apparente semplicità dell'istituto in esame potrebbero accostarsi meccanismi polivalenti alquanto ostici da regolamentare. Infatti, nella libertà su cauzione con garanzia prestata da un terzo, al semplice meccanismo della garanzia monetaria si affianca il compito del terzo garante di sorvegliare l'imputato per garantirne la comparizione in udienza. Ci si domanda, dunque, se sia possibile immaginare che un soggetto, pur dovendo sorvegliare, non possa esercitare poteri di restrizione o limitazione sulla libertà personale dell'imputato per impedirgli di

⁶⁷ Cfr. *supra* [cap. II, §1](#).

⁶⁸ Cfr. *supra*, in questo capitolo, [§1](#).

⁶⁹ Il termine malleveria, infatti, ha subito – dopo l'abolizione dell'istituto con il codice del 1988 – un sensibile decadimento applicativo nella linguistica giuridica italiana, al punto che oggi ha assunto anche altri significati, più simili a quelli dell'autorizzazione. Tale tendenza sembra ben confermata dalla consultazione di vari *corpora* linguistici. Infatti, da un lato, *corpora* del settore giuridico mostrano un uso appropriato ma assolutamente isolato del termine malleveria. Ad esempio, l'*EUR-Lex Italian Corpus* n. 2/2016 raccolto da V. BAISA - J. MICHELFEIT - M. MEDVEĚ - M. JAKUBÍČEK, *European Union Language Resources in Sketch Engine. In The Proceedings of tenth International Conference on Language Resources and Evaluation (LREC'16)*. European Language Resources Association (ELRA), 2016 – che inerisce alle pronunce delle principali istituzioni dell'Unione Europea – registra solo sei casi (cinque decisioni della Commissione Europea e quattro pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea) in cui si traduce il termine *guarantee* con malleveria. Dall'altro lato, nei *corpora* inerenti all'uso comune (giuridico e non) dei termini della lingua italiana, è intuibile un uso del termine malleveria inteso come sinonimo di autorizzazione. In proposito, si veda per tutti, il *corpus Italian Web 2016 (itTenTen16)* raccolto da M. JAKUBÍČEK - A. KILGARRIFF - V. KOVÁŘ - P. RYCHLÝ - V. SUCHOMEL, *The TenTen corpus family, 7th International Corpus Linguistics Conference CL, 2013*, pp. 125-127. Per queste ragioni, nel trattare quest'istituto in ottica *de iure condendo*, è preferibile riferirsi alla garanzia prestata da un terzo.

darsi alla fuga. Probabilmente, un simile assetto normativo non sarebbe immaginabile senza vanificare la funzione stessa della garanzia prestata, né sarebbe prospettabile riconoscere una responsabilità oggettiva del garante, obbligato a versare la cauzione a prescindere da una sua colpevolezza per il fatto che l'imputato si sia dato alla fuga.

Sulla scorta di queste premesse, sembra vacillare l'apparente certezza, semplicità ed automatismo secondo cui, in ottica *de iure condendo*, la libertà su cauzione con garanzia prestata da un terzo andrebbe regolamentata sui medesimi parametri normativi della libertà su cauzione *tout court*. Purtuttavia, l'assenza di una simmetria sul piano della disciplina normativa non significa *ex se* che l'ammissione della figura del garante, avente – in caso di concreto pericolo di fuga – poteri di restrizione e di limitazione sulla libertà personale dell'imputato, non possa conciliarsi con il nostro sistema cautelare e, soprattutto, con la nostra Costituzione. Difatti, da un lato, i poteri di restrizione del garante troverebbero applicazione solo in via ipotetica ove si realizzasse il pericolo concreto di fuga dell'imputato; dall'altro, la nomina del garante opererebbe solo su impulso (e quindi col consenso) dell'imputato. Dunque, ciò che spingerebbe l'imputato ad avvalersi della garanzia di un terzo è la certezza che, rendendosi reperibile, quest'ultimo non possa applicare limitazioni o restrizione alla propria libertà personale.

Da ciò, è deducibile che, in presenza di un terzo garante, la garanzia fornita dall'imputato non è solo quella patrimoniale mediata dal proprio garante ma è anche, ancor prima e in via potenziale, la sua stessa libertà personale che egli preventivamente autorizza a limitare ove si realizzi un concreto pericolo di fuga.

Vista in questi termini, la capacità deterrente della libertà su cauzione con garanzia prestata da un terzo è superiore alla libertà su cauzione in senso stretto in quanto – al di là della possibile rilevanza penale delle condotte elusive degli obblighi imposti – essa agisce in capo a due soggetti diversi: da una parte, l'imputato che rischia poteri limitativi della propria libertà personale; dall'altra, il garante che rischia di dovere versare la cauzione in caso di mancata comparizione dell'imputato in udienza.

CAPITOLO V

IL CONTRADDITTORIO ANTICIPATO IN ITALIA

Sommario: 1. [Modelli di contraddittorio anticipato a confronto. Tra questioni spinose e soluzioni 'deboli'](#) – 2. [L'accondiscendenza 'condizionata' alla sospensione del contraddittorio cautelare nella giurisprudenza costituzionale](#) – 3. [Il naufragio dei progetti di riforma dal 1997 ad oggi](#) – 4. [Il contraddittorio preventivo per l'applicazione delle misure cautelari ex art. 289 c.p.p. ed ex art. 47 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231](#) – 5. [Il débat contradictoire in Francia. Cronaca di un'esperienza normativa inconsistente](#)

1. Modelli di contraddittorio anticipato a confronto. Tra questioni spinose e soluzioni 'deboli'

Il complesso articolato dell'istituto della libertà su cauzione comporta, per fisiologica inerzia, la necessità di ricercare un modello cautelare che possa sfruttare al meglio le potenzialità di quest'istituto, garantendo alla cauzione un ruolo da protagonista tra le misure cautelari ¹. Al riguardo, attesi i limiti del vigente assetto normativo in materia di contraddittorio cautelare ², la ricerca non può che riprendere dalla già rilevata necessità di garantire il contraddittorio con l'indagato prima di applicare la misura cautelare e senza pregiudizio per il c.d. effetto sorpresa.

In dottrina sono stati elaborati vari modelli di contraddittorio 'anticipato' la cui costruzione, però, si è dovuta scontrare – tra reciproche analogie e differenze – con le difficoltà legate all'impossibilità di risolvere in modo convincente vari problemi di natura teorico-pratica che investono, oltre all'esigenza di tutela dell'effetto sorpresa, anche l'ambito applicativo e l'effettività del diritto alla difesa. Sul piano applicativo, taluni hanno ravvisato la necessità di limitare il contraddittorio anticipato alla misura della custodia cautelare ³ perché è «opportuno

¹ In dottrina, A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, n. 1, p. 134 avverte che «un rafforzamento del contraddittorio in fase applicativa giov[a] non solo alla difesa e all'imputato, ma anche al sistema giudiziario nel suo complesso», perché può essere utile «a implementare il ricorso a misure alternative alla detenzione».

² Cfr. *supra* [cap. I](#).

³ Cfr. A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, cit., p. 148.

riservare la garanzia più incisiva ai casi di maggiore gravità, quando la libertà viene totalmente ristretta»⁴; altri, invece, nel vedere «scema[re] fortemente, in ragione degli interessi coinvolti, quel connotato di ‘sorpresa’ proprio della custodia cautelare», si sono espressi in favore di una strutturazione del contraddittorio anticipato per le sole misure cautelari di tipo non custodiale⁵.

Sul punto, considerato che alcune misure – come, ad esempio, il divieto di espatrio (art. 281 c.p.p.) – non determinano un pregiudizio tale da impedire l’adozione del contraddittorio differito, la questione potrebbe essere risolta propendendo per l’applicazione del contraddittorio anticipato solo a quelle misure cautelari caratterizzate da un forte potenziale coercitivo⁶.

⁴ Così G. ILLUMINATI, *Relazione*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, Atti dell’incontro di studio, Firenze, 7 maggio 1996, Associazione tra gli studiosi del processo penale, vol. 1, Jovene, 1997, p. 26. Cfr. V. GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari personali*, in AA. VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, in AA. VV., *Convegni di studi «Enrico De Nicola»: Problemi attuali di diritto e procedura penale*, vol. 20, Giuffrè, 1997, p. 116 secondo cui l’applicazione limitata alla custodia cautelare è giustificata da «comprensibili esigenze pratiche»; L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Cedam, 2012, p. 286 ss secondo cui «un simile modello dovrebbe fondarsi sulla premessa inevitabile di una diversa procedura per le misure non custodiali», non tanto dissimile da quella attuale, che preveda «un’udienza in contraddittorio successiva all’adozione del provvedimento e che tenga luogo dell’attuale interrogatorio ex art. 294 c.p.p.». Inoltre, nel caso della custodia cautelare, è stata proposta una differenziazione in base al tipo di reato ed alla complessità del caso, talché solo i reati ‘minori’ e meno complessi potrebbero accedere al contraddittorio anticipato.

⁵ Così A. MARANDOLA, *L’interrogatorio di garanzia: dal contraddittorio posticipato all’anticipazione delle tutele difensive*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia penale*, diretta da A. GIARDA - G. SPANGHER - P. TONINI, vol. 12, Cedam, 2006, p. 628 ma v. anche M. L. DI BITONTO, *Libertà personale dell’imputato e “giusto processo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, n. 3-4, p. 884 e G. SPANGHER, *Evoluzione ed involuzione del sistema cautelare*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Pisani: Diritto processuale penale e profili internazionali*, a cura di P. CORSO - F. PERONI, vol. 1, La Tribuna, 2010, p. 804 secondo cui proprio le misure cautelari non custodiali sono quelle prive di implicazioni negative per l’applicazione del contraddittorio anticipato. Si veda, inoltre, P. VIGNA, *Intervento*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 88 il quale precisa come l’estensione della garanzia del contraddittorio anticipato a tutte le misure cautelari è necessaria in quanto «tanto per esemplificare, un danno enorme, ben più corposo di quello conseguente a qualche giorno di arresti in casa, può derivare ad un imprenditore che debba recarsi all’estero per seguire rapporti commerciali, dal divieto di espatrio, che è, pure, la più lieve, nella scala della gradualità, fra le misure cautelari personali».

⁶ Dunque, nonostante *contra* si sia schierata parte della dottrina (su cui v. *supra* nota 5), non sarebbe difficile pensare all’esclusione *de plano* del divieto di espatrio (art. 281 c.p.p.) e dell’obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria (art. 282 c.p.p.). Più controversa potrebbe essere, invece, l’esclusione dal contraddittorio anticipato di misure quali: l’allontanamento dalla casa familiare (art. 282-*bis* c.p.p.); il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-*ter* c.p.p.) e lo stesso divieto o obbligo di dimora (art. 283 c.p.p.). Su altro fronte, invece, è abbastanza evidente che non sia possibile limitare il contraddittorio anticipato alle sole misure non custodiali,

Altra questione è poi quella inerente all'effetto sorpresa. Come già detto in più occasioni, garantendo il contraddittorio (anticipato) vi è il rischio che l'indagato, reso edotto dell'udienza 'cautelare', possa non presentarsi in udienza e, pertanto, possa sottrarsi all'applicazione di qualsivoglia misura coercitiva. Dunque, a tutela di tale esigenza processuale, diverrebbe indispensabile adottare misure che, d'ora innanzi, chiameremo per comodità espositiva 'pre-restrittive' della libertà personale. Quest'ultime, individuate talvolta nell'accompagnamento coattivo e talaltra nel fermo, avrebbero lo scopo di garantire la presenza dell'indagato all'udienza in cui si discuterà, in contraddittorio, l'eventuale applicazione della misura cautelare⁷. Tuttavia, anche in tale contesto, non si è mancato di notare che le pre-restrizioni – ove non adeguatamente meditate – rischiano di trasformare lo stesso contraddittorio anticipato in una «truffa delle etichette»⁸ in cui poco o nulla cambierebbe rispetto al vigente (e carente) *asset* garantistico.

Consapevole di questi dubbi preliminari, l'elaborazione dottrinale si è volta verso modelli di contraddittorio anticipato che, evitando inutili formalismi, fossero in grado di raggiungere quel (difficile) punto di equilibrio tra esigenze cautelari e diritto alla difesa della libertà personale dell'indagato. Il potere di adottare misure pre-restrittive, dunque, andrebbe attribuito esclusivamente al pubblico ministero che, una volta applicato il c.d. fermo allargato, dovrebbe condurre il soggetto ristretto all'udienza di convalida per (eventualmente) applicare in contraddittorio la misura cautelare, sulla falsariga di quanto già accade per il fermo di indiziati di delitto *ex art.* 384 c.p.p.⁹. Tuttavia, in tal modo, se da un lato si garantisce il contraddittorio anticipato, dall'altro lato, rimane il dubbio circa l'effettiva utilità dell'udienza di convalida stessa, perché l'imputato verrebbe ivi condotto

perché questa soluzione non permetterebbe di applicare le garanzie del contraddittorio *tout court* proprio in quelle ipotesi – custodia cautelare e arresti domiciliari – in cui si trarrebbe maggiore giovamento da una preventiva audizione dell'indagato. Cfr. *supra* [cap. I](#).

⁷ *Contra* L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, cit., p. 287 secondo cui «non sarebbe ragionevole sopportare i costi (umani oltre che economici) di una previsione volta a disporre l'eventuale accompagnamento coattivo all'udienza camerale *de libertate*.

⁸ *Ivi*, p. 234 che fa riferimento al semplice mutamento formale ed esteriore dell'*iter* applicativo delle misure cautelari senza alcun concreto beneficio per il diritto alla difesa e la tutela della libertà personale.

⁹ G. SPANGHER, *Relazione*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 48.

tempestivamente senza avere la possibilità e/o il tempo sufficiente per preparare la propria difesa ¹⁰. Pertanto, è stato proposto un correttivo a questo modello secondo il quale – dato per assunto che il potere di pre-restrizione spetti al pubblico ministero ¹¹ – all’istanza del pubblico ministero dovrebbe far seguito l’autorizzazione del giudice, al fine di valutare la non manifesta infondatezza dell’istanza stessa, con l’unica precisazione che, considerata la necessità di negare al giudice per le indagini preliminari il potere di sindacare la legittimità del provvedimento di «accompagnamento cautelare», al giudice andrebbe attribuito il solo potere di valutare il rispetto dei termini ¹², in quanto, ragionando diversamente, si creerebbe il problema di un giudizio che – seppur di semplice manifesta infondatezza – costituirebbe comunque un’interferenza all’imparzialità dell’organo giurisdizionale ¹³. Poi, ove l’istanza non venisse valutata come manifestamente infondata, il giudice dovrebbe fissare un’udienza e ordinare (o autorizzare) l’accompagnamento coattivo della persona interessata cui, però, potrebbe darsi esecuzione non prima di ventiquattro ore dalla data dell’udienza stessa, così da limitare il periodo di restrizione che andrebbe ad intercorrere *medio tempore* ¹⁴.

¹⁰ *Contra* si esprime G. RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa ‘possibile’*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, n. 9, p. 1170 che, seppur facendo riferimento ad un generico «provvedimento di accompagnamento [...] avente natura provvisoria e precautelare», rileva il vantaggio che si avrebbe in termini di controllo sulla misura applicata dal pubblico ministero, in quanto «il magistrato procedente verserebbe in una situazione analoga a quanto avviene nel caso di convalida dell’arresto in flagranza o del fermo».

¹¹ Infatti, secondo L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, cit., p. 230 andrebbe escluso un potere del giudice in tal senso, in quanto «porta con sé il rischio di un pregiudizio». Inoltre, si riportano le parole di V. GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari*, cit., p. 116 secondo cui è «opportuno [...] evitare di coinvolgere il giudice nelle relative valutazioni, anche se in tal modo si determinerebbe una deroga al principio di giurisdizione».

¹² Così G. SPANGHER, *Relazione*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 48 che tra l’altro sottolinea come sia preferibile l’espressione «accompagnamento cautelare» rispetto ad «accompagnamento coattivo» per poterne sottolineare il differente finalismo.

¹³ *Ivi.*, p. 46 ss.

¹⁴ Questo modello non è smentito da L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica*, cit., p. 231 nonostante paventi «l’istaurarsi di una prassi eccessivamente disinvolta nell’uso di un simile potere precautelare, essendo chiamato il giudice ad emettere, in sostanza, un provvedimento *de plano*, senza prima aver compiuto una delibazione di fondatezza delle ragioni dell’accusa». In senso nettamente favorevole, invece, si vedano per tutti A. MARANDOLA, *L’interrogatorio di garanzia: (dal contraddittorio posticipato all’anticipazione delle tutele difensive)*, cit., p. 635 e, soprattutto, G. ILLUMINATI, *Relazione*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 29 ss che mette in mostra quali potrebbero essere gli esiti pratici conseguenzialmente

Su questa impostazione, però, non si può anzitutto ignorare che la limitazione della cognizione del giudice per le indagini preliminari alla ‘non manifesta infondatezza’ rischierebbe di porre le basi per abusi dei poteri di pre-restrizione attribuiti al pubblico ministero. Inoltre, si aprirebbe la strada al secondo antimonico problema del contraddittorio anticipato: l’effettività del diritto alla difesa. Infatti, se l’indagato fosse costretto a partecipare in udienza senza avere sufficiente tempo per preparare la propria difesa si andrebbe a vanificare la funzione più intrinseca del contraddittorio anticipato, cioè il «diritto a disporre del tempo e dei modi per una difesa adeguata nei limiti del possibile»¹⁵. Quindi, sembra impensabile un modello di contraddittorio anticipato che non postuli anche la possibilità per l’indagato di differire l’udienza (anche per giorni), al fine di studiare la propria difesa¹⁶. Ammettendo questo diritto, però, tornerebbe in auge l’altra questione inerente a come ‘gestire’ *medio tempore* l’indagato in attesa della celebrazione dell’udienza cautelare.

prospettabili. In particolare, l’imputato potrebbe non essere reperibile ovvero potrebbe non volere partecipare, e in tal caso potrebbe darsi luogo ad una disciplina non dissimile da quella attuale con la partecipazione del difensore, mentre nell’ipotesi ordinaria in cui l’imputato partecipa all’udienza ci si domanda se la presenza del difensore sia o meno necessaria. Ad ultimo, ma non meno importante, viene posta attenzione alla necessità di dare al giudice un’adeguata conoscenza del fascicolo al fine di evitare la propensione dell’organo giudicante di «accettare acriticamente le prospettazioni del pubblico ministero».

¹⁵ Lo riferisce L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, cit., p. 236 che precisa in nota come l’orizzonte conoscitivo della difesa sia più limitato di quello del pubblico ministero il quale ha il potere di selezionare il materiale investigativo. Si veda, inoltre, A. MARANDOLA, *L’interrogatorio di garanzia: (dal contraddittorio posticipato all’anticipazione delle tutele difensive)*, cit., p. 636 ss.

¹⁶ Ad esempio, L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, cit., p. 288 ss secondo cui, una volta condotto l’imputato in udienza, il giudice decide allo stato degli atti, mentre una successiva udienza «per la prosecuzione del dibattito» dovrebbe tenersi dopo non oltre quattro giorni, a pena di caducazione della misura, su richiesta dell’imputato davanti al medesimo giudice. Proprio quest’ultima argomentazione permette di rilevare il carattere fittizio del contraddittorio di in un simile modello cautelare, in quanto il giudice andrebbe a decidere allo stato degli atti – sostanzialmente sulla base delle argomentazioni del pubblico ministero – mentre all’imputato resterebbe la possibilità di ‘arrangiare’ una difesa in un secondo momento richiedendo un’altra udienza, posto che in un primo momento (quello più importante della prima comparizione) la sua partecipazione al contraddittorio è stata puramente formale. Ciononostante, permane il problema delle ricadute sulla presunzione d’innocenza di un eventuale ingresso in carcere dell’imputato. Sul punto si veda ampiamente E. ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in AA. VV., *Libertà personale e ricerca della prova nell’attuale assetto delle indagini preliminari*, Atti del convegno presso l’Università di Catania, Noto Marina, 30 settembre - 2 ottobre 1993, Giuffrè, 1995, p. 59.

A volere dare una risposta immediata al problema, si potrebbe immaginare che, specialmente nel caso delle misure cautelari non a carattere custodiale, il pubblico ministero possa richiedere l'applicazione 'provvisoria' della misura che costituirà l'oggetto del contraddittorio in udienza. Tuttavia, così facendo, le misure cautelari finirebbero per essere applicate fin da principio, lasciando immutati i problemi garantistici dell'attuale sistema cautelare vigente e cambiandone solo la forma ed il titolo legittimante¹⁷.

In definitiva, ove non si voglia optare per l'applicazione provvisoria delle misure cautelari, l'unica alternativa sembrerebbe essere proprio quella di procedere tempestivamente all'udienza applicativa della custodia cautelare, con l'inevitabile vanificazione del diritto alla difesa dell'indagato ed il concreto rischio di costituire solo formalmente e in modo ineffettivo il contraddittorio tra le parti¹⁸. Ecco, dunque, che ad ogni tentativo di strutturazione di un modello di contraddittorio anticipato, si affastellano questioni spinose la cui soluzione implica inevitabilmente una scelta di compromesso (spesso insoddisfacente) tra garanzia al controllo giurisdizionale sulla misura pre-restrittiva e garanzia al primo contatto in contraddittorio con un giudice terzo ed imparziale¹⁹. Cionondimeno, una soluzione alternativa sembra potersi individuare nell'adozione della libertà su cauzione come misura funzionale alla comparizione in udienza (c.d. cauzione di 'garanzia'), alla

¹⁷ Peraltro, l'attuale insufficienza dell'architettura penitenziaria non lascia neanche lontanamente presagire la possibilità di collocare tali soggetti in istituti diversi dalle carceri. Cfr. L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, cit., p. 232 ss, ma già prima G. ILLUMINATI, *Relazione*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 392 il quale aveva chiarito che nonostante «qualcuno [abbia] pensato alle caserme, oppure a locali in dotazione agli uffici giudiziari, [...] comunque bisognerà provvedere ad una collocazione diversa rispetto alla custodia cautelare in carcere, per minimizzare gli effetti stigmatizzanti nei confronti delle persone che all'esito del procedimento risultasse che non debbano essere sottoposte alla misura».

¹⁸ Cfr. G. PECORELLA, *Intervento*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 71 e E. AMODIO, *Note sul futuribile delle misure cautelari*, in *Legisl. pen.*, 2006, n. 1, p. 374.

¹⁹ Ciononostante, è evidente che – anche in virtù di quel rapporto regola-eccezione che lega il contraddittorio anticipato e posticipato – già molte delle soluzioni dottrinali ipotizzate riuscirebbero ad instaurare un sistema normativo comunque preferibile rispetto a quello vigente, perché, come notato da L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, cit., p. 235, almeno farebbe venire meno quella «forza di resistenza che rende più difficile [per il giudice] distaccarsi da una decisione già assunta». Cfr. G. ILLUMINATI, *Ripartire dalla Costituzione*, in *Legisl. pen.*, 2006, n. 1, p. 392.

stregua di quanto visto nell'ordinamento inglese²⁰. Infatti, in assenza di particolari esigenze cautelari – da definire normativamente – si potrebbe immaginare l'applicazione della libertà su cauzione per vincolare l'indagato a presentarsi in udienza per la definizione del contraddittorio cautelare, pena il sequestro della somma versata e l'emissione della misura cautelare in sua assenza. In sussistenza di eccezionali esigenze cautelari, invece, diverrebbe più complesso individuare il giusto equilibrio tra diritto alla difesa e diritto a giungere in udienza cautelare²¹.

Infine, a margine delle questioni sul contraddittorio anticipato, si discute sovente sia della composizione dell'organo giurisdizionale deputato a decidere sull'applicazione della misura cautelare, sia del destino che, in un ipotetico modello di contraddittorio anticipato, dovrebbe attendere il giudizio di riesame. In proposito, come notato da taluni in dottrina, sarebbe conveniente virare da una composizione monocratica ad una collegiale del giudice cautelare²², perché la collegialità è in grado di concedere «un *quid pluris* nella tutela della libertà personale»²³, tanto che se ne potrebbe suggerire l'introduzione a prescindere dalla connotazione anticipatoria del contraddittorio cautelare²⁴. Sul giudizio di riesame, invece, ne è

²⁰ Cfr. *supra* [cap. II, §5](#).

²¹ Sulla trattazione di questi profili in ottica *de iure condendo* v. *infra* [Conclusioni](#).

²² Cfr. L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica*, cit., p. 241; E. MARZADURI, *Note di sintesi (...con alcune considerazioni a margine) del forum sulla disciplina delle misure cautelari personali*, in *Legisl. pen.*, 2006, p. 396; A. ALBIANI, *Le misure cautelari personali: un equilibrio in divenire fra tendenze conservatrici e (non contenibile) spirito innovatore*, in *Legisl. pen.*, 2006, p. 384 s.

²³ L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica*, cit., p. 240. Invero, in materia cautelare, la soluzione al problema della scarsa efficienza giurisdizionale sembra doversi ricercare non tanto nella monocraticità dell'organo giudicante, quanto nella c.d. «ipertrofia delle inchieste». In questo senso si veda A. ALBIANI, *Le misure cautelari personali: un equilibrio in divenire fra tendenze conservatrici e (non contenibile) spirito innovatore*, cit., p. 379. Inoltre, L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica*, cit., p. 243 valuta come problematico anche l'«estraneità [del giudice] alle indagini e [al]la sua incapacità di possederne una conoscenza sicura e capillare». Purtuttavia, è altrettanto vero che è necessario evitare contaminazioni tra organo dell'accusa e giudice. Pertanto, la disciplina vigente sul punto sembra rettammente rispondere a criteri di ragionevolezza e necessità costituzionale ancorché di opportunità. Cfr. G. PECORELLA, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 72 ss

²⁴ In alcuni modelli di contraddittorio anticipato una simile scelta sarebbe praticamente obbligata. Sarebbe, ad esempio, indispensabile nell'ipotesi in cui si scegliesse di non limitare la cognizione del giudice per le indagini preliminari alla semplice 'non manifesta infondatezza' della richiesta di accompagnamento coattivo disposto dal pubblico ministero. Infatti, diversamente, sarebbero ben valide le perplessità di G. SPANGHER, *Relazione*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 46 ss che paventa un'interferenza irreversibile all'imparzialità dell'organo giurisdizionale.

stata suggerita l'abolizione perché, con l'introduzione di un contraddittorio effettivo in fase di applicazione della misura cautelare, esso sembra quasi perdere di concreta utilità²⁵. Ciò condurrebbe, quindi, al solo mantenimento del ricorso in cassazione e del giudizio di appello²⁶. D'altro canto, secondo altri, il mantenimento di un grado di impugnazione di merito sarebbe indispensabile²⁷ e la soluzione andrebbe ricercata nel ripristino della reale funzione del riesame come mezzo di impugnazione, mettendo da parte ciò che attualmente costituisce sostanzialmente l'ultimo segmento di una «fattispecie complessa a formazione progressiva»²⁸.

Orbene, sul punto, va preliminarmente precisato che la rimozione del giudizio di riesame sarebbe un'opzione normativa pienamente costituzionale, in quanto l'art. 111 comma 7 Cost. impone al legislatore di garantire la sola ricorribilità in cassazione, mentre nulla statuisce circa altri mezzi di impugnazione. In secondo luogo, si ricorda che, anche a livello CEDU, il c.d. 'controllo incorporato' esonera i legislatori degli Stati aderenti alla Convenzione dall'obbligo di prevedere un doppio grado di giudizio sulle misure restrittive adottate in piena osservanza delle garanzie del contraddittorio tra le parti e del diritto di difesa²⁹. La *ratio* perseguita da questa giurisprudenza è, infatti, quella secondo cui, una volta garantito un

²⁵ Cfr. G. ILLUMINATI, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 38 ss. Una visione *de iure condendo* in parte differente, consistente nell'accorpamento dell'attuale riesame ed appello davanti alla Corte d'appello del distretto in cui è ricompreso il giudice che ha emesso il provvedimento cautelare, la si può rinvenire in E. AMODIO, *Una drastica riduzione dei ricorsi di legittimità per ridare efficienza e prestigio alla Cassazione*, in *Guida dir.*, 2012, n. 42, pp. 8-9. Inoltre, E. MARZADURI, *Note di sintesi*, cit., p. 396 precisa che «a fronte di una decisione proveniente dal collegio verrebbe poi meno l'esigenza di un controllo nelle forme del riesame, rimanendo aperta l'opzione tra l'appello dinanzi alla Corte distrettuale ed il ricorso in cassazione».

²⁶ Peraltro, A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, cit., p. 152 afferma che «il problema delle impugnazioni [andrebbe risolto] consentendo la proposizione dell'appello e non anche del riesame nel merito, quale mezzo totalmente devolutivo, apparendo più conforme alle esigenze di economia processuale attribuire alla parte il compito di specificare i motivi della doglianza e l'ambito del controllo sulla decisione da sottoporre al tribunale del riesame».

²⁷ Cfr. G. SPANGHER, *Relazione*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 54 che rileva sia che l'eliminazione del riesame sarebbe inconciliabile con l'art. 391 c.p.p. sia che «contraddittorio anticipato e riesame sono aspetti slegati del tema *de libertate*, sicché la soluzione in un senso di uno dei due aspetti non incide sull'altro».

²⁸ Così L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, cit., p. 252. In questo senso vedi anche Cass., sez. un., 3 luglio 1996, n. 7, *Moni*, in *C.e.d.* n. 205257.

²⁹ Così Corte Eur. Dir. Uomo, 24 ottobre 1995, *Iribarne Pérez c. Francia*, §30. Cfr. *supra* [cap. I, §2.2.](#)

effettivo contraddittorio e un effettivo diritto di difesa in fase applicativa, è superflua, se non ridondante, un'ulteriore discussione della *quaestio libertatis*.

Sembra, quindi, potersi e doversi aderire a questo indirizzo, sia perché ciò segnerebbe definitivamente l'imprescindibilità della costituzione (e valorizzazione) di un vero contraddittorio cautelare, sia perché, comunque, sarebbe garantito all'indagato il diritto a ricorrere in cassazione.

2. L'accondiscendenza 'condizionata' alla sospensione del contraddittorio cautelare nella giurisprudenza costituzionale

In tema di contraddittorio anticipato, anche la Corte costituzionale si è pronunciata in più occasioni e, seppur talvolta implicitamente, ha sempre inteso ribadire l'eccezionalità del contraddittorio cautelare 'differito' o 'frazionato' in ambito cautelare³⁰. Tra i primi interventi dei giudici della Consulta si registra la sentenza n. 219/1994³¹ con cui è stata rilevata l'incostituzionalità dell'art. 301 comma 2 c.p.p. «nella parte in cui non prevede che, ai fini dell'adozione del provvedimento di rinnovazione della misura cautelare personale, debba essere previamente sentito il difensore della persona da assoggettare alla misura». In tale pronuncia – al di là della questione tangente al diritto alla difesa – la Corte costituzionale chiarisce che, premessa la possibilità di derogare eccezionalmente all'immediatezza del contraddittorio solamente in caso di prima adozione del provvedimento cautelare per «evitare l'assoluta compromissione di esigenze prioritarie nella economia del processo, che per loro natura potrebbero risultare vanificate dal contraddittorio anticipato», è assolutamente essenziale e privo di eccezioni il «successivo recupero della dialettica processuale attraverso gli strumenti di controllo di volta in volta previsti», lasciando quindi intendere che tale deroga non può spingersi al punto di pregiudicare i diritti connessi al generale principio del contraddittorio.

Orduque, dovendosi escludere che la Corte costituzionale abbia voluto considerare come «strumenti di controllo» il giudizio di riesame³², può affermarsi

³⁰ Cfr. *supra* [cap. I, §5](#).

³¹ Corte cost., sent. 8 giugno 1994, n. 219, in www.giurcost.org.

³² Lo si desume in base alla sentenza di qualche anno appresso Corte cost., sent. 3 aprile 1997, n. 77, in www.giurcost.org secondo cui il giudizio di riesame non costituisce integrazione del

che il recupero della dialettica processuale oggi è sostanzialmente inesistente, perché l'interrogatorio *ex art. 294 c.p.p.* – come visto *supra*³³ – non può neanche lontanamente considerarsi sufficientemente garantista per i diritti alla difesa ed al contraddittorio dell'indagato.

Sulla stessa linea si pone un'altra pronuncia del 15 settembre 1995³⁴ che, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 305 comma 2 c.p.p., ha adottato un'interpretazione costituzionalmente orientata volta a riconoscere al difensore il diritto ad una completa e previa conoscenza delle ragioni sottostanti alla richiesta del pubblico ministero di prorogare i termini della custodia cautelare e di tutti gli atti allegati all'istanza stessa. Ciò veniva ribadito in quanto, essendo la «garanzia del contraddittorio [...] un connotato essenziale del diritto di difesa», esso può dirsi opportunamente garantito solo «nella misura in cui si dia all'interessato la possibilità di partecipare a una effettiva dialettica processuale». Com'è intuibile, pur riaffermando che la formazione del contraddittorio possa essere temporaneamente derogata nel caso di prima applicazione di una misura cautelare, veniva sottolineato nuovamente che la deroga è legittima esclusivamente se è possibile ricostruire una effettiva dialettica processuale tra le parti, anche se dopo l'applicazione della misura.

Infine, con la sentenza 63/1996³⁵, la Corte costituzionale ha chiarito che solo l'effetto sorpresa «potrebbe giustificare l'esclusione dell'audizione e del contraddittorio in vista della tutela di altre esigenze». In pratica, in occasione di questa pronuncia, i giudici della Consulta rigettavano la questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 276 c.p.p. che, secondo il giudice remittente, contrastava con gli artt. 3 Cost. e 24 comma 2 Cost. nella parte in cui non prevedeva il contraddittorio anticipato per l'aggravamento di una misura cautelare, affermando la «maggiore afflittività che il passaggio da una misura meno grave a una più grave comporta [e dunque all]'esigenza dell'imprevisto [che] indubbiamente si pone come per l'applicazione di una misura nuova» e richiamando, altresì,

contraddittorio cautelare. Su questa pronuncia v. *supra* [cap. I, §4.3](#) e V. BONINI, *La Corte costituzionale e la centralità dell'interrogatorio di garanzia' nella disciplina delle misure cautelari personali*, in *Legisl. pen.*, 1997, p. 863 ss.

³³ Cfr. [cap. I, §3](#).

³⁴ Corte cost., sent. 15 settembre 1995, n. 434, in www.giurcost.org.

³⁵ Corte cost., sent. 8 marzo 1996, n. 63, in www.giurcost.org.

l'istituto della sostituzione *ex art.* 299 comma 4 c.p.p. per dimostrare il carattere «non occasionale ma sistematico dell'omissione del contraddittorio preventivo».

Facendo seguito ai pochi ma incisivi interventi della Consulta, emerge chiaramente la linea guida da percorrere in ottica *de iure condendo* e, cioè, il granitico assunto che la postergazione del contraddittorio cautelare è ammissibile esclusivamente a condizione che ne sia previsto un effettivo ripristino delle garanzie in un secondo momento. Ove, dunque, ciò non sia possibile con un modello di contraddittorio frazionato, diviene obbligatorio percorrere la strada verso l'adozione di un modello di contraddittorio cautelare anticipato.

3. Il naufragio dei progetti di riforma dal 1997 ad oggi

Anche sul fronte normativo, sono numerose le proposte aventi come contenuto modifiche al contraddittorio cautelare. Tuttavia, ad oggi non si è riusciti mai ad andare oltre la fase propulsiva, sia perché si è dato spazio prioritario alla riforma di altri settori della giustizia penale sia perché, di fatto, nessuna delle soluzioni proposte nelle bozze di riforma hanno convinto fino in fondo, presentandosi gli stessi dubbi visti *supra* per i modelli suggeriti dalla dottrina. Si rileva, inoltre, che sul tema del contraddittorio cautelare le proposte di legge presentate tra Camera e Senato (a partire dalla prima risalente al 1997) sono lentamente diminuite nel tempo fino a ridursi ad una sola – parziale – nel 2006. Un dato, questo, che testimonia una certa sfiducia e/o rassegnazione maturata sull'astratta possibilità di vedere applicare in modo generalizzato modelli di contraddittorio 'anticipato' in ambito cautelare.

La XIII legislatura è stata la prima ad interessarsi del ripristino delle garanzie del contraddittorio e, con l'art. 1 della proposta di legge n. 3462/1997 ³⁶, il

³⁶ Disegno di legge d'iniziativa del dep. Pisanu ed altri, presentata alla Camera dei deputati in data 20 marzo 1997 recante «norme in materia di libertà personale» n. 3462, disponibile all'indirizzo www.camera.it (accesso: luglio 2020). Uno schema simile venne proposto qualche mese dopo con il Disegno di legge d'iniziativa del sen. Greco ed altri, presentata al Senato in data 15 luglio 1997 recante «Modifiche degli articoli 291 e 309 del codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali» n. 2657, disponibile all'indirizzo www.senato.it. (accesso: luglio 2020) e con il disegno di legge d'iniziativa del sen. La Loggia ed altri, presentata al Senato in data 21 luglio 1997 recante «norme in materia di libertà personale» n. 2678, disponibile all'indirizzo www.senato.it (accesso: luglio 2020).

legislatore intendeva introdurre un art. 291-*bis* c.p.p. secondo il quale il pubblico ministero, quando doveva richiedere la misura della custodia cautelare o degli arresti domiciliari, avrebbe dovuto procedere al fermo provvisorio dell'imputato consegnando a quest'ultimo «la propria richiesta unitamente agli elementi su cui questa si fonda». In seguito, entro le successive ventiquattro ore, il pubblico ministero avrebbe presentato l'istanza e il relativo materiale giustificativo al giudice per le indagini preliminari il quale, entro le successive ventiquattro ore, avrebbe dovuto fissare l'udienza e ne avrebbe dato avviso al pubblico ministero e al difensore. Giunti in udienza, questa si sarebbe dovuta svolgere in camera di consiglio, con la partecipazione necessaria del pubblico ministero, del difensore e quella eventuale dell'imputato, in cui l'*iter* procedurale dell'udienza avrebbe dovuto seguire le disposizioni contenute nei commi 4, 5 e 6. In particolare, successivamente all'enunciazione da parte del pubblico ministero dei «motivi a sostegno della [sua] richiesta», il giudice avrebbe proceduto all'interrogatorio dell'imputato, il difensore avrebbe esposto «la sua difesa» e le parti avrebbero potuto produrre documentazione o chiedere l'audizione di testimoni e di consulenti tecnici, oltre all'esame delle persone di cui all'art. 210 c.p.p. In tal modo, dunque, il legislatore intendeva concedere una sorta di integrazione 'probatoria' la cui ammissibilità, però, era subordinata al positivo riscontro da parte del giudice del requisito della «manifesta decisività ai fini della valutazione della richiesta del pubblico ministero». Terminata l'udienza, il giudice avrebbe poi dovuto decidere a norma dell'art. 291 c.p.p.

Nel corso della stessa legislatura, un altro disegno di legge (n. 3516/1998³⁷) tornò ad occuparsi della questione del contraddittorio anticipato. La proposta, in particolare, era indirizzata ad introdurre un art. 291-*bis* c.p.p. secondo cui il pubblico ministero, se avesse inteso richiedere l'applicazione della custodia cautelare in carcere, avrebbe dovuto ottenere un decreto da parte del giudice che si sarebbe espresso sulla semplice non manifesta infondatezza dell'istanza circa

³⁷ Disegno di legge d'iniziativa del sen. Fassone ed altri, presentata al Senato in data 17 settembre 1998 recante «Introduzione del contraddittorio prima dell'adozione di misure cautelari» n. 3516, disponibile all'indirizzo www.senato.it (accesso: luglio 2020).

«l’accompagnamento coattivo dell’imputato a norma dell’art. 132»³⁸. Successivamente, l’ufficiale o l’agente incaricato di eseguire il decreto di accompagnamento avrebbe comunicato al giudice il «prevedibile momento in cui l’imputato [sarebbe stato] posto a sua disposizione» e il nome del difensore di fiducia, se nominato, così da permettere all’organo giudicante di fissare l’udienza e di darne tempestivo avviso al pubblico ministero ed al difensore.

La novità di questa proposta – rispetto a quella del 1996 – risiedeva nel fatto che l’udienza, svolta in camera di consiglio, poteva essere rinviata su istanza del difensore a norma del comma 5 per «chiedere un termine, non superiore a cinque giorni, per predisporre la difesa», permettendo, così, di dare effettività al diritto di difesa, cumulativamente alla previsione del primo periodo del medesimo comma che prevedeva il diritto del difensore «a conferire con il proprio assistito [e] ad esaminare gli atti presentati dal pubblico ministero a norma dell’art. 291, comma 1, nonché il decreto ed il verbale delle operazioni di accompagnamento». Inoltre, con il decreto che concedeva il termine, il giudice poteva disporre la custodia provvisoria dell’imputato, la quale avrebbe perso efficacia se non fosse stata ordinata la custodia cautelare nei termini di legge.

In chiusura, la norma apriva ad un doppio binario nell’ipotesi in cui l’imputato non fosse stato rintracciato in seguito all’acquisizione del verbale di vane ricerche ovvero quando si fosse trovato all’estero e fosse stato necessario richiederne l’estradiizione. In tali ipotesi, infatti, avrebbe trovato applicazione l’art. 291-*ter* c.p.p. con cui si attribuiva al giudice il potere di applicare la misura anche fuori dall’udienza³⁹.

In seguito, nel corso della XIV legislatura, venne presentato un disegno di legge⁴⁰ che andava a ripescare le prime proposte di legge della precedente

³⁸ Dunque, sul modello delineato da G. ILLUMINATI, *Relazione*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 21 ss.

³⁹ Occorre dare menzione, infine, dell’art. 6 della citata proposta di legge 3516/1996, in quanto andava a prevedere l’aggiunta tra le norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale di un art. 94-*bis* (rubricato: ‘Custodia provvisoria in luoghi idonei’) la cui previsione testuale recitava: «Nel caso di applicazione della custodia provvisoria [...] il giudice dispone che l’imputato sia trattenuto presso istituti di custodia cautelare, in luoghi idonei e comunque differenziati rispetto a quelli destinati a persone altrimenti detenute».

⁴⁰ Disegno di legge d’iniziativa del sen. Centaro ed altri, presentata al Senato in data 2 dicembre 2004 recante «Modifiche alla disciplina in tema di emissione di misure cautelari» n. 3237,

legislatura, differenziandovisi, però, nella parte in cui prevedeva che «durante la fase delle indagini preliminari e fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento provvede[ss]e il tribunale in composizione collegiale» sulla richiesta di applicazione di una misura cautelare da parte del pubblico ministero, il quale avrebbe comunque potuto disporre «l'esecuzione provvisoria», ivi compresa, dunque, la custodia cautelare in carcere. Tuttavia, l'innovazione normativa più incidente era collocata nel comma 6 dell'introducendo art. 391-*bis* c.p.p. secondo cui, tenendo conto delle possibili difficoltà per il numero e per la gravità delle imputazioni ovvero per procedere all'integrazione probatoria *ex* comma 5, si ammetteva la possibilità di prorogare la misura, su richiesta del pubblico ministero – in udienza ovvero fuori dall'udienza con comunicazione o notifica da rendere ai legittimati ad impugnare – con provvedimento motivato entro quarantotto ore dalla presentazione dell'istanza. Conseguenzialmente, nel caso in cui la proroga fosse stata concessa, il giudice avrebbe dovuto provvedere ai sensi dell'art. 292 c.p.p. entro i successivi trenta giorni, ulteriormente prorogabili per un periodo «non eccedente i trenta giorni», a pena di caducazione della misura provvisoriamente eseguita. Poi, coerentemente al progetto di riforma, veniva abrogato il riesame e l'appello, pur mantenendo – ovviamente – il ricorso in cassazione per il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore.

Si poneva, infine, nell'ambito di un più ampio progetto di riforma del codice di procedura penale il disegno di legge n. 1075/2006⁴¹ in cui le peculiarità rispetto ai precedenti disegni di legge erano rinvenibili nell'art. 287 c.p.p. il quale statuiva che, nel corso delle indagini preliminari, se il pubblico ministero avesse richiesto la custodia cautelare o gli arresti domiciliari, il giudice, ove «non [...] destituita di fondamento», avrebbe dovuto disporre con decreto motivato l'arresto dell'indagato mediante «l'accompagnamento presso la residenza o dimora oppure [mediante]

disponibile su www.senato.it (accesso: luglio 2020). Qualche giorno dopo venne presentato un Disegno di legge d'iniziativa del sen. Fassone ed altri, al Senato in data 29 dicembre 2004 recante «Modifiche al codice di procedura penale ed alle relative norme di attuazione, di coordinamento e transitorie, in materia di introduzione del contraddittorio prima dell'adozione di misure cautelari» n. 3257, disponibile all'indirizzo www.senato.it (accesso: luglio 2020) che ripescava integralmente il Disegno di legge n. 3216/1998 presentato nella precedente legislatura dallo stesso sen. Fassone.

⁴¹ Disegno di legge d'iniziativa del sen. Centaro ed altri, presentata al Senato in data 11 ottobre 2006 recante «Riforma del codice di procedura penale» n. 1075, disponibile all'indirizzo www.senato.it (accesso: luglio 2020).

traduzione presso la casa circondariale se si [fosse proceduto] per taluno dei reati di maggiore allarme sociale indicati nell'art. 422, comma 2»⁴².

4. Il contraddittorio preventivo per l'applicazione delle misure cautelari ex art. 289 c.p.p. ed ex art. 47 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231

Nel vigente assetto normativo vi sono due particolari occasioni in cui si afferma – paradossalmente potrebbe dirsi in modo eccezionale – la regola del contraddittorio preventivo o anticipato. Esse sono le misure cautelari interdittive ex art. 289 c.p.p. e le misure cautelari per responsabilità degli enti ai sensi dell'art. 47 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

In origine, l'applicazione della misura interdittiva della sospensione dell'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, regolamentata dall'art. 289 c.p.p., seguiva l'*iter* applicativo adottato per le altre misure cautelari personali. All'istanza del pubblico ministero, dunque, seguiva, in caso di adozione da parte del giudice per le indagini preliminari di un'ordinanza cautelare, l'attuazione della misura e, solo successivamente, l'integrazione del contraddittorio per mezzo dell'interrogatorio di 'garanzia' ex art. 294 c.p.p.⁴³.

In seguito, però, con la legge 16 luglio 1997, n. 234, venne introdotto un regime speciale che introdusse l'anticipazione dell'interrogatorio dell'indagato,

⁴² Successivamente al 2006, solamente nel 2009 si è tornati sul tema con un disegno di legge presentato al Senato del Ministro della giustizia Alfano, in data 10 marzo 2009 recante «Disposizioni in materia di procedimento penale, ordinamento giudiziario ed equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo. Delega al Governo per il riordino della disciplina delle comunicazioni e notificazioni nel procedimento penale, per l'attribuzione della competenza in materia di misure cautelari al tribunale in composizione collegiale, per la sospensione del processo in assenza dell'imputato, per la digitalizzazione dell'amministrazione della giustizia, nonché per la elezione dei vice procuratori onorari presso il giudice di pace» n. 1440, disponibile all'indirizzo www.senato.it (accesso: luglio 2020). Invero, tale proposta di legge incideva solo marginalmente sul tema del contraddittorio in fase cautelare, limitandosi, infatti, esclusivamente a prevedere che, sulle richieste di applicazione, modifica e revoca delle misure cautelari personali e reali, fosse competente «il tribunale in composizione collegiale del luogo ove ha sede la Corte di appello o la sezione distaccata della Corte di appello nella cui circoscrizione è compreso l'ufficio del pubblico ministero che ha richiesto la misura; la competenza della Corte di appello».

⁴³ Cfr. E. VALENTINI, *Prospettive de iure condendo in materia cautelare personale*, in AA. VV., *Custodia cautelare e sovraffollamento carcerario*, Arti Grafiche Editoriali, 2014; F. CERQUA, *Cautele interdittive e rito penale. Uno studio sulle alternative ai modelli coercitivi personali*, in AA. VV., *Scienze penalistiche e criminologia*, diretta da R. BIANCHETTI - G. GENNARI - L. LUPÀRIA - F. VIGANÒ, Maggioli, 2015, p. 45 ss.

prima dell'attuazione della misura. Lo scopo perseguito da questa riforma era quello di permettere di «verificare anticipatamente che la sospensione dall'ufficio o dal servizio non rechi, senza effettiva necessità, pregiudizio alla continuità della pubblica funzione o del servizio pubblico»⁴⁴. In altre parole, il legislatore dava all'indagato la possibilità di rappresentare i fatti per cui si procede, al fine di permetterne una migliore valutazione complessiva e, eventualmente, rendere superflua la misura stessa, salvaguardando così il prestigio e la funzionalità della pubblica amministrazione⁴⁵.

Benché portasse ad ampliare la sfera delle garanzie dell'indagato⁴⁶, però, la previsione del contraddittorio eventuale sorgeva e sorge esclusivamente per evitare di arrecare un pregiudizio alla Pubblica Amministrazione. Un fine così importante da indurre il legislatore del 1997 a considerarlo prevalente rispetto al c.d. effetto sorpresa tipico delle misure cautelari. Sul punto, la relazione della novella del 1997 si giustificava asserendo che «non sussistono quelle stringenti ragioni di cautela processuale che impongono il regime *inaudita altera parte* per l'applicazione delle misure coercitive». Ciononostante, la pratica aveva fatto emergere ripercussioni negative sulla riservatezza delle indagini. La giurisprudenza di legittimità, infatti, aveva interpretato estensivamente la previsione normativa, ritenendo necessario procedersi con l'interrogatorio preventivo anche quando il giudice avesse deciso di applicare la misura interdittiva *ex art. 289 c.p.p.* in luogo della misura coercitiva richiesta dal p.m.⁴⁷. In tal modo, pertanto, il pubblico ministero si ritrovava a dover accettare *de facto* il rischio di veder svelate le proprie attività di indagine nel caso in cui il giudice non avesse accolto la misura coercitiva ed avesse optato per

⁴⁴ Cfr. RELAZIONE AL DISEGNO DI LEGGE DELLA NOVELLA 234/1997 (d.d.l. n. 910 del 1996).

⁴⁵ Come precisa in nota P. BRONZO, *Le modifiche alle misure cautelari interdittive*, in AA. VV., *La riforma delle misure cautelari*, a cura di L. GIULIANI, in AA. VV., *Procedura Penale: Commenti*, diretto da AA. VV., vol. 24, Giappichelli, 2015, p. 160, è appena il caso di precisare che il giudice provvede ad applicare la misura interdittiva alla luce della valutazione delle esigenze cautelari *ex art. 274 c.p.p.*, non essendoci (né sarebbe possibile) una valutazione di bilanciamento tra esigenze cautelari ed interesse della pubblica amministrazione. Sul punto cfr. G. BISCARDI, *Tempi delle misure interdittive*, in AA. VV., *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, a cura di A. DIDI - R. M. GERACI - T. BENE, Giappichelli, 2015, p. 73.

⁴⁶ Corte cost., ord., 22 giugno 2000, n. 229, in www.giurcost.org.

⁴⁷ Così Cass., sez. VI, 14 dicembre 2000, *D'Aiello*, in *C.e.d.*, n. 217957. Ma vedi *contra* Cass., sez. VI, 21 aprile 2008, *Introcaso*, in *C.e.d.*, n. 239728.

l'applicazione di un'interdittiva. E ciò complicava sensibilmente il ruolo del pubblico ministero in ambito cautelare.

In soccorso a queste problematiche giunse la novella del 2015 (l. 16 aprile 2015, n. 47) che emendò l'art. 289 comma 4 c.p.p. statuendo come segue: «se la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio è disposta dal giudice in luogo di una misura coercitiva richiesta dal pubblico ministero, l'interrogatorio ha luogo nei termini di cui al comma 1-*bis* dall'articolo 294». Con questa riforma, il legislatore si è, praticamente, premurato di liberare il pubblico ministero dalle paure connesse ad un eventuale rigetto di una propria istanza cautelare coercitiva, lasciando, però, intatta la disciplina del contraddittorio preventivo nel caso in cui la richiesta di applicare la misura interdittiva sia una libera scelta dell'organo accusatore stesso.

Tralasciando l'analisi di profili che esulano dagli intenti di questo lavoro, la riforma in esame presta il fianco ad alcune note critiche. Infatti, la scelta di limitare il contraddittorio preventivo, in caso di misura interdittiva applicata in luogo della misura coercitiva richiesta dal pubblico ministero, si presta a facili strumentalizzazioni ed abusi a nocimento dell'indagato. In particolare, il pubblico ministero che intende applicare una misura interdittiva, evitando il contraddittorio *ex art. 289 comma 2 c.p.p.*, potrebbe presentare un'istanza cautelare coercitiva al giudice per le indagini preliminari, il quale, nel rigettare l'istanza di applicazione della misura coercitiva ed in sussistenza dei requisiti, potrebbe applicare la misura interdittiva *inaudita altera parte*, cioè senza contraddittorio preventivo, finalizzando così gli intenti elusivi dell'organo dell'accusa⁴⁸. Se ne deduce che gli intenti del legislatore di tutelare il segreto investigativo siano stati perseguiti in modo errato. Probabilmente, invece, sarebbe stato più opportuno mantenere l'originaria estensione del contraddittorio preventivo prevedendo, al più, che in caso di rigetto dell'istanza cautelare coercitiva venisse disposta la restituzione degli atti al pubblico ministero, il quale potrebbe valutare se richiedere o meno una misura interdittiva bilanciando le esigenze investigative con le esigenze cautelari.

Pertanto, la previgente normativa non sembrava essere così pericolosa da necessitare un intervento del legislatore ma, anzi, si presentava come uno dei pochi

⁴⁸ Cfr. P. BRONZO, *Le modifiche alle misure cautelari interdittive*, cit., p. 167.

strumenti utili a responsabilizzare l'attività del pubblico ministero. Infatti, il rischio di una *involuntary disclosure* del patrimonio investigativo in sede di contraddittorio preventivo *ex art. 289 c.p.p.* per l'applicazione di una misura interdittiva in luogo della richiesta misura coercitiva, portava inevitabilmente l'accusa a ponderare seriamente *fumus commissi delicti e periculum in mora* prima di presentare un'istanza di applicazione di una misura coercitiva. Con la riforma del 2015, invece, il legislatore ha lasciato 'campo libero' al pubblico ministero, conducendo ad un'ulteriore deriva delle garanzie anche nel settore delle interdittive.

Ancor più significativa è, poi, l'esperienza normativa del contraddittorio preventivo in occasione dell'applicazione di misure cautelari a carico di enti e società ai sensi dell'art. 47 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. In tal caso, infatti, il legislatore ha previsto che, nel corso delle indagini, se l'istanza è presentata fuori dall'udienza, il giudice per le indagini preliminari fissa un'udienza e ne dà avviso al pubblico ministero, all'ente e ai difensori, avvertendo altresì quest'ultimi di potere esaminare la richiesta del pubblico ministero e gli elementi sui quali la stessa si fonda.

L'ipotesi normativa dell'art. 47 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 viene sostanzialmente a costituire un contraddittorio 'totalizzante' in quanto il giudice per le indagini preliminari, davanti alla richiesta del pubblico ministero, non opera alcuna valutazione di merito preliminare ma si limita a fissare l'udienza e attende la celebrazione di quest'ultima prima di risolvere la questione cautelare. La *ratio* è intuibile. Le esigenze sottostanti alle misure cautelari a carico degli enti non sono le stesse di quelle configurabili nelle misure cautelari a carico di persone fisiche e, quindi, non c'è alcun effetto sorpresa da garantire. Da ciò consegue quella «doppia funziona, difensiva e collaborativa»⁴⁹ del contraddittorio tra le parti che diventa uno strumento in più per il giudice per la definizione del contezioso cautelare.

Orbene, sia in questo caso sia in quello delle interdittive *ex art. 289 c.p.p.*, è chiaro che le già viste peculiarità della misura da applicare (sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio) o dei suoi destinatari (enti e società) fanno scemare fortemente fino ad annullare l'esistenza stessa di un effetto sorpresa.

⁴⁹ Così A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, cit., p. 139 in nota.

La presa di coscienza di questa realtà, però, impone di ammettere che, nonostante alcuni si siano espressi in senso contrario⁵⁰, è impossibile un'esportazione acritica, tra le misure cautelari di tipo coercitivo, di questi modelli di contraddittorio anticipato e in special modo del modello delineato nell'art. 47 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 che – fuori dal suo contesto di applicazione «a buon mercato»⁵¹ – dovrebbe confrontarsi con le esigenze processuali dell'effetto sorpresa⁵². In definitiva, appare evidente che, nel percorso di ricerca di un modello di contraddittorio anticipato nell'*iter* applicativo delle misure cautelari di tipo coercitivo, nessun concreto aiuto possa derivarsi dall'esperienza normativa vigente.

5. Il *débat contradictoire* in Francia. Cronaca di un'esperienza normativa inconsistente

Il sistema normativo francese è stato oggetto di studio da parte della dottrina italiana che, nel tentativo di promuovere una riforma del contraddittorio cautelare, ha sovente individuato in esso un modello 'funzionante' cui ispirarsi⁵³.

Disciplinato nell'art. 145 del codice di procedura penale francese – per ultimo modificato dall'art. 11 della legge 17 agosto 2015, n. 993 – il *débat contradictoire* opera nella sola ipotesi in cui il pubblico ministero abbia richiesto al giudice istruttore l'applicazione della custodia cautelare. In tal caso, infatti, il *juge d'instruction*, se ritiene fondata l'istanza del pubblico ministero, deve trasmettere

⁵⁰ Cfr. S. LORUSSO, *La responsabilità 'da reato' delle persone giuridiche: profili processuali del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. penale*, 2002, n. 7-8, p. 2522 ss; M. CERESA GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, in AA. VV., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.lgs. n. 231/2001)*, a cura di S. VINCIGUERRA - M. CERESA GASTALDO - A. ROSSI, Cedam, 2004, p. 140 ss.

⁵¹ L'espressione appartiene a F. PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Giuffrè, 1992, p. 256.

⁵² Vista in questi termini, non sembra neanche più così pregnante la *ratio*, sottostante all'inevitabilità del contraddittorio anticipato al di fuori della responsabilità degli enti, individuata in dottrina da S. RENZETTI, *Le misure cautelari interdittive applicabili agli enti giuridici*, Tesi di Dottorato, Università di Bologna. 2008, p. 80 disponibile all'indirizzo: www.unibo.it (accesso: luglio 2020) secondo cui «il legislatore sembra essere indotto a prevedere il contraddittorio precedente all'adozione di una misura cautelare solo quando ricorrano interessi di natura pubblica e di rilievo costituzionale ulteriori rispetto alle esigenze di garanzia dell'indagato».

⁵³ Cfr. L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, cit., p. 253; E. ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, cit., p. 72 ss.

l'ordinanza di ammissibilità al *juge des libertés et de la détention* il quale, a sua volta, provvede a convocare in udienza l'indagato e (se già nominato) il suo difensore. In seguito, se il giudice della libertà, dopo aver studiato il fascicolo e tenuto conto delle osservazioni rese dalla persona indagata, intende applicare la custodia cautelare, informa l'indagato della necessità di procedere in contraddittorio e della possibilità di richiedere un termine a difesa. In tale ultima ipotesi, non potendosi applicare la custodia cautelare in carcere in assenza di contraddittorio, il giudice può disporre con ordinanza – non impugnabile – «*l'incarcération de la personne*» per una durata massima di quattro giorni, termine entro cui va celebrata l'udienza cautelare. All'udienza cautelare, ovviamente, vi partecipano il pubblico ministero che formula l'istanza cautelare, l'imputato che ha diritto ad intervenire e il difensore che, ove non nominato di fiducia, viene nominato d'ufficio. Al termine dell'udienza, il giudice decide con ordinanza motivata l'applicazione della custodia cautelare ovvero la scarcerazione dell'indagato (ove precedentemente ristretto).

Già da questo breve quadro normativo si rilevano i principali punti di doglianza del *débat contradictoire*. Anzitutto, il legislatore francese ha istituito con l'*incarcération provisoire* la perfetta controfigura della *détention provisoire*, tanto che nell'ultimo comma dell'art. 145 c.p.p. prevede che i giorni di *incarcération* siano computati per il calcolo dei termini di custodia cautelare. La conseguenza di questa scelta normativa la si rivede nella stessa funzione della prima comparizione davanti al giudice della libertà che perde ogni valore garantista. Difatti, è verosimile immaginare che, in caso di richiesta di un termine a difesa, il giudice applichi sempre l'*incarcération*, dato che il giudice della libertà è stato investito proprio per controvertere sull'applicazione o meno della *détention provisoire*⁵⁴. Ma vi è di più, in quanto, considerato che, in caso di differimento dell'udienza cautelare, la restrizione della libertà personale opera *de facto* immediatamente in assenza di contraddittorio – in forza dell'ordinanza, non impugnabile, di *incarcération* del *juge des libertés et de la détention* – sembra chiaro che nel sistema cautelare francese è garantito solo formalmente il contraddittorio anticipato. Difatti, è vero

⁵⁴ Cfr. C. GUERY, *Détention provisoire*, Dalloz, 2001, p. 63 citato in nota da L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, cit., p. 262.

che, trascorsi non più di quattro giorni, il contraddittorio viene realizzato ma, a questo punto, la realtà giuridica che si è venuta a creare è sostanzialmente identica a quella che, *mutatis mutandis*, si registra nel nostro ordinamento con l'interrogatorio di garanzia *ex art. 294 c.p.p.* che segue all'applicazione della custodia cautelare con ordinanza emessa ai sensi dell'art. 292 c.p.p., con tutti i dubbi e le censure già *supra* visti ⁵⁵.

In pratica, l'istanza del pubblico ministero francese al giudice istruttore, l'adozione dell'ordinanza di ammissione da parte di quest'ultimo e la comparsa (con possibilità di intervenire) in udienza dell'indagato sembrano essere i tre momenti in cui si snoda un contraddittorio frazionato per l'adozione dell'*incarcération provisoire* che trova completamento in sede di prima udienza con la comparizione dell'indagato. In tale udienza, infatti, l'indagato deve scegliere se tentare di arrangiare una difesa improvvisata (senza aver ancora visionato il proprio *dossier*) ovvero se richiedere un termine a difesa, vedendosi però applicare – *medio tempore* – una misura che ha (quasi) tutti i connotati della custodia cautelare applicata *inaudita altera parte*. Poi, se è ben vero che – a differenza di un sistema di contraddittorio frazionato come il nostro – l'applicazione della *incarcération provisoire* segue comunque alla partecipazione 'passiva' dell'indagato mediante la sua comparizione in udienza, la partecipazione 'attiva' dell'indagato, intesa come possibilità di difendersi attivamente dalle richieste di restrizione cautelare avanzate dal pubblico ministero, solo raramente potrà essere garantita nell'udienza di prima comparizione.

Sulla premessa di queste considerazioni e guardando sul piano sostanziale gli istituti in esame, dunque, la stessa udienza che si celebra in seguito al differimento su richiesta dell'indagato è incentrata non tanto sull'applicazione della custodia cautelare quanto, piuttosto, sulle richieste di revoca della misura – già adottata nell'udienza di prima comparizione – da parte dell'indagato e di conferma della misura da parte del pubblico ministero, con conseguenziale mutamento della nomenclatura della misura da *incarcération provisoire* a *detention provisoire*.

La stessa dottrina francese ha d'altro canto rilevato e criticato negli anni questo pseudo-garantismo del contraddittorio anticipato e, soprattutto, ha mostrato

⁵⁵ Cfr. *supra* [cap. I](#).

molte perplessità sull'efficacia del sistema del *'double regard'*, cioè del doppio vaglio giurisdizionale – del giudice istruttore e del giudice della libertà – per potere adottare la custodia cautelare. Secondo alcuni, infatti, la presenza di due giudici non sarebbe una garanzia ma, piuttosto, un rischio per l'integrità del principio di presunzione di innocenza, perché sarebbe in grado di deresponsabilizzazione il giudice istruttore a detrimento del *juge des libertés et de la détention* che, nella frequente impossibilità temporale di studiare integralmente e approfonditamente il *dossier* dell'indagato, si ritrova quasi costretto ad allinearsi alle poco meditate scelte del giudice istruttore che, a sua volta, aveva fatto affidamento al giudice della libertà ⁵⁶.

Invero, già la Commissione d'inchiesta *d'Outreau* del 2006 ⁵⁷ – sorta a seguito di uno degli scandali giudiziari più eclatanti degli anni recenti (caso *d'Outreau*) ⁵⁸ – aveva rilevato in proposito l'esistenza di un *juge des libertés et de la détention* succube del giudice istruttore, tanto che nel *report* finale della Commissione si suggerivano come soluzioni l'eliminazione del *double regard* ⁵⁹ e la costituzione di un *juge d'instruction* ⁶⁰. Tuttavia, di queste soluzioni nessuna è stata concretamente messa in atto, neanche nei successivi interventi del legislatore francese. Dunque, oggi, permangono molte delle perplessità messe in luce ben 14 anni addietro e comunque, occorre evidenziarlo, il rapporto *d'Outreau* aveva del

⁵⁶ In questo senso si esprime B. DE LAMY, *Le juge des libertés et de la détention: un trompe l'oeil?*, in *Droit pénal*, 2007, Atti di maggio 2007 presso l'Università di Tolosa I su: «*L'incidence des réformes de procédure pénale sur les acteurs du procès*», p. 9 ss.; H. MATSOPOULOU, *Le juge des libertés et de la détention: un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire?*, in *Recueil Dalloz: Chronique*, 2008, n. 22, p. 1495. In termini analoghi v. A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, cit., p. 143; M. G. AIMONETTO, *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Giappichelli, 2002, p. 134.

⁵⁷ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport n. 3125: fait au nom de la Commission d'Enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, in www.assemblee-nationale.fr (accesso: luglio 2020).

⁵⁸ Sul caso *d'Outreau* si rinvia alla lettura di L. COMETTI, *Affaire Outreau: Chronologie d'un fiasco judiciaire en 10 dates*, in www.20minutes.fr, 19 maggio 2015 (accesso: agosto 2020). Per approfondimenti sulla Commissione d'inchiesta v. P. EDMOND MARIETTI - B. LAVIELLE, *Des maux aux actes (Outreau et puis... rien?)*, in *Actualité juridique pénal*, 2006, p. 159; F. FOURMENT - C. MICHALSKI - P. PIOT, «*Le rapport de la commission Outreau sur les médias: l'erreur de diagnostic*», in *Dalloz*, 2006, n. 10, p. 394 ss.

⁵⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport n. 3125*, cit., p. 343 ss.

⁶⁰ *Ivi*, p. 353 ss.

tutto ignorato il principale problema del *débat contradictoire*, cioè il già visto finto garantismo collegato alla *detention provisoire*. Ecco, dunque, che diviene agevole pensare che il legislatore francese, nel regolamentare il *débat contradictoire*, non sia riuscito e non sia (forse) ancora in grado di creare un modello di contraddittorio anticipato abile a tutelare tanto le esigenze processuali, quanto il diritto alla difesa dell'indagato, perché quello delineato nell'art. 145 del codice di procedura penale francese è inevitabilmente frutto di un compromesso del tutto inconsistente, perché incapace di garantire adeguatamente le garanzie processuali dell'indagato. Non solo, dal silenzio del *report* della Commissione *d'Outreau* sull'argomento si potrebbe anche desumere un'accondiscendenza al vigente assetto normativo, ritenuto forse (o probabilmente) il più equilibrato e meno pericoloso per la tutela degli interessi in gioco.

In conclusione, considerate le *débâcles* della macchina giudiziaria e i dubbi mostrati dalla dottrina francese, non sembra troppo severo concludere nel senso che, in prospettiva *de iure condendo* per il nostro ordinamento, il modello francese non è effettivamente un esempio da 'imitare' ma, piuttosto, un esempio da 'evitare'⁶¹, per non ricadere in un rischioso formalismo che sarebbe solo in grado di mettere in mostra tutti i limiti e le inabilità del nostro contraddittorio cautelare⁶².

⁶¹ Dello stesso avviso è L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, cit., p. 284 che, tuttavia, elogia «la diversa immagine di un imputato cui “viene data la parola” nel contesto di un'udienza pubblica, affinché opponga le sue argomentazioni – se vuole, e con l'assistenza del proprio difensore – alle richieste formulate in una requisitoria svolta dal pubblico ministero oralmente»

⁶² In generale, sui rischi di una riforma inefficace, v. A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, cit., p. 141 che lucidamente afferma che «occorre accertarsi che [il contraddittorio] non rimanga o non risulti applicato in modo meramente formale, senza una reale attuazione della garanzia che esso intendeva tutelare. In questo caso, sì, non vale la pena introdurre cambiamenti e riforme che rischiano solo di indebolire la garanzia che ci si preoccupava di irrobustire, svelandone l'ineffettività».

CONCLUSIONI

QUALI PROSPETTIVE IN OTTICA *DE IURE CONDENDO*?

Sommario: 1. [Collocazione normativa, funzione e profili sanzionatori della libertà su cauzione](#) – 2. [Il contraddittorio cautelare a ‘doppio binario’](#) – 3. [L’esecuzione dell’ordine di comparizione e l’istituto del fermo cautelare](#) – 4. [L’udienza cautelare e il suo svolgimento](#) – 5. [Il contraddittorio cautelare differito e il regime impugnatorio delle ordinanze cautelari](#) – 6. [Alcune considerazioni finali](#)

1. Collocazione normativa, funzione e profili sanzionatori della libertà su cauzione

Accolti gli estremi essenziali dell’istituto della libertà su cauzione e presa coscienza degli sforzi compiuti da dottrina e legislatore per tentare di individuare un modello di contraddittorio anticipato nel nostro ordinamento, è possibile ipotizzare l’assetto normativo di un inedito sistema cautelare che veda l’introduzione della libertà su cauzione sia come misura cautelare autonoma (c.d. cauzione ‘cautelare’), sia come misura volta a garantire un contraddittorio *tout court* nell’*iter* applicativo delle misure cautelari di tipo coercitivo (c.d. cauzione di ‘garanzia’).

Preliminarmente, trattando della collocazione normativa della libertà su cauzione, esse andrebbe verosimilmente collocata in un art. 280-*bis* c.p.p., in quanto il principio di proporzionalità e di adeguatezza – che trova estrinsecazione nella stessa topografia normativa – impone di far precedere questa misura a tutte le misure coercitive¹. È, infatti, piuttosto intuitivo che la libertà su cauzione, in quanto incidente sulla sfera patrimoniale e non direttamente sulla libertà personale, goda di una forte prelazione applicativa rispetto alle altre misure. Dall’altra parte, la cauzione in funzione di ‘garanzia’ – come immaginabile – andrebbe, invece, innestata all’interno della disciplina del contraddittorio cautelare anticipato.

In secondo luogo, sul piano ontologico-funzionale, si è già detto che l’importo della cauzione potrebbe assurgere anche ad una funzione risarcitoria, pur

¹ *Contra* C. FIORIO, *Il bail nel sistema inglese*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 3, p. 12 che ne ritiene preferibile l’inserimento nell’art. 283-*bis* c.p.p.

mantenendo la propria natura cautelare ². Dunque, sarebbe opportuno prevedere – in un inedito comma *2-bis* dell’art. 538 c.p.p. – che la cauzione, in presenza della parte civile, possa essere convertita dal giudice in risarcimento fino a concorrenza dell’ammontare indicato nella sentenza di condanna. In questo, si verifica una sostanziale differenza tra la libertà su cauzione e la garanzia prestata da un terzo, in quanto in quest’ultima ipotesi l’importo cauzionale non è versato in via preventiva ma solo in seguito alla mancata comparizione dell’imputato in udienza. Conseguenzialmente, se l’imputato si attiene all’obbligo di comparire in udienza, non si può procedere ad un prelievo coattivo dell’importo cauzionale, nemmeno in caso di condanna.

Sotto il profilo sanzionatorio, infine, la mancata comparizione in udienza dell’imputato dovrebbe comportare alla stregua dell’*absconding* inglese – oltre alla confisca dell’importo già versato a titolo di cauzione o l’obbligo di versare l’importo della cauzione in caso di garanzia prestata da un terzo – la perseguibilità penale sia dell’imputato che ha disatteso l’obbligo di comparizione, sia del suo garante che è venuto meno ai propri obblighi di sorveglianza ³.

2. Il contraddittorio cautelare a ‘doppio binario’

Si è anticipato della possibilità di considerare la libertà su cauzione come misura di ‘garanzia’ al fine di assicurare la presenza dell’indagato all’udienza cautelare. In proposito, è prodromico ed opportuno inquadrare l’assetto cautelare che, in ottica *de iure condendo*, potrebbe assumere il nostro ordinamento cautelare.

Anzitutto, l’art. 291 c.p.p. andrebbe rimodellato in modo tale da dedicarlo esclusivamente all’*iter* ordinario per l’adozione, in contraddittorio, di una misura cautelare. In tal modo, la procedura a contraddittorio differito – attualmente vigente come regola nell’art. 291 c.p.p. – verrebbe scalzata e andrebbe riproposta esclusivamente come eccezione in un art. 291-*ter* c.p.p., debitamente introdotto per trovare applicazione nei casi in cui si proceda per reati che escludono *ex lege* la procedura a contraddittorio anticipato *ex art.* 291 c.p.p. (c.d. reati gravi in astratto)

² Cfr. *supra* [cap. IV, §3](#).

³ In tale ultima ipotesi, la sanzione penale potrebbe prevedersi come aggravante del reato di favoreggiamento di cui all’art. 378 c.p.

⁴ e per tutti gli altri reati che, pur rientrando tra quelli di cui all'art. 291 c.p.p., dovessero presentare 'eccezionali esigenze cautelari' specificatamente documentate nell'istanza del pubblico ministero (c.d. reati gravi in concreto). Così, il 'doppio binario' nell'*iter* applicativo delle misure cautelari affronterebbe, senza inutili formalismi, l'oggettiva impossibilità di garantire un contraddittorio anticipato per alcune fattispecie di reato come, ad esempio, quelle inerenti alla criminalità organizzata ⁵. D'altro canto, sarebbe alquanto ipocrita ed incoerente

⁴ I reati da escludere sarebbero quelli per cui non potrebbe applicarsi neanche la libertà su cauzione. In particolare, gli articoli: 241, attentati contro l'integrità, l'indipendenza o l'unicità dello Stato; 242, cittadino che porta le armi contro lo Stato italiano; 243, intelligenze con lo straniero a scopo di guerra contro lo Stato italiano; 244, atti ostili verso uno Stato estero che espongono lo Stato italiano al pericolo di guerra; 245, intelligenze con lo straniero per impegnare lo Stato italiano alla neutralità o alla guerra; 246, corruzione del cittadino da parte dello straniero; 247, favoreggiamento bellico; 248, somministrazione al nemico di provvigioni; 249, partecipazione a prestiti a favore del nemico; 250, commercio con il nemico; 251, inadempimento di contratti di forniture in tempo di guerra; 252, frode in forniture in tempo di guerra; 253, distruzione o sabotaggio di opere militari; 254, agevolazione colposa; 255, soppressione, falsificazione o sottrazione di atti o documenti concernenti la sicurezza dello Stato; 256, procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato; 257, spionaggio politico o militare; 258, spionaggio di notizie di cui è stata vietata la divulgazione; 259, agevolazione colposa; 260, introduzione clandestina in luoghi militari e possesso ingiustificato di mezzi di spionaggio; 261, rivelazione di segreti di Stato; 262, commi secondo e terzo, rivelazione di notizie di cui sia stata vietata la divulgazione; 263, utilizzazione dei segreti di Stato; 264, infedeltà in affari di Stato; 265, disfattismo politico; 266, commi secondo e terzo, istigazione di militari a disobbedire alle leggi; 267, disfattismo economico; 270, associazioni sovversive; 270-*bis*, associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico; 270-*ter*, assistenza agli associati; 276, attentato contro il Presidente della Repubblica; 277, offesa alla libertà del Presidente della Repubblica; 278, offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica; 280, attentato per finalità terroristiche o di eversione; 280-*bis*, atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi; 283, attentato contro la Costituzione dello Stato; 284, insurrezione armata contro i poteri dello Stato; 285, devastazione, saccheggio e strage; 286, guerra civile; 287, usurpazione di potere politico o di comando militare; 288, arruolamenti o armamenti non autorizzati a servizio di uno Stato estero; 289, attentato contro organi costituzionali e contro le assemblee regionali; 289-*bis*, sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione; 295, attentato contro i Capi di Stato esteri; 296, offesa alla libertà dei Capi di Stato esteri; 302, istigazione a commettere alcuno dei delitti preveduti dai capi primo e secondo; 304, cospirazione politica mediante accordo; 305, cospirazione politica mediante associazione; 306, banda armata: formazione e partecipazione; 416, associazione per delinquere; 416-*bis* del Codice penale. Inoltre, andrebbe esclusa l'applicazione dell'istituto agli indagati: recidivi (art. 99 c.p.); che hanno commesso reati della stessa indole (art. 101 c.p.); la cui abitudine a delinquere è presunta dalla legge (art. 102 c.p.) o dal giudice (art. 103 c.p.); cui è riconosciuta la professionalità nel reato (art. 105 c.p.) e con tendenza a delinquere (art. 108 c.p.).

⁵ La previsione di un doppio binario è anche suggerita dalla flessibilità con cui l'esperienza inglese affronta il problema del contraddittorio cautelare e, in particolare, dalla frequenza con cui la *police* adotta la libertà su cauzione per garantire la presenza dell'imputato in udienza, relegando le altre – e più restrittive – *conditions* e la *police custody* alle sole ipotesi in cui sussistono eccezionali esigenze

generalizzare l'applicazione di un modello di contraddittorio cautelare a matrice 'anticipatoria' e poi dovere prevedere l'applicazione provvisoria delle misure cautelari per quei reati in astratto o in concreto più gravi su cui la libertà su cauzione fallirebbe sicuramente nel suo compito di garantire la comparizione in udienza dell'indagato. Anzi, sarebbe la mortificazione del senso più intrinseco del contraddittorio cautelare che, in linea di principio, è volto a garantire che l'indagato sia condotto in udienza cautelare in stato di libertà.

In secondo luogo, sul fronte procedurale, l'istanza del pubblico ministero, in ogni caso indirizzata al giudice per le indagini preliminari, seguirebbe un diverso *iter* a seconda che si proceda con il contraddittorio anticipato o differito. Precisamente, da un lato, il contraddittorio anticipato implicherebbe che il pubblico ministero chieda al giudice per le indagini preliminari di ordinare la comparizione in udienza cautelare dell'indagato e, contestualmente, di applicare a quest'ultimo la libertà su cauzione per garantirne la presenza⁶; dall'altro, il contraddittorio differito vedrebbe il pubblico ministero fare istanza al giudice per le indagini preliminari affinché questi si pronunci sull'applicazione della misura cautelare *inaudita altera parte* (art. 291-ter c.p.p.). Evidentemente, quest'ultima, che necessita alcune puntualizzazioni, perché andrebbe distinto il caso in cui la richiesta di applicazione della misura cautelare in contraddittorio differito riguardi reati gravi 'in astratto' e il caso in cui essa riguardi reati gravi 'in concreto'. Infatti, nella prima ipotesi il giudice per le indagini preliminari, che ritiene non sussistano i presupposti di cui agli artt. 273, 274, 275 c.p.p., andrebbe a rigettare *de plano* l'istanza del pubblico ministero, perché non si potrebbe procedere con contraddittorio anticipato per reati gravi in astratto. Nel caso dei reati gravi 'in concreto', invece, il giudice per le indagini preliminari, ove non ravvisasse la sussistenza di eccezionali esigenze

normativamente previste. Sul problema del difficile equilibrio tra diritto al contraddittorio e diritto alla difesa cfr. *supra* [cap. V, §1](#).

⁶ Si tiene a ribadire che in questa fase del procedimento cautelare la libertà su cauzione non è una misura cautelare ma ha una funzione limitata alla 'garanzia' affinché l'indagato compaia all'udienza cautelare. Solo in tale sede, l'eventuale libertà su cauzione applicata da sola o *in combine* con altre misure cautelari avrebbe natura propriamente 'cautelare'. I tratti comuni alla libertà su cauzione di 'garanzia' ed alla libertà su cauzione 'cautelare' si limitano, dunque, alla natura patrimoniale della misura.

cautelari, potrebbe applicare la libertà su cauzione di ‘garanzia’ per la costituzione del contraddittorio anticipato.

Tornando all’ipotesi principale in cui si proceda direttamente con contraddittorio cautelare anticipato, il giudice per le indagini preliminari, nell’accogliere l’istanza del pubblico ministero sull’applicazione della cauzione di ‘garanzia’, dovrebbe disporre l’ordine di comparizione solo dopo aver richiesto ed ottenuto dal presidente del tribunale il decreto di fissazione dell’udienza cautelare da celebrarsi davanti al giudice in composizione collegiale – tre giudici di cui uno dovrebbe essere il giudice che ha applicato la libertà su cauzione con l’ordinanza di comparizione. Precisamente, la data dell’udienza cautelare andrebbe fissata entro un termine ragionevole, per permettere all’indagato di preparare la propria difesa. Anche per questo motivo, sarebbe opportuno rimettere la fissazione del termine alla discrezionalità del presidente del tribunale – che andrebbe a pronunciarsi con decreto da trasmettere al giudice per le indagini preliminari – sebbene tale termine, avendo natura dilatoria, non potrebbe essere inferiore a cinque giorni a partire dall’esecuzione dell’ordine di comparizione e dovrebbe, comunque, tenere conto di almeno altre ventiquattro o quarantotto ore per permettere, da un lato, al giudice per le indagini preliminari di emettere l’ordine di comparizione e di applicazione della libertà su cauzione e, dall’altro, al pubblico ministero di darne esecuzione.

3. L’esecuzione dell’ordine di comparizione e l’istituto del fermo cautelare

L’esecuzione dell’ordine di comparizione non sembrerebbe comportare *ex se* alcuna difficoltà. Andrebbe, infatti, eseguita alla stregua di quanto già oggi previsto per l’esecuzione di alcune misure cautelari dall’art. 293 c.p.p. Purtuttavia, presenterebbe qualche difficoltà aggiuntiva l’evenienza in cui l’indagato si rifiuti di versare o non possa versare l’importo della cauzione, perché, se posto in stato di libertà, potrebbe prospettarsi un concreto pericolo di fuga.

Dunque, considerata tale necessità, al pubblico ministero andrebbe anzitutto attribuito il potere di disporre il fermo dell’indagato – collocabile in un art. 384-*ter* c.p.p. – che, per comodità espositiva, potrebbe definirsi ‘cautelare’, per distinguerlo dal fermo di indiziato di delitto previsto dall’art. 384 c.p.p. In secondo luogo, nonostante i differenti presupposti, anche al fermo cautelare dovrebbe seguire

un'udienza di convalida da svolgersi davanti al giudice per le indagini preliminari entro e non oltre ventiquattro ore dall'esecuzione del fermo stesso. Cionondimeno, l'udienza di convalida del fermo cautelare differirebbe da quella del fermo di indiziato di delitto o dell'arresto, in quanto il giudice per le indagini preliminari andrebbe a provvedere esclusivamente sulla legittimità del fermo 'cautelare' ma non anche sulla *quaestio libertatis*. La discussione di quest'ultima, infatti, è già prevista successivamente in seno all'udienza cautelare – in contraddittorio davanti al giudice collegiale – dall'ordinanza di comparizione.

Chiaramente, in attesa della celebrazione dell'udienza, potrebbe essere necessaria l'applicazione provvisoria di una misura cautelare (o misura pre-restrittiva), al fine di garantire la presenza dell'indagato all'udienza cautelare. Infatti, salvo alcuni casi, è presumibile immaginare che nell'arco di ventiquattro ore – dall'applicazione del fermo alla sua convalida – l'indagato non riesca a versare la cauzione o ad individuare un fideiussore. Pertanto, tenuto conto del possibile interesse dell'indagato a sacrificare il termine a difesa per non vedersi applicare una misura pre-restrittiva, andrebbe riconosciuto all'indagato il diritto a rinunciare al termine dilatorio per la celebrazione dell'udienza cautelare e, consequenzialmente, di richiedere la discussione immediata della questione cautelare in sede di convalida.

In pratica, si seguirebbe un *iter* procedurale simile all'udienza di convalida del fermo *ex art. 391 c.p.p.*, sebbene sussisterebbe una differenza rispetto all'*iter* 'classico' dell'udienza di convalida, dal momento che, dopo l'applicazione del fermo cautelare, l'indagato sarebbe messo in condizioni di decidere il proprio 'destino' cautelare, scegliendo se usufruire o meno del termine a difesa presupposto per legge. In tal caso, l'apparente inconciliabilità tra l'adozione di misure pre-restrittive e la mancata celebrazione del contraddittorio cautelare sarebbe superato a monte dal consenso dell'indagato che deliberatamente acconsente alla temporanea restrizione e/o limitazione del bene giuridico della libertà personale, per meglio tutelare il proprio diritto alla difesa.

Inoltre, anche eventuali obiezioni fondate sul rischio che, in caso di rinuncia al differimento dell'udienza da parte dell'indagato, il giudice per le indagini preliminari non avrebbe sufficiente tempo per studiare gli atti depositati (appena

ventiquattro ore), sono superate su due fronti. In primo luogo, nel richiedere la cauzione di ‘garanzia’ il pubblico ministero ha già precedentemente considerato la libertà cauzione alla stregua di uno strumento sufficientemente efficace per garantire le esigenze cautelari. In via prognostica, dunque, è verosimile che lo stesso pubblico ministero ritenga sufficiente l’applicazione della cauzione come misura cautelare, ove le uniche eccezioni potrebbero derivare dall’emergere di altre esigenze cautelari, prima non rilevate ovvero non presenti in sede di 291 c.p.p. sull’ordine di comparizione⁷. In secondo luogo, emerge con limpida chiarezza il maggiore tenore garantistico dell’istituenda normativa rispetto agli attuali istituti di fermo di indiziato di delitto e arresto perché, mentre le ‘tradizionali’ misure precautelari possono esitare in appena ventiquattro ore nell’applicazione di una misura cautelare, senza possibilità di rivedere la *quaestio libertatis* prima del riesame e, tra l’altro, anche per reati *ex lege* più gravi rispetto a quelli cui potrebbe trovare applicazione l’art. 384-*ter* c.p.p., nel caso del fermo cautelare, si concede all’indagato la possibilità di una doppia verifica giurisdizionale differita nel tempo a tutela della libertà personale: una in sede di convalida – seppur limitata alla legittimità del fermo – e una in sede cautelare.

Anzi, proprio questo prontuario garantistico presente in sede di convalida del fermo cautelare potrebbe addirittura suggerire una modifica dell’attuale normativa della convalida del fermo di indiziato di delitto (art. 384 c.p.p.), dell’arresto (artt. 380 e 381 c.p.p.) e dell’allontanamento d’urgenza della casa familiare (art. 384-*bis* c.p.p.), nel senso che si potrebbe riflettere sull’introduzione nell’odierno art. 391 c.p.p. di un diritto per il fermato, arrestato o sottoposto ad allontanamento d’urgenza dalla casa familiare di chiedere un termine a difesa per la trattazione differita della questione cautelare davanti ad un giudice collegiale, terzo ed imparziale, limitando quindi l’udienza di convalida al solo compito di verificare la legittimità della misura precautelare. Si pensi, ad esempio, al reato di associazione per delinquere di cui all’art. 416 c.p. Per questo reato, seguendo l’impostazione del ‘doppio binario’, l’applicazione della misura cautelare opererebbe *inaudita altera parte*, cioè in

⁷ Si pensi al riguardo all’esigenza cautelare di cui all’art. 274 c.p.p., comma 1, lett. a) che potrebbe non sussistere in un ristretto arco temporale – necessario per la celebrazione dell’udienza cautelare – ma che, invece, potrebbe realizzarsi nel corso del procedimento penale.

assenza dell'indagato. Ebbene, se il pubblico ministero, in sussistenza dei presupposti di cui all'art. 384 c.p.p., andasse ad applicare la misura cautelare del fermo d'indiziato di delitto e se l'indagato decidesse di avvalersi del diritto a chiedere un termine a difesa, nell'udienza successiva si verrebbe a costituire un contraddittorio cautelare *tout court*, al pari di chi se ne giova *ex ante* per legge ai sensi dell'art. 291 c.p.p. In tal modo, si riuscirebbe, con l'impulso dell'indagato che ne faccia richiesta, a determinare un'estensione surrettizia del contraddittorio anticipato cautelare, anche oltre la sua ordinaria latitudine applicativa. Purtuttavia, proprio queste sostanziali uguaglianze, implicherebbero anche l'estensione del meno favorevole regime impugnatorio da prevedere per chi accede al contraddittorio anticipato ⁸.

Orbene, nonostante la realtà appena esposta possa generare entusiasmo per la sua estrema funzionalità alla realizzazione del contraddittorio cautelare, occorre sottolineare come essa non possa essere ulteriormente estesa. Precisamente, le dinamiche dell'udienza di convalida del fermo cautelare potrebbero trarre in inganno, inducendo a ritenere altrettanto possibile generalizzare il potere di fermo del pubblico ministero per renderlo funzionale alla realizzazione del contraddittorio anticipato in tutte le ipotesi in cui la pubblica accusa intenda applicare una misura cautelare. Tuttavia, un simile modello – che sarebbe coincidente in tutto e per tutto con quello del, già analizzato e discutibile, fermo allargato proposto con la bozza di riforma n. 3462/1997 ⁹ – sarebbe da scartare in principio, perché determinerebbe «un sensibile aumento dei poteri del pubblico ministero» che avrebbe come «conseguenza di aumentare, anziché ridurre, i casi di coercizione personale non necessaria» ¹⁰. E non è certamente questa la direzione che si vuole e si deve intraprendere nell'elaborare una riforma votata al recupero delle garanzie fondamentali del contraddittorio cautelare.

⁸ Cfr. *infra* §5.

⁹ Disegno di legge d'iniziativa del dep. Pisanu ed altri, presentata alla Camera dei deputati in data 20 marzo 1997 recante «norme in materia di libertà personale» n. 3462, disponibile all'indirizzo www.camera.it (accesso: luglio 2020). Cfr. *supra* cap. V, §3.

¹⁰ G. ILLUMINATI, *Relazione*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, *Atti dell'incontro di studio, Firenze, 7 maggio 1996, Associazione tra gli studiosi del processo penale*, vol. 1, Jovene, 1997, p. 27.

4. L'udienza cautelare e il suo svolgimento

Riguardo al prosieguo del procedimento cautelare, esso seguirebbe un *iter* alquanto lineare. In udienza cautelare, infatti, sulla falsariga di quanto già proposto nei vari progetti di riforma, il pubblico ministero andrebbe ad argomentare le ragioni sottostanti all'istanza cautelare; il giudice dovrebbe procedere all'interrogatorio dell'imputato e, solo a conclusione, il difensore andrebbe ad esporre la propria difesa prima che il giudice provveda. Forse, rimarrebbe aperto un solo interrogativo inerente alla possibilità di instaurare un'integrazione probatoria in sede di udienza cautelare, opzione già presente in alcuni progetti di riforma ¹¹ e abbozzata anche in dottrina ¹², sebbene con qualche perplessità. Invero, la possibilità di operare un'integrazione 'probatoria' sembra essere certamente lungimirante – anche alla luce della concezione sempre più autonomistica del procedimento cautelare ¹³ – e di rilievo per il diritto di difesa dell'indagato. Tuttavia, non può farsi a meno di rilevare che una simile opzione darebbe credito a quella parte di dottrina che con scetticismo si domanda: «sarebbe possibile conciliare i tempi contratti del procedimento *de libertate* con quelli necessari allo svolgimento di un incidente probatorio?» ¹⁴. Volendo fare degli sforzi risolutivi, il superamento di questi dubbi potrebbe rinvenirsi in istituti che puntino sulla contrazione temporale dell'udienza cautelare, senza pregiudizio per le esigenze di integrazione probatoria. Potrebbe, quindi, immaginarsi un sistema di controllo

¹¹ Disegno di legge d'iniziativa del sen. Centaro ed altri, presentata al Senato in data 2 dicembre 2004 recante «Modifiche alla disciplina in tema di emissione di misure cautelari» n. 3237, disponibile su www.senato.it (accesso: luglio 2020). Cfr. *supra* cap. V, §3.

¹² A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie*, cit., p. 151, ad esempio, afferma che si dovrebbe permettere al giudice di «sollecitare o anche di disporre un'integrazione del materiale probatorio» per assumere elementi di prova sufficienti a dirimere la *quaestio libertatis*. Inoltre, nel senso di riconoscere tale potere di integrazione anche *ex officio* in sede cautelare si veda G. ILLUMINATI, *Relazione*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, cit., p. 33 e G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1994, p. 1262 ss che precisa, altresì, come l'integrazione deve però svolgersi solo *in favor libertatis* durante il periodo di restrizione della libertà personale, in quanto non potrebbe accettarsi che la difesa «rinunci alla più elementare espressione del diritto di difendersi provando – il diritto alla controprova – proprio quando è in giuoco il bene supremo della libertà».

¹³ Per un'analisi del rapporto tra procedimento cautelare e procedimento principale si rinvia alla lettura di D. NEGRI, *Fumus commissi delicti: la prova per le fattispecie cautelari*, in AA. VV., *Procedura penale: studi*, diretta da AA. VV., vol. 14, Giappichelli, 2004.

¹⁴ L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica*, cit., p. 240.

cautelare ‘a tempo’, simile a quello delle *bail application* inglesi¹⁵, in cui il giudice andrebbe a statuire sulla libertà dell’imputato solo temporaneamente – per un arco temporale ristretto ad esempio di sette giorni – in attesa di concludere l’attività di integrazione probatoria, per poi decidere definitivamente alla luce dei nuovi elementi di prova. In alternativa, si potrebbe tentare di arginare l’attività di integrazione probatoria subordinandola a due requisiti: la manifesta decisività e la non complessità della stessa. Cionondimeno, simili soluzioni andrebbero meditate con estrema dovizia perché – pur dando per ovvia l’impossibilità di ampliare la casistica dell’incidente probatorio – si rischierebbe di trasformare il procedimento cautelare in un ‘mini-processo’, le cui ripercussioni a livello processuale non potrebbero che rilevare.

Infine, è evidente che, ove la libertà su cauzione fosse applicata in funzione di garanzia della comparizione all’udienza cautelare, l’eventuale ingiustificata assenza dell’indagato all’udienza cautelare non potrebbe inibire la possibilità di celebrare l’udienza stessa. In tal caso, dunque, il giudice, sentito il pubblico ministero e il difensore – di fiducia o, se non nominato, d’ufficio – potrebbe statuire sulla *quaestio libertatis* ordinando l’applicazione di una misura cautelare.

5. Il contraddittorio cautelare differito e il regime impugnatorio delle ordinanze cautelari

Definito l’ambito di operatività del contraddittorio anticipato, rimane il quesito – invero già preannunciato – su come ci si debba comportare nel caso in cui il giudice per le indagini preliminari rilevi che sia necessario procedere con il contraddittorio differito *ex art. 291-ter c.p.p.* Come è agevole intuire, in tal caso, il giudice per le indagini preliminari, in sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 273, 274 e 275 c.p.p., andrebbe a provvedere direttamente con ordinanza *ex art. 292 c.p.p.* e disporrebbe l’esecuzione della misura cui seguirebbe la conduzione dell’indagato per l’udienza di cui all’art. 294 c.p.p. Si andrebbe, quindi, a seguire l’*iter* procedurale attualmente in vigore, con l’unico correttivo inerente all’udienza di cui all’art. 294 c.p.p., in quanto il giudice dovrebbe passare da monocratico a collegiale, onde evitare di limitare oltre il necessario le garanzie dell’indagato e le

¹⁵ Cfr. *supra* [cap. II, §3.5.](#)

differenze, sul piano delle garanzie, con chi gode di un contraddittorio cautelare anticipato. A tal fine, sarebbe sufficiente che l'ordinanza *ex art. 292 c.p.p.* sia trasmessa al presidente del tribunale per la composizione del collegio cautelare che dovrà presiedere all'udienza *ex art. 294 c.p.p.*

Infine, riguardo ai mezzi di impugnazione, non si può che dare seguito alle considerazioni già svolte *supra*¹⁶ secondo cui il riesame va considerato come uno strumento di impugnazione irrinunciabile solo per coloro i quali siano stati privati – eccezionalmente – del diritto ad un contraddittorio *tout court* davanti ad un giudice terzo ed imparziale, in fase di applicazione della misura cautelare (art. 291-*ter* c.p.p.). Per coloro ai quali, invece, sia stato già garantito un contraddittorio cautelare anticipato, non ci sarebbe alcuna necessità di discutere nuovamente la questione cautelare davanti al giudice del riesame.

Operando in tale maniera, accedrebbero al giudizio di riesame solo i reati più gravi (in concreto o in astratto), ossia proprio quei reati che, probabilmente, comportano tempi più lunghi per la preparazione della strategia difensiva da parte dell'indagato e che, dunque, traggono maggior vantaggio dalla più ampia tempistica – dieci giorni – offerta dall'art. 309 c.p.p., prima della discussione definitiva della *quaestio libertatis*.

Al più, si potrebbe immaginare un'apertura estensiva del mezzo di impugnazione dell'appello di cui all'art. 310 c.p.p. per le misure cautelari coercitive adottate con contraddittorio cautelare anticipato (art. 291 c.p.p.). In tal caso, infatti, l'abolizione del riesame e la contestuale apertura all'appello manterrebbe comunque nettamente distinte ed autonome la fase applicativa delle misure cautelari dal giudizio di gravame che, in ossequio al principio del *tantum devolutum quantum appellatum*, vedrebbe limitare ai motivi di gravame la cognizione del giudice d'appello¹⁷.

¹⁶ Cfr. *supra* [cap. V, §1](#).

¹⁷ Impossibile, invece, pensare di abolire il giudizio di riesame per tutte le misure cautelari e rendere accessibili a tutti il solo appello. In una simile circostanza normativa, infatti, si avrebbe un'irragionevole involuzione delle garanzie ai danni di quei soggetti indagati per reati rientranti nel 'binario' del contraddittorio differito. Ad essi, infatti, non verrebbe mai garantito un vero e pieno contraddittorio *tout court* né in fase applicativa, né – in forza del principio di devoluzione – con il giudizio di appello.

6. Alcune considerazioni finali

Scegliere una modifica radicale come quella proposta in questa trattazione potrebbe apparire di non facile attuazione per il legislatore italiano. C'è da dire, però, che una più lucida meditazione sulla cauzione e sul contraddittorio anticipato farebbe emergere un equilibrio di fondo avulso da incaute improvvisazioni, equilibrio che si è tentato di argomentare nel proposto progetto di riforma.

La scelta di mantenere un doppio binario nel settore cautelare, infatti, non è altro che l'estrinsecazione di quella volontà di condurre il legislatore verso l'apprezzamento delle garanzie in fase cautelare senza incorrere in rischi o, più esattamente, nei rischi che in passato hanno determinato il naufragio dei tentativi di riforma. I passati timori legati all'effetto sorpresa, le censure correlate all'esigenza di un effettivo diritto alla difesa e le reticenze sull'istituto della cauzione sembrano potere 'trovare pace' davanti ad un sistema cautelare flessibile che si adatta alle esigenze processuali, piuttosto che pretendere un loro adattamento all'*iter* cautelare. Così, l'effetto sorpresa diventa un'esigenza dai caratteri dinamici, cui corrispondono risposte diverse da parte dell'ordinamento. Lo stesso istituto della libertà su cauzione trova dimora e viene valorizzato nel nuovo assetto cautelare, fin dove possibile in astratto e in concreto, divenendo la chiave per far funzionare il modello del contraddittorio anticipato. Il consenso, infine, dirige la bilancia delle garanzie processuali, restituendo all'indagato il diritto di scegliere tra diritti antinomici che solo il diretto interessato sarebbe in grado di armonizzare¹⁸.

D'altronde, le difficoltà che oggi l'Inghilterra sta incontrando per trovare un equilibrio nella materia del *pre-charge bail* e le attuali perplessità che connotano il sistema del *débat contradictoire* francese permetterebbero di vivere l'esperienza italiana della cauzione e di riforma del contraddittorio con meno pressione, perché consapevoli dei margini oltre ai quali non ci si può spingere per non incorrere in distrofie di sistema non sempre di facile diagnosi e risoluzione.

¹⁸ Il riferimento è chiaramente alla convalida del fermo cautelare ove è l'indagato a scegliere se celebrare immediatamente l'udienza cautelare (in occasione della convalida) ovvero se rinviare la trattazione della questione cautelare ad un secondo momento, per meglio preparare la propria difesa.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

A

AA. VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di BARTOLE S. - CONFORTI G. - RAIMONDI G., Cedam, 2001

AA. VV., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di AMODIO E. - DOMINIONI O., vol. 3, Giuffrè, 1990

AA. VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di BARGIS M., 10^a ed., Cedam, 2020

AA. VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. PACE, Giuffrè, 2006

AA. VV., *Custodia cautelare e sovraffollamento carcerario*, Arti Grafiche Editoriali, 2014

AA. VV., *Diritto processuale penale*, a cura di SIRACUSANO D. - GALATI A. - TRANCHINA G. - ZAPPALÀ E., Giuffrè, 2018

AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, *Atti dell'incontro di studio, Firenze, 7 maggio 1996, Associazione tra gli studiosi del processo penale*, vol. 1, Jovene, 1997

AA. VV., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, *Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, 13-15 ottobre 2000*, Giuffrè, 2000

AA. VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, in AA. VV., *Convegni di studi «Enrico De Nicola»: Problemi attuali di diritto e procedura penale*, vol. 20, Giuffrè, 1997

AA. VV., *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di CONSO G., Edizioni Scientifiche Italiane, 2006

AA. VV., *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di GREVI V., in AV. VV., *Giustizia penale oggi: nuova serie*, coordinata da GREVI V., vol. 2, Cedam, 1989

AA. VV., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.lgs. n. 231/2001)*, a cura di VINCIGUERRA S. - CERESA GASTALDO M. - ROSSI A., Cedam, 2004

AA. VV., *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di GIULIANI L., in AA. VV., *Procedura Penale: Commenti*, diretto da AA. VV., vol. 24, Giappichelli, 2015

AA. VV., *Le fragili garanzie della libertà personale: per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno, Trento, 11-13 ottobre 2013, *Associazione tra gli studiosi del processo penale*, vol. 24, Giuffrè, 2013

AA. VV., *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Atti del convegno presso l'Università di Catania, Noto Marina, 30 settembre - 2 ottobre 1993, Giuffrè, 1995

AA. VV., *Liberty and Security in Europe: A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*, a cura di RUGGERI S., Vandenhoeck and Ruprecht, 2012

AA. VV., *Misure cautelari e diritto di difesa nella legge 8 agosto 1995 n. 332*, a cura di GREVI V., Giuffrè, 1996

AA. VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Cedam, 1995

AA. VV., *Nuove norme sulle misure cautelari e sul diritto di difesa*, a cura di AMODIO E., Giuffrè, 1996

AA. VV., *Policing The Miners' Strike*, a cura di FINE B. - MILLAR R., Lawrence & Wishart, 1985

AA. VV., *Pre-trial Detention in the European Union: An Analysis of Minimum Standards in Pre-trial Detention and the Grounds for Regular Review in the Member States of the EU*, WLF, 2009

AA. VV., *Preventive detention: A Comparative and International Law Perspective*, a cura di FRANKOWSKY S. J. - SHELTON D., Nijhoff, 1992

AA. VV., *Profili del processo penale nella costituzione europea*, a cura di COPPETTA M. G., Giappichelli, 2005

AA. VV. *Scritti inediti di procedura penale*, a cura di GALANTINI N. – RUGGIERI F., Università degli Studi di Trento, 1998

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AIMONETTO M. G., *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Giappichelli, 2002

ALBIANI A., *Le misure cautelari personali: un equilibrio in divenire fra tendenze conservatrici e (non contenibile) spirito innovatore*, in *Legisl. pen.*, 2006, p. 375 ss.

ALLEN G. - AUDICKAS L., *Police Service Strength*, House of Commons Library, 4 marzo 2020, n. 364, disponibile all'indirizzo www.parliament.uk (accesso: maggio 2020)

AMATO G., *Individuo e libertà nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, 1967

AMATO G., *sub art. 292*, in AA. VV., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di AMODIO E. - DOMINIONI O., vol. 3, Giuffrè, 1990

AMODIO E., *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cass. penale*, 2014, n. 1, p. 12 ss.

AMODIO E., *Note sul futuribile delle misure cautelari*, in *Legisl. pen.*, 2006, n. 1, p. 372 ss.

AMODIO E., *Una drastica riduzione dei ricorsi di legittimità per ridare efficienza e prestigio alla Cassazione*, in *Guida dir.*, 2012, n. 42, p. 8 ss.

APPLEMAN L. I., *Justice in the Shadowlands: Pretrial Detention, Punishment, & Sixth Amendment*, in *Washington and Lee Law Review*, 2012, n. 69, p. 1297 ss.

ASSOCIAZIONE ANTIGONE, *Il carcere al tempo del coronavirus: XVI Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, 2020, in www.antigone.it (accesso: giugno 2020)

ATKINSON R., *Suspect's rights and pre-charge bail*, in www.law.leeds.ac.uk, 17 giugno 2015 (accesso: settembre 2019)

AULD R. E., *Review of the Criminal Courts of England and Wales: Report*, Stationary Office, 2011

B

BAISA V. - MICHELFEIT J. - MEDVEĎ M. - JAKUBÍČEK M., *European Union Language Resources in Sketch Engine. In The Proceedings of tenth International Conference on Language Resources and Evaluation (LREC'16)*. European Language Resources Association (ELRA), 2016

- BARILE P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, 1953
- BARNETT H., *Constitutional and Administrative Law*, 4^a ed., Cavendish Publishing Limited, 2002
- BARTOLE S. - DE SENNA P. - ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti Dell'Uomo*, in AA. VV., *Breviaria Iuris*, fondati da CIAN G. - TRABUCCHI A., vol. 21, Cedam, 2012
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, 1764
- BELLAVISTA G., (voce) *Libertà provvisoria*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 24., Giuffrè, 1974
- BELLAVISTA G., *Lezioni di diritto processuale penale*, Giuffrè, 1975
- BELLONI F. - HODGSON J., *Criminal injustice: An evaluation of the criminal justice process in Britain*, Macmillan, 2000
- BENYON J. - BOURN C., *The Police: Powers, Procedures and Proprieties*, Pergamon, 1986
- BISHOP PRENTISS J., *New Criminal Procedure: Or, New Commentaries on the Law of Pleading and Evidence and the Practice in Criminal Cases*, vol. 1, TH Flood, 1913
- BLAKE N., *Picketing, Justice and the Law*, in AA. VV., *Policing The Miners' Strike*, a cura di FINE B. - MILLAR R., Lawrence & Wishart, 1985
- BONINI V., *La Corte costituzionale e la centralità dell'interrogatorio di garanzia' nella disciplina delle misure cautelari personali*, in *Legisl. pen.*, 1997, p. 863 ss.
- BORSANI G. - CASORATI L., *Codice di procedura penale*, vol. 2, Coi tipi di Luigi di Giacomo Pirola, 1876
- BOTTOMLEY A. K. - PEASE K., *Crime and Punishment: Interpreting the Data*, Open University Press, 1986
- BOUQUET A., *Cautionnement pénal et politique criminelle: une relation à géométrie variable*, in *Archives de politique criminelle*, 2001, n. 1, p. 53 ss.
- BOUVIER J., *A Law Dictionary*, Baldwin's Library, 1928
- BOWES S., *The Police and Civil Liberties*, Lawrence & Wishart, 1966
- BOYDE J. P., *The Papers of Thomas Jefferson*, Princeton University Press, 1950

BURROW J., *Bail and the Human Rights Act 1998*, in *New Law Journal*, 2000, vol. 150, p. 677 ss.

C

CAPE E. - EDWARDS R., *Police Bail Without Charge: The Human Rights Implications*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 69, 2010, n. 3, p. 529 ss.

CAPE E. - SMITH T., *The practice of pre-trial detention in England and Wales: Research report*, in <http://eprints.uwe.ac.uk/28291>, University of the West of England, 2016, p. 29 (accesso: aprile 2020)

CAPE E., *Defending Suspects at Police Station: The practitioner's guide to advice and representation*, Legal Action Group, 2017

CAPE E., *Police bail without charge – leaving suspects in limbo*, in www.crimeandjustice.org.uk, 16 ottobre 2019 (accesso: maggio 2020)

CAPE E., *The Police Bail Provisions of the Policing and Crime Act 2017*, in *Criminal Law Review*, 2017, n. 8, p. 587 ss.

CAPE E., *What if police bail was abolished?*, in [Howard League for Penal Reform](http://www.howardleague.org.uk), University of the West of England, 2015, p. 21 (accesso: maggio 2020)

CAPIZZANO E., *L'interrogatorio dell'imputato e le garanzie difensive del contraddittorio*, Pirola, 1971

CAPRIOLI F., *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in AA. VV., *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di GIULIANI L., in AA. VV., *Procedura Penale: Commenti*, diretto da AA. VV., vol. 24, Giappichelli, 2015

CARBONE J., *Seeing Through the Emperor's New Clothes: Rediscovery of Basic Principles in the Administration of Bail*, in *Syracuse Law Review*, 1983, n. 34, p. 517 ss.

CARRARA F., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. 4, Tipografia Giusti, 1881

CARRARA F., *Programma del corso criminale. Del giudizio criminale*, (1860), con introduzione di NOBILI M., Il Mulino, 2004

CENTRE FOR WOMEN'S JUSTICE, *Police failure to use protective measures in cases involving violence against women and girls*, 19 marzo 2019, disponibile all'indirizzo: www.centreforwomensjustice.org.uk (accesso: maggio 2020)

CERESA GASTALDO M., *L'accertamento dell'illecito*, in AA Vv., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.lgs. n. 231/2001)*, a cura di VINCIGUERRA S. - CERESA GASTALDO M. - ROSSI A., Cedam, 2004

CERESA GASTALDO M., *Una singolare antifrasi: i 'nuovi' poteri rescindenti del Tribunale della libertà*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, n. 4, p. 1 ss.

CERQUA F., *Cautele interdittive e rito penale. Uno studio sulle alternative ai modelli coercitivi personali*, in AA. Vv., *Scienze penalistiche e criminologia*, diretta da BIANCHETTI R. - GENNARI G. - LUPÀRIA L. - VIGANÒ F., Maggioli, 2015

CHIAVARIO M., *Il diritto al contraddittorio nell'art. 111 Cost. e nell'attuazione legislativa*, in AA. Vv., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, 13-15 ottobre 2000, Giuffrè, 2000

CHIAVARIO M., *Processo e garanzie della persona*, vol. 2, 3^a ed., Giuffrè, 1984

CHIAVARIO M., *Variazioni sul tema delle «misure cautelari» tra nuovo codice e «legge anticipatrice»*, in *Giust. pen.*, 1989, p. 1 ss.

CIANI G., *sub art. 291*, in AA. Vv., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO M., vol. 3, Utet, 1990

CIAVOLA A., *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, n. 1, p. 132 ss.

COLLEGE OF POLICING, *Detention and custody: Response, arrest and detention*, in www.app.college.police.uk (accesso: marzo 2020)

COLLEGE OF POLICING, *Major investigation and public protection: Post-arrest management of suspect and casefile*, in www.college.police.uk (accesso: marzo 2020)

COMETTI L., *Affaire Outreau: Chronologie d'un fiasco judiciaire en 10 dates*, in www.20minutes.fr, 19 maggio 2015 (accesso: agosto 2020)

CONSO G. - GREVI V. - ILLUMINATI G., *Commentario breve al codice di procedura penale*, coordinato da GIULIANI L., in AA. Vv., *Breviaria Iuris*, fondato da CIANI G. - TRABUCCHI A., vol. 6, 2^a ed., Cedam, 2015

COOK H., *Preventive Detention - International Standards and the Protection of the Individual*, in AA. Vv., *Preventive detention: A Comparative and International Law Perspective*, a cura di FRANKOWSKY S. J. - SHELTON D., Nijhoff, 1992

CORDERO F., *Procedura penale*, 9^a ed., Giuffrè, 2012

CORRE N., *Bail in criminal proceedings*, Fourmat Publishing, 1990

CORSTENS G. - PRADEL J., *European criminal law*, Kluwer Law International, 2002

COWLING P. - CLAYTON M. - NEWMAN M., 'Scandal brewing' as thousands of suspects released, in www.bbc.com, 4 dicembre 2019 (accesso: maggio 2020)

D

DE CARO A., *Libertà personale e sistema processuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000

DE HAAS E., *Antiquities of Bail: Origin and Historical Development in Criminal Cases to the Year 1275*, AMS Press, 1966

DE HAAS E., *Concepts of the Nature of Bail in English and American Criminal Law*, in *The University of Toronto Law Journal*, vol. 6, 1946, n. 2, p. 385 ss.

DE LAMY B., *Le juge des libertés et de la détention: un trompe l'oeil?*, in *Droit pénal*, 2007, Atti di maggio 2007 presso l'Università di Tolosa I su: «L'incidence des réformes de procédure pénale sur les acteurs du procès», p. 1 ss.

DE LUCA G., (Voce) *Cauzione (dir proc pen)*, in *Enc. dir.*, vol. 6, Giuffrè, 1960

DE VITA A., *Bail*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. 1., Utet, 1987

DEL POZZO C. U., *La libertà personale nel processo penale italiano*, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1962

DEMONPION D., *Caution: les millions de la liberté*, in *Le Point*, 11 agosto 2000, p. 26 ss.

DEZZA E., *Breve storia del processo penale inglese*, Giappichelli, 2009

DHAMI M. K., *Conditional Bail Decision Making in the Magistrates' Court*, in *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 43, 2004, n. 1, p. 27 ss.

DHAMI M. K., *Do Bail Information Scheme Really Affect Bail Decisions?*, in *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 41, 2002, n. 3, p. 245 ss.

DI BITONTO M. L., *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, n. 3-4, p. 865 ss.

DI NICOLA V., *La libertà personale dell'imputato: tra regole smesse, disciplina attuale e sistema futuro*, Boccia, 1989

DIAMOND S. - BOWMAN L. E. - WONG M. - PATTON M. M., *Efficiency and Cost: The Impact of Videoconferenced Hearings on Bail Decisions*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 100, 2010, n. 3, p. 869 ss.

DOMINIONI O., *Le parti nel processo penale: profili sistematici e problemi*, Giuffrè, 1985

DUKER W. F., *The Right to Bail: A Historical Inquiry*, in *Albany Law Review*, 1977-1978, n. 42, p. 33 ss.

E

EDMOND MARIETTI P. - LAVIELLE B., *Des maux aux actes (Outreau et puis... rien?)*, in *Actualité juridique pénal*, 2006, p. 159 ss.

ESMEIN A., *History of Continental Criminal Procedure*, The Lawbook Exchange, 1913

EUROSTAT, *Police, court and prison personnel statistics Statistics Explained*, 2018, disponibile all'indirizzo: www.ec.europa.eu/eurostat (accesso: maggio 2020)

F

FANUELE C., *La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia penale*, raccolti da GIARDA A. - SPANGHER G. - TONINI P., vol. 75, Cedam, 2016

FANUELE C., *La libertà personale*, in AA. VV., *Processo penale e Costituzione*, a cura di DINACCI F., Giuffrè, 2010

FANUELE C., *Le vicende modificative delle misure cautelari*, in AA. VV., *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, a cura di DIDI A. - GERACI R. M. - BENE T., Giappichelli, 2015

FERRUA P., *Poteri istruttori del pubblico ministero e nuovo garantismo: un'inquietante convergenza degli estremi*, in AA. VV., *Misure cautelari e diritto di difesa nella legge 8 agosto 1995 n. 332*, a cura di GREVI V., Giuffrè, 1996

FIELD S. - THOMAS P., *Justice and Efficiency? The Royal Commission on Criminal Justice*, in *Journal of Law and Society*, 1994

FILIPPI L., *Libertà personale e garanzie europee*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Pisani: Diritto processuale penale e profili internazionali*, a cura di CORSO P. - ZANETTI E., vol. 2, La Tribuna, 2010

FIORIO C., *Il bail nel sistema inglese*, in AA. VV., *Le fragili garanzie della libertà personale: per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno annuale dell'Associazione fra gli studiosi del diritto penale "G. Pisapia", Trento, 11-13 ottobre 2013, vol. 24, a cura di RUGGIERI F., Giuffrè, 2014

FIORIO C., *Il bail nel sistema inglese*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 3, p. 1 ss.

FOOTE C., *The Coming Constitutional Crisis in Bail: I*, in *The University of Pennsylvania Law Review*, vol. 113, 1965, n. 7, p. 959 ss.

FOSCHINI G., *Le cautele penali*, in *Scuola positiva*, 1956

FOSCHINI G., *Sistema del diritto processuale penale*, vol. 1, 2^a ed., Giuffrè, 1965

FOURMENT F. - MICHALSKI C. - PIOT P., «*Le rapport de la commission Outreau sur les médias: l'erreur de diagnostic*», in *Dalloz*, 2006, n. 10, p. 394 ss.

FOUZDER M., *Releasing suspects under investigation is having 'terrible consequences'*, in www.lawgazette.co.uk, 15 maggio 2019 (accesso maggio 2020)

FRITH K., *Helping The Police With Their Enquires*, in www.isonharrison.co.uk, 15 luglio 2019 (accesso: maggio 2020)

G

GALANTINI N., *Profili della giustizia penale francese*, 2^a ed., Giappichelli, 1995

GIARDA A., *Misure sostitutive della custodia del carcere e misure alternative alla custodia cautelare*, in AA. VV., *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, a cura di GREVI V., Cedam, 1985

GIORDANO L., *Sull'annullamento dell'ordinanza cautelare priva dell'autonoma valutazione degli indizi e delle esigenze di cautela*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 luglio 2015 (accesso: settembre 2018)

GIOSTRA G., *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1994, p. 1262 ss.

GIOSTRA G., *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, in AA. VV., *Misure*

cautelari e diritto di difesa nella legge 8 agosto 1995 n. 332, a cura di GREVI V., Giuffrè, 1996

GIOSTRA G., *Sul vizio di motivazione dell'ordinanza cautelare*, in *Cass. penale*, 1995, n. 9, p. 2429 ss.

GIOSTRA G., *Commento all'art. 9 legge 8 agosto 1995, n. 332*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Cedam, 1995

GIULIANI L., *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Cedam, 2012

GOEBEL J. JR., *Felony and Misdemeanor: A study in the History of English Criminal Procedure*, vol. 1., The Commonwealth Fund, 1937

GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, 2010

GREVI V., *Garanzie difensive e misure cautelari personali*, in AA. VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, in AA. VV., *Convegni di studi «Enrico De Nicola»: Problemi attuali di diritto e procedura penale*, vol. 20, Giuffrè, 1997

GREVI V., *Libertà personale dell'imputato*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 24, Giuffrè, 1974

GREVI V., *Misure Cautelari*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di BARGIS M., 6^a ed., Cedam, 2012

GREVI V., *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantiste ed esigenze del processo*, in AA. VV., *Misure cautelari e diritto di difesa nella legge 8 agosto 1995 n. 332*, a cura di GREVI V., Giuffrè, 1996

GUERY C., *Détention provisoire*, Dalloz, 2001

H

HARRIS D. - O'BOYLE M. - BATES E. P. - BUCKLEY C. M., *Law of the European Convention on Human Rights*, 3^a ed., Oxford University Press, 2014

HASKINS G. L., *Law and Authority in Early Massachusetts: A Study in Tradition and Design*, University Press of America, 1960

HAYES J. V., *Contracts to Indemnify Bail in Criminal Cases*, in *Fordham Law Review*, vol. 6, 1937, n. 3, p. 387 ss.

HER MAJESTY'S INSPECTORATE OF CONSTABULARY AND FIRE & RESCUE SERVICES (HMICFRS), *The police response to domestic abuse*, in www.justiceinspectors.gov.uk, 2019 (accesso: maggio 2020)

HIGHMORE A., *A Digest of The Doctrine of Bail in Civil and Criminal Cases*, Cadell, 1791

HODGSON J., *The Detention and Interrogation of Suspects in Police Custody in France*, in *European Journal of Criminology*, vol. 1, 2004, n. 2, p. 163 ss.

HOLDSWORTH W. S., *A History of English Law*, Little Brown, 1924

HOLMES O. W., *The Common Law*, Little Brown, 1881

HOME OFFICE, *Police Powers: Pre-charge Bail. Government consultation*, in www.gov.uk, 5 February - 29 May 2020 (accesso: maggio 2020)

HOME OFFICE, *Police Powers: Pre-charge Bail. Government response*, in www.gov.uk, 14 January 2021 (accesso: febbraio 2021)

HUCKLESBY A., *Bail in Criminal Cases*, in AA. VV., *The Handbook of The Criminal Justice Process*, a cura di MC CONVILLE M. – WILSON G., Oxford University Press, 2002, p. 115 ss.

HUCKLESBY A., *Not necessarily a Trip to the Police Station: The Introduction of Street Bail*, in *Criminal Law Review*, 2004, p. 803 ss.

HUCKLESBY A., *Police bail and use of conditions*, in *Criminal Justice*, 2001, n. 4, p. 441 ss.

HUCKLESBY A., *Remand decision makers'*, in *Criminal Law Review*, 1997, p. 269 ss.

HUCKLESBY A., *The use and abuse of conditional bail*, in *The Howard Journal of Crime and Justice*, vol. 23, 1994, n. 3, p. 258 ss.

I

IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale. Fatto diritto e motivazione*, Giuffrè, 2013

ILLUMINATI G., *La presunzione di innocenza dell'imputato*, in AA. VV., *Giustizia penale oggi*, coordinata da GREVI V., vol. 3, Zanichelli, 1979

ILLUMINATI G., *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in AA. VV., *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di CONSO G., Edizioni Scientifiche Italiane, 2006

ILLUMINATI G., *Relazione*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, *Atti dell'incontro di studio*, Firenze, 7 maggio 1996, *Associazione tra gli studiosi del processo penale*, vol. 1, Jovene, 1997

ILLUMINATI G., *Ripartire dalla Costituzione*, in *Legisl. pen.*, 2006, n. 1, p. 386 ss.

J

JAKUBÍČEK M. - KILGARRIFF A. - KOVÁŘ V. - RYCHLÝ P. - SUCHOMEL V., *The TenTen corpus family*, 7th International Corpus Linguistics Conference CL, 2013

JENNINGS I., *Cabinet Government*, Cambridge University Press, 1959

JOHNSON J., *Police bail decline revealed as Law Society say worrying trend means violent criminals are being released with no restrictions*, in www.telegraph.co.uk, 9 ottobre 2019 (accesso: maggio 2020)

K

KALHOUS C. - MERINGOLO J., *Bail Pending Trial: Changing Interpretations of The Bail Reform Act and the Importance of Bail from Defense Attorneys' Perspectives*, in *Pace Law Review*, vol. 32, 2012, n. 3, p. 800 ss.

L

LAW SOCIETY, *Release under investigation*, in www.lawsociety.org.uk, 7 novembre 2019 (accesso: maggio 2020)

LAZZERI F., *Un nuovo monito dalla Corte costituzionale al legislatore per la riforma della disciplina in materia di pena pecuniaria*, in www.sistemapenale.it, 12 febbraio 2020 (accesso: agosto 2020)

LIEBERMANN F., (voce) *Bürgschaft*, in *Die Gesetze der Angelsachsen*, Cambridge University Press, 2015

LORD WOOLF H. K. - TUMIM S., *Prison disturbances April 1990 (Woolf report): report of an inquiry*, HMSO, 1991

LORUSSO S., *La responsabilità 'da reato' delle persone giuridiche: profili processuali del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. penale*, 2002, n. 7-8, p. 2522 ss.

LOZZI G., *La realtà del processo penale, ovvero il 'modello perduto'*, in *Quest. Giust.*, 2001, n. 6, p. 1097 ss.

LOZZI G., *Sulle principali innovazioni apportate al codice di procedura penale del 1930 dalla legge 5 agosto 1988 n. 330*, in *Giust. pen.*, 1988, n. 3, p. 633 ss.

LUCCHINI L., *Elementi di procedura penale*, 4^a ed., Nabu Press, 1920

M

MACCHIA A. - GAETA P., *L'ordinanza cautelare ed il suo controllo in Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 9, p. 1161 ss.

MACOVEI M., *The right to liberty and security of the person: A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights*, vol. 5, Human Rights Handbooks, 2004

MANCUSO C., *Uno sguardo "oltremanica": strategie di contrasto del sovraffollamento carcerario nel modello inglese*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1, 2015, p. 469 ss.

MANGIAMELI S., *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. PACE., Giuffrè, 2006

MARANDOLA A., *L'interrogatorio di garanzia: dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia penale*, diretta da GIARDA A. - SPANGHER G. - TONINI P., vol. 12, Cedam, 2006

MARANDOLA A., *La 'irragionevole' durata delle misure coercitive*, in AA. VV., *Le fragili garanzie della libertà personale: per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno, Trento, 11-13 ottobre 2013, *Associazione tra gli studiosi del processo penale*, vol. 24, Giuffrè, 2013

MARZADURI E., *The application of pre-trial precautionary measures*, in AA. VV., *Liberty and Security in Europe: A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*, a cura di RUGGERI S., Vandenhoeck and Ruprecht, 2012

MATSOPOULOU H., *Le juge des libertés et de la détention: un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire?*, in *Recueil Dalloz: Chronique*, 2008, n. 22, p. 1494 ss.

MAZZA O., *Interrogatorio ed esame dell'imputato: identità di natura giuridica e di efficacia probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, n. 3, p. 822 ss.

MAZZA O., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, 2004

MAZZA O., *La libertà personale nella costituzione europea*, in AA. VV., *Profili del processo penale nella costituzione europea*, a cura di COPPETTA M. G., Giappichelli, 2005

MC CONVILLE M. - HODGSON J., *Custodial Legal Advice and the Right to Silence*, in *Research Study No 16*, HMSO, 1993, p. 102 ss.

MCKINNON L., *Police and Crime Act 2017 – does this really mean the end of lengthy precharge bail conditions?*, in www.byrneandpartners.com, 21 marzo 2017 (accesso: settembre 2019)

METZMEIER K. X., *Preventive Detention: A Comparison of Bail Refusal Practices in the United States, England, Canada and Other Common Law Nations*, in *Pace International Law Review*, 1996, n. 8, p. 399 ss.

MEYER H. H., *Constitutionality of Pretrial Detention (Part I)*, in *Georgetown Law Journal*, vol. 60, n. 6, 1972, p. 1381 ss.

MHLANGA B., *Race and Crown Prosecution Service Decisions* Stationery Office, 1999, p. 133 ss.

MOCCIA L., *Il sistema di giustizia inglese. Profili storici e organizzativi*, Maggioli Editore, 1984

MOLARI A., *Introduzione. Tavola rotonda*, in AA. VV., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, 13-15 ottobre 2000, Giuffrè, 2000

MORGAN R. - JONES P., *Jail or Bail?*, in *Criminal Justice Under Stress*, a cura di CASALE S. - STOCKDALE E., Blackstone Press, 1992

MORTARA L. - ALOISI U., *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, vol. 1 e 2, Utet, 1914

MUSIO C., *Motivazione cautelare lacunosa e poteri del tribunale del riesame: una (probabile) modifica legislativo*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 maggio 2014 (accesso: settembre 2018)

N

NAPPI A., *sub art. 284*, in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di CONSO G. - ILLUMINATI G., Cedam, 1987

NATIONAL POLICE CHIEFS' COUNCIL, *Operational Guidance for Pre-Charge Bail and Released under Investigation – Updated January 2019*, in www.npcc.police.uk (accesso: maggio 2020)

NEGRI D., *Fumus commissi delicti: la prova per le fattispecie cautelari*, in AA. VV., *Procedura penale: studi*, diretta da AA. VV., vol. 14, Giappichelli, 2004

P

PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, 1999

PATANÈ V., (voce) *Processo penale inglese*, in *Enc. dir.*, annali II, tomo I, Giuffrè, 2008

PATANÈ V., *Il Writ di Habeas Corpus*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, n. 1, p. 168 ss.

PECORELLA G., *Il difensore e la sua posizione nel procedimento penale di fronte alla nuova legge*, in AA. VV., *Misure cautelari e diritto di difesa nella legge 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di GREVI V., Giuffrè, 1996

PECORELLA G., *Intervento*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 7 maggio 1996, *Associazione tra gli studiosi del processo penale*

PERCY-SMITH J. - HILLYHARD P., *Miners in the Arms of the Law: A Statistical Analysis*, in *Journal of Law and Society*, n. 12, 1985, p. 345 ss.

PERONI F., *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Giuffrè, 1992

PETERSDORF C., *A Practical Treatise on the Law of Bail in Civil and Criminal Proceedings*, Butterworth, 1824

PHILIPS C. - BROWN D., *Entry into the Criminal Justice System: a Survey of Police Arrests and their Outcomes*, in AA. VV., *Home Office Research Study No 185*, Home Office, 1998

PISANI M., *Cauzione e libertà personale (spunti de iure condendo)*, in *Riv. it. dir. Proc. Pen.*, vol. 46, 2003, n. 1-2, p. 3 ss.

PISANI M., *sub art. 5*, in AA. VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di BARTOLE S. - CONFORTI G. - RAIMONDI G., Cedam, 2001

POLLOCK F. - MAITLAND F. W., *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Cambridge University Press, 1898

PUGLISI R., *Interrogatorio di garanzia e diritto di difesa. La Consulta arresta l'estensione interpretativa (ed il riconoscimento dei diritti della persona)*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, p. 642 ss.

PURVES L., *After years on bail, sorry just isn't enough*, in www.thetimes.co.uk, 3 novembre 2014 (accesso: marzo 2019)

R

RAFARACI T., (voce) *Processo penale tedesco*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II-I, Giuffrè, 2008

RAFARACI T., *Annullamento dell'ordinanza cautelare per difetto di motivazione riconducibile all'assenza di elementi imposti da legge sopravvenuta*, in *Cass. penale*, 1997, p. 463 ss.

RAINE J. W. - WILLSON M. J., *Just Bail at the Police Station?*, *Journal of Law and Society*, vol. 22, 1995, n. 4, p. 571 ss.

RAINE J. W. – WILLSON M. J., *Police Bail with Conditions: Perspectives on the Use, Misuse and Consequences of a new Police Power*, in *The British Journal of Criminology*, vol. 37, 1997, n. 4, p. 593 ss.

RANALDI G., *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa 'possibile'*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, n. 9, p. 1166 ss.

RAWLINSON K., *"Third world" bail system slammed by former Murdoch lawyer*, in www.channel4.com, 18 dicembre 2014 (accesso: marzo 2019)

RENZETTI S., *Le misure cautelari interdittive applicabili agli enti giuridici*, Tesi di Dottorato, Università di Bologna. 2008, disponibile all'indirizzo: www.unibo.it (accesso: luglio 2020)

RICCIO G. - DE CARO A. - MAROTTA S., *Principi costituzionali e riforma della procedura penale: una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988*, in AA. VV., *Biblioteca di diritto processuale*, diretto da CIPRIANI F. - RICCIO G., vol. I, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991

RICCIO G., *Principio di giurisdizionalità e vincoli alla discrezionalità nell'odierna disciplina della libertà personale*, in AA. VV., *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di GREVI V., in AV. VV., *Giustizia penale oggi: nuova serie*, coordinata da GREVI V., vol. 2, Cedam, 1989

RILEY-SMITH B., *Pre-charge bail: Everything you need to know about the campaign to close a 'legal limbo' loophole*, in www.telegraph.co.uk, 2 dicembre 2014 (accesso: maggio 2020)

RUGGERI S., *Tutela cautelare e salvaguardia dei diritti della persona*, in AA. VV., *Profili comparatistici e garanzie sovranazionali in Europa*, a cura di GABOARDI A. - GARGANI A. - MORGANTE G. - PRESOTTO A. - SERRAINO M., Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti, 9-10 novembre 2012, Giappichelli, 2013

RUGGIERI F., *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, in AV. VV. *Scritti inediti di procedura penale*, a cura di GALANTINI N. – RUGGIERI F., Università degli Studi di Trento, 1998

RUGGIERI F., *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè, 1996

S

SANDERS A. - YOUNG R. - BURTON M., *Criminal Justice*, 4a ed., Oxford University Press, 2010

SANNINO C., *Scarcerazioni boss mafia, la delusione degli investigatori: “La certezza della pena non esiste”*, in www.repubblica.it, 8 maggio 2020 (accesso: giugno 2020)

SBRICCOLI, M., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, vol. 2, Giuffrè, 2009

SCHNACKE T. R. - JONES M. R. - BROOKER C. M. B., *The History of Bail and Pretrial Release*, in *Pretrial Justice Institute*, 2010, p. 4 ss.

SCHNACKE T. R., *A Brief History of Bail*, in *Judges' Journal*, vol. 57, 2018, n. 2, p. 5 ss.

SCHNACKE T. R., *Money as a Criminal Justice Stakeholder: The Judge's Decision to Release or Detain a Defendant Pretrial*, in *National Institute of Corrections*, 2014, p. 22 ss.

SCOTT S. P., *The Civil Law*, The Central Trust Company, 1932

SHARPE R. J., *The Law of Habeas Corpus*, 3^a ed., Oxford University Press, 2011

SHARPLEY D., *Criminal litigation: Practice and Procedure*, CLP, 2010

SHAW D., *Thousands of violent crime suspects released without conditions*, in www.bbc.com, 30 marzo 2018 (accesso: maggio 2020)

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

SOUTHWORTH P., *Coroner urges Home Secretary to review domestic abuse laws after man bludgeons wife to death*, in www.telegraph.co.uk, 22 agosto 2019 (accesso: maggio 2020)

SPAGNOLO P., *Il tribunale della libertà tra normativa nazionale e normativa internazionale*, in AA. VV., *Studi di Diritto Processuale Penale*, raccolti da CONSO G., vol. 108, Giuffrè, 2008

SPANGHER G., *Evoluzione ed involuzione del sistema cautelare*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Pisani: Diritto processuale penale e profili internazionali*, a cura di CORSO P. - PERONI F., vol. 1, La Tribuna, 2010

SPANGHER G., *Il “giusto processo” penale*, in *Studium iuris*, 2000, p. 255 ss.

SPRACK J., *A practical approach to criminal procedure*, 16^a ed., Oxford University Press, 2020

STREET H., *Freedom, the Individual and the Law*, Penguin, 1967

T

TONDI V., *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia penale*, raccolti da GIARDA A. - SPANGHER G. - TONINI P., vol. 74, Cedam, 2016

TONINI P. - CONTI C., *Custodia cautelare e struttura del processo: come perseguire una ragionevole durata*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 359 ss.

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 2020, Giuffrè, 2020

TRECHSEL S., *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005

U

UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea*, 2^a ed., Cortina, 2009

V

VALENTINI E., *Prospettive de iure condendo in materia cautelare personale*, in AA. VV., *Custodia cautelare e sovraffollamento carcerario*, Arti Grafiche Editoriali, 2014

VAN KALMTHOUT A. M. - KNAPEN M. M. - MORGENSTERN C., *United Kingdom*, in AA. VV., *Pre-trial Detention in the European Union: An Analysis of Minimum*

Standards in Pre-trial Detention and the Grounds for Regular Review in the Member States of the EU, WLF, 2009

VIGNA P., *Intervento*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale, Verso un contraddittorio anticipato?*, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 7 maggio 1996, *Associazione tra gli studiosi del processo penale*, vol. 1, Jovene, 1997

VITTORINI GIULIANO S., *Il procedimento applicativo*, in AA. VV., *Nuove norme sulle misure cautelari e sul diritto di difesa*, a cura di AMODIO E., Giuffrè, 1996

VOGLER R., *England and Wales*, in AA. VV., *Liberty and Security in Europe: A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*, a cura di RUGGERI S., V&R, 2012

W

WILSON S. - RUTHERFORD H. - STOREY T., *English Legal System*, Oxford University Press, 2020

WISEMAN S. R., *Discrimination, Coercion, and the Bail Reform Act of 1984: The Loss of the Core Constitutional Protections of the Excessive Bail Clause*, in *Fordham Urban Law Journal*, vol. 36, 2008, n. 1, p. 121 ss.

WOLFE N., *COVID-19 Won't Be the Last Pandemic. Here's What We Can Do to Protect Ourselves*, in www.time.com, 15 aprile 2020 (accesso: giugno 2020)

WOOD T., *Institute of Civil Law*, (1721), The Lawbook Exchange, 2007

Z

ZANDER M., *Operation of the Bail Act in London Magistrates' Court*, in *New Law Journal*, 1979, n. 129, p. 108 ss.

ZANDER M., *What has happened to release on Bail*, in *Criminal Law & Justice Weekly*, vol. 181, 2017, n. 37, p. 660 ss.

ZAPPALÀ E. - PATANÈ V., *Le misure cautelari*, in AA. VV., *Diritto processuale penale*, a cura di SIRACUSANO D. - GALATI A. - TRANCHINA G. - ZAPPALÀ E., Giuffrè, 2018

ZAPPALÀ E., *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in AA. VV., *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Atti del convegno presso l'Università di Catania, Noto Marina, 30 settembre - 2 ottobre 1993, Giuffrè, 1993

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

CORTE DI CASSAZIONE ITALIANA

Cass., sez. un., 18 giugno 1993, n. 212, *Dell'Olmo*, in *Cass. penale*, 1994, p. 36 ss.

Cass., sez. III, 28 luglio 1993, n. 1721, *Nava*, in *Giust. penale*, 1993, p. 690 ss.

Cass., sez. VI, 5 maggio 1994, *Greco*, in *Cass. penale*, 1996, p. 227 ss.

Cass., sez. II, 6 febbraio 1996, *Filoni*, in *C.e.d.*, n. 204734

Cass., sez. un., 26 febbraio 1997, n. 1, *Mammoliti*, in *C.e.d.*, n. 207940

Cass., sez. I, 25 settembre 1997, n. 5271, *Ripa*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 289 ss.

Cass. sez. II, 13 febbraio 1998, *Migliaccio*, in *Cass. penale*, 1999, p. 1521 ss.

Cass., sez. VI, 14 dicembre 2000, *D'Aiello*, in *C.e.d.*, n. 217957

Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, *Primavera*, in *Cass. penale*, 2001, p. 69 ss.

Cass., sez. V, 20 giugno 2003, n. 45282, *p.m. in c. Nero*, in *C.e.d.*, n. 227252

Cass., sez. VI, 26 giugno 2003, n. 35106, *De Masi*, in *Cass. penale*, 2004, p. 3693 ss.

Cass., sez. III, 14 luglio 2005, *Laureto*, in *C.e.d.*, n. 232979

Cass. sez. II, 13 marzo 2008, n. 13500, *Palermi*, in *C.e.d.*, n. 239760

Cass., sez. VI, 21 aprile 2008, *Introcaso*, in *C.e.d.*, n. 239728

Cass., sez. VI, 10 luglio 2008, n. 33858, *p.m. in c. Maazouzi*, in *C.e.d.*, n. 240799

Cass., sez. III, 14 ottobre 2008, n. 43200, *p.m. in c. Collantoni*, in *C.e.d.*, n. 241532

Cass., sez. un., 22 gennaio 2009, n. 18190, *La Mari*, in *Cass. penale*, 2009, p. 3766 ss.

Cass., sez. IV, 22 aprile 2010, n. 27379, *Di Donato*, in *C.e.d.*, n. 247854

Cass. sez. III, 28 ottobre 2010, *Assouli*, in *C.e.d.*, n. 248742

Cass., sez. IV, 9 gennaio 2013, n. 3742, *Ioio*, in *Cass. penale*, 2014, p. 247 ss.

Cass., sez. I, 14 giugno 2013, *Ferrara*, in *C.e.d.*, n. 256262

Cass., sez. un., 1 luglio 2014, n. 28270, in www.dirittoegiustizia.it

Cass., sez. III, 5 febbraio 2015, n. 19198, *Fiorenza*, in *C.e.d.*, n. 263798.

CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

Corte cost., sent. 14 aprile 1965, n. 26, in www.giurcost.org

Corte cost., sent., 20 marzo 1970, n. 39, in www.giurcost.org

Corte cost., sent. 4 maggio 1970, n. 64, in www.giurcost.org

Corte cost., sent. 10 giugno 1970, n. 89, in www.giurcost.org

Corte cost., sent. 14 luglio 1971, n. 175, in www.giurcost.org

Corte cost., sent. 27 gennaio 1972, n. 12, in www.giurcost.org

Corte cost., sent., 12 aprile 1973, n. 42, in www.giurcost.org

Corte cost., sent. 4 gennaio 1977 n. 29, in www.giurcost.org

Corte cost., sent., 1 luglio 1983, n. 215, in www.gazzettaufficiale.it

Corte cost., sent. 15 luglio 1983, n. 252, in www.giurcost.org

Corte cost., sent. 24 marzo 1986, n. 54, in www.giurcost.org

Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364, in www.giurcost.org

Corte cost., sent 26 gennaio 1994, n. 5, in www.gazzettaufficiale.it

Corte cost., sent. 8 giugno 1994, n. 219, in www.giurcost.org

Corte cost., sent. 15 settembre 1995, n. 434, in www.giurcost.org

Corte cost., sent. 8 marzo 1996, n. 63, in www.giurcost.org

Corte cost., sent. 9 luglio 1996, n. 238, in www.giurcost.org

Corte cost., sent. 3 aprile 1997, n. 77, in www.giurcost.org

Corte cost., sent. 17 febbraio 1999, n. 32, in www.giurcost.org

Corte cost., ord., 22 giugno 2000, n. 229, in www.giurcost.org

Corte cost., sent. 8 giugno 2005, n. 230, in www.giurcost.org

Corte cost., sent., 11 febbraio 2020, n. 15, in www.giurcost.org

CORTE D'APPELLO DI CATANIA

Corte d'Appello di Catania, Sez. istruttoria, ord., 13 luglio 1978, n. 516

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Corte Eur. Dir. Uomo, 1 luglio 1961, *Lawless c. Ireland*

Corte Eur. Dir. Uomo, 27 giugno 1968, *Neumeister c. Austria*

Corte Eur. Dir. Uomo, 27 giugno 1968, *Wemhoff c. Germania*

Corte Eur. Dir. Uomo, 1 luglio 1971, *Lawless c. Irlanda (no. 3)*

Corte Eur. Dir. Uomo, 4 ottobre 1979, *Schiesser c. Svizzera*

Corte Eur. Dir. Uomo, 23 ottobre 1979, *Winterwerp c. Paesi Bassi*

Corte Eur. Dir. Uomo, 5 novembre 1981, *X c. Regno Unito*

Corte Eur. Dir. Uomo, 28 maggio 1985, *Ashingdane c. Regno Unito*

Corte Eur. Dir. Uomo, 29 novembre 1988, *Brogan c. Regno Unito*

Corte Eur. Dir. Uomo, 6 dicembre 1988, *Barberà, Messegué, Jobardo c. Spagna*

Corte Eur. Dir. Uomo, 30 agosto 1990, *Fox e altri c. Regno Unito*

Corte Eur. Dir. Uomo, 12 dicembre 1991, *Clooth c. Belgio*

Corte Eur. Dir. Uomo, 12 dicembre 1991, *Toth c. Austria*

Corte Eur. Dir. Uomo, 24 settembre 1992, *Herczegfalvy c. Austria*

Corte Eur. Dir. Uomo, 29 ottobre 1994, *Murray c. Regno Unito*

Corte Eur. Dir. Uomo, 24 ottobre 1995, *Iribarne Pérez c. Francia*

Corte Eur. Dir. Uomo, 21 febbraio 1996, *Hussain c. Regno Unito*

Corte Eur. Dir. Uomo, 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*

Corte Eur. Dir. Uomo, 27 maggio 1997, *Eriksen c. Norvegia*

Corte Eur. Dir. Uomo, 25 maggio 1998, *Kurt c. Turchia*

- Corte Eur. Dir. Uomo, 30 luglio 1998, *Aerts c. Belgio*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 23 settembre 1998, *Steel e altri c. Regno Unito*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 4 aprile 2000, *Witold Litwa c. Polonia*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 13 febbraio 2001, *Garcia Alva c. Germania*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 5 febbraio 2002, *Conka c. Belgio*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 28 novembre 2002, *Lavents c. Lituania*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 9 gennaio 2003, *Kadem c. Malta*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 9 gennaio 2003, *Shishkov c. Bulgaria*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 6 febbraio 2003, *Zeynep Avci c. Turchia*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 20 febbraio 2003, *Hutchison Reid c. Regno Unito*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 20 gennaio 2004, *G. K. c. Polonia*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 8 aprile 2004, *Belchev c. Bulgaria*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 19 maggio 2004, *Gusinskiy c. Russia*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 8 febbraio 2005, *Bordovskiy c. Russia*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 30 marzo 2005, *Enhorn c. Svezia*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 30 giugno 2005, *Nakach c., Paesi Bassi*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 1 giugno 2006, *Fodale c. Italia*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 12 ottobre 2006, *Kaya c. Romania*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 29 gennaio 2008, *Saadi c. Regno Unito*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2009, *Giorgi Nikolaishvili c. Georgia*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 21 aprile 2009, *Stephens c. Malta*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 8 luglio 2009, *Mooren c. Germania*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 12 gennaio 2010, *Gillan and Quinton c. Regno Unito*
- Corte Eur. Dir. Uomo, 23 novembre 2010, *Moulin c. Francia*

Corte Eur. Dir. Uomo, 8 febbraio 2011, *Seferovic c. Italia*

Corte Eur. Dir. Uomo, 21 giugno 2011, *Shimovolos c. Russia*

THE HIGH COURT OF JUSTICE OF ENGLAND AND WALES

R vs Horseferry Road Magistrates' Court, ex parte Pearson [1976] 2 All ER 264

R vs Southampton Justices, ex parte Green [1976] QB 11

R vs Nottingham Justices, ex parte Davies [1981] 1 QB 38

R vs Blyth Juvenile Court, ex parte G [1991] Crim LR 693

R vs Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind [1991] 1 AC 696

R vs Dover & East Kent Justices, ex parte Dean [1992] Crim LR 33

R vs Paris, Abdullahi & Miller [1993] 97 CR App R 99

R vs Central Criminal Court, ex parte Guney [1996] AC 616

R (on the application of the Dpp) vs Richards [1998] QB 701

R (on the application of the Dpp) vs Havering Magistrates' Court [2001] 1 WLR 805

R vs Central Criminal Court, ex parte Malik [2006] A ALL ER 1141

R vs Commissioner of Police of the Metropolis, ex parte Torres [2007] EWHC 3212

R vs Leicester Crown Court, ex parte Gangar [2008] All ER (D) 112 (Oct)

R vs Greenwich Magistrates' Court, ex parte Thomas [2009] Crim LR 800

Richardson vs Chief Constable of the West Midlands [2011] EWHC 773 (QB)

THE COURT OF APPEAL OF ENGLAND AND WALES

Hayes vs Chief Constable of the Merseyside [2011] EWCA Civ 911

Williamson vs Chief Constable of the West Midlands [2003] EWCA Civ 337

THE HIGH COURT OF JUSTICE OF NORTHERN IRELAND

HA (a minor), Re Judicial Review [2014], NIQB 115

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

U.S. Supreme Court, United States, vs Motlow, 10 F.2d 657 (1926)

U.S. Supreme Court, Carlson vs Landon, 342 U.S. 524 (1952)

U.S. Supreme Court, Konigsberg vs State Bar of California, 366 U.S. 36 (1961)

COUR DE CASSATION FRANÇAISE

Cour de Cassation, 20 giugno 2000, *Bull. Crim.* n. 234