



FISIOGNOMICA E BIOGRAFIA

*L'applicazione delle misure cautelari: il ruolo della difesa*

MARIACHIARA ANTINORI

Avvocato in Bologna

Corresponding author e-mail: [ma@studioassociatomazzanti.it](mailto:ma@studioassociatomazzanti.it)

AVVERTENZA

La giustizia ha un volto? E quale storia personale esiste dietro chi commette un reato? E, ancora, come la giustizia interviene sulla biografia di un imputato? Come, in caso di perdita della libertà personale, la giustizia modifica la fisionomia del condannato? Nella sezione *Fisiognomica e biografia* sono state accolte le relazioni dei giuristi che nel 2022 hanno partecipato al convegno di Ventotene: non saggi referati, ma contributi importanti per la diffusione della cultura giuridica che introducono riflessioni necessarie sull'applicazione delle misure cautelari (Antinori), sulle funzioni della pena (Santinelli), sulle istanze difensive (Sgroi), sul garantismo processuale (Truppa). Con questa sezione, arricchita da una riflessione su Dante e la responsabilità etica della letteratura di fronte al male (Anselmi), ci auguriamo di contribuire alla comunicazione pubblica della giustizia e, per dirla con Camporesi, del governo del corpo, perché ogni scelta individuale, dal reato al giudizio alla punizione, interessa individui in carne e ossa, siano essi colpevoli o innocenti.

**1. Breve excursus critico: dal codice del 1988 alla riforma del 2015**

*1.1 Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1988*

**N**ella *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale* del 1988 si dava atto dell'importanza di avere dedicato (in discontinuità rispetto all'impostazione minimizzante del codice precedente) un intero libro (il IV) alle misure che possono essere disposte nel corso del processo penale in funzione delle diverse esigenze cautelari individuate, e con effetti chiaramente limitativi delle libertà o delle disponibilità dei beni da parte dell'imputato, e si sottolineava come «la gran parte dei problemi capitali di una 'illuminata' disciplina di tutela della libertà personale nel processo penale continuano ad essere pesantemente condizionati da fattori di contesto».

Tali fattori di contesto erano individuati nella incapacità della normativa processuale di assicurare «tempi ragionevoli» per l'intero iter che va dalla notizia di reato al giudicato nonché, soprattutto – per quanto di nostro interesse – nella propensione a un eccessivo ricorso alla custodia carceraria.



A tale ultimo fattore di contesto i compilatori del codice dell'88 tentarono di dare una risposta attraverso il potenziamento degli strumenti cautelari. Vennero, infatti, previste misure cautelari coercitive «sostitutive» della custodia in carcere. L'assetto normativo delle misure custodiali, per come delineato dal legislatore dell'88, mostrò tutti i suoi limiti appena qualche anno dopo.

### 1.2 Mani Pulite e la Riforma del 1995 (L.332/1995)

Con la stagione di 'mani pulite' la disciplina delle misure custodiali si mostrò inadeguata a fronteggiare prassi giudiziarie piuttosto disinvolute. Dall'arresto di Mario Chiesa, presidente del Pio Albergo Trivulzio, del 17 Febbraio del 1992, al 1994 le misure custodiali furono, in parte, richieste e disposte al fine di ottenere dichiarazioni etero accusatorie o auto accusatorie da parte dell'indagato. Senonché, il dramma che vive il legislatore delle cautele, sospeso tra richieste di punizione anticipata e istanze di garantismo, si manifesta, con vigore, con le riforme dei primi anni 2000.

La novella apportò una serie di modifiche alla disciplina codicistica che, tuttavia, non è possibile in questa sede approfondire (mi riferisco all'obbligo del pubblico ministero di presentare al giudice, investito della richiesta cautelare, anche gli elementi a discarico dell'indagato, all'obbligo di valutazione da parte del giudice oltre che degli elementi a carico anche, e soprattutto – aggiungerei - a favore, al divieto di custodia cautelare in ipotesi di concedibilità del beneficio della sospensione condizionale della pena, alla previsione per cui il ricorso alla più afflittiva tra le misure cautelari è ammesso solo laddove ogni altra misura risulti inadeguata, e per cui il *periculum libertatis* concernente l'inquinamento probatorio dovesse essere non solo concreto ma anche attuale).

Non può, invece, trascurarsi come il legislatore del 1995 sia stato il primo ad affermare, in un testo di legge, la neutralità degli effetti dell'esercizio del diritto al silenzio da parte dell'indagato. Si afferma, *apertis verbis*, che la custodia cautelare non può avere come finalità la confessione o la chiamata in correità. Che sia stato necessario farlo non è di certo un bene.

Al proposito, conviene ricordare quanto scrive Piero Calamandrei nell'*Inchiesta sulle carceri e sulla tortura* («Il Ponte», V, 3, 1949, pp. 228-236):

Nel discutere un disegno preliminare di costituzione federale europea, ci imbattemmo in un articolo, che nella sua semplicità era più terribile di qualsiasi invettiva: "è vietata la tortura".

Nel leggerlo, abbiamo provato un'impressione di terrore: in Europa, nel 1948, c'è dunque ancora bisogno di inserire nel progetto di una costituzione federale questa avvertenza?

Aggiunge, poi, che «le leggi nascono dal bisogno di evitare ciò che purtroppo accade».

La novella del 1995 è, dunque, nella sostanza, una riforma che tentò di contenere prassi



giudiziarie piuttosto disinvolve nel ricorrere alla custodia in carcere ed è un primo approdo del Legislatore in tema di tutela della libertà personale dell'indagato.

### *1.3 I cosiddetti pacchetti sicurezza dei primi anni 2000*

Senonché, il dramma che vive il legislatore delle cautele, sospeso tra richieste di punizione anticipata e istanze di garantismo, si manifesta, con vigore, con le riforme dei primi anni 2000.

Con i cosiddetti pacchetti sicurezza la prospettiva sembra in realtà assolutamente inversa rispetto al passato. Si passa, infatti, da una concezione della custodia in carcere come *extrema ratio* ad una sostanziale sfiducia da parte del Legislatore circa l'efficacia delle misure cautelari diverse dalla coercizione carceraria.

Dopo le riforme del 2000, il ricorso al provvedimento detentivo non viene più visto come un rimedio cui ricorrere in casi di estrema gravità ma quale ordinario provvedimento interinale. Insomma, il Legislatore dei primi anni 2000 introdusse una presunzione di idoneità della custodia in carcere.

### *1.4 La Legge 47/2015*

Con la novella del 2015, il Legislatore ha tentato, nuovamente, di rendere più stringenti i presupposti dei *pericula libertatis*, richiedendo, in relazione alle situazioni di cui alle lettere b e c (pericolo di fuga e di reiterazione) dell'art. 274 cod. proc. pen., che le esigenze fossero non solo concrete ma anche attuali.

Il legislatore del 2015 è, altresì, intervenuto sulla disposizione relativa alle presunzioni assolute e relative di pericolosità, ha introdotto il divieto di custodia in carcere qualora il giudice ritenga che all'esito del giudizio la pena detentiva irrogata non sia superiore ad anni tre.

Sempre nell'ottica di ridurre il ricorso alla detenzione inframuraria, il Legislatore del 2015 ha positivizzato la possibilità di applicare, cumulativamente, misure coercitive e interdittive.

## **2. Dati e statistiche. Dal Rapporto Space 2021 del Consiglio d'Europa alla relazione al Parlamento ai sensi dell'art. 30 L. 47/2015: un'immagine del nostro Paese non proprio rassicurante.**

### *2.1 Il rapporto Space 2021: il confronto europeo (numeri ed incidenza del titolo di reato)*

Secondo il dato più aggiornato (30 aprile 2022 – fonte Ministero della Giustizia) su circa 55.000 detenuti più di 15.000 sono in attesa di giudizio o condannati non definitivi. Insomma, circa il 30% della popolazione detenuta soffre la più intrusiva delle limitazioni della libertà personale sotto il cappello della presunzione di innocenza.

Non solo. È di recente pubblicazione (5 aprile 2022) l'ultimo rapporto *Space* del Consiglio



d'Europa, in collaborazione con l'Università di Losanna, contenente le statistiche annuali sull'utilizzo del carcere (sia *pre trial* che *post trial*) nei Paesi del Consiglio d'Europa.

L'Italia continua a collocarsi ai primi posti per l'utilizzo della custodia carceraria. La percentuale italiana è superiore di circa dieci punti rispetto alla media dei paesi del Consiglio d'Europa (21%) e, soprattutto, di gran lunga superiore alle percentuali che registrano Paesi simili (per popolazione e cultura giuridica) quali la Germania, la Spagna e l'Inghilterra. La Germania ha circa il 20% dei detenuti in custodia cautelare, la Spagna ha numeri che oscillano tra il 15% e il 18%, l'Inghilterra si attesta intorno al 15%.

Dal rapporto *Space* del 2021 e, dunque, dal confronto internazionale, emerge un ulteriore dato significativo riguardante l'incidenza del titolo di reato sulle condanne definitive alla reclusione. Nel nostro Paese più del 30% dei detenuti definitivi è in carcere per reati in materia di stupefacenti. Per reati economico-finanziari solo lo 0,9%. Con reati economico-finanziari si intendono non gli'ordinari' reati contro il patrimonio (furti, rapine e truffe) bensì i reati dei cosiddetti colletti bianchi (banconote, reati contro l'economia pubblica, reati finanziari, reati tributari, i cosiddetti reati ostacolo).

La Germania ha un'incidenza dei reati finanziari, sul totale della popolazione detenuta, pari a circa il 10% - mentre i detenuti per reati legati agli stupefacenti sono circa il 13%. La Francia ha un'incidenza dei reati finanziari sul totale della popolazione detenuta pari a circa il 7% e un'incidenza dei reati legati agli stupefacenti sul totale della popolazione detenuta di circa il 16%.

Il dato richiede una brevissima riflessione: la limitazione più evidente della libertà personale riguarda perlopiù soggetti vulnerabili ed emarginati e, dunque, privi di risorse economiche per una adeguata difesa tecnica. In verità, negli ultimi anni, anche nel nostro Paese, si può registrare una più frequente applicazione delle misure cautelari personali (oltreché, naturalmente, di misure cautelari reali) con riferimento ai cosiddetti *white collar crimes*. Tuttavia, secondo me, la ragione di tale incremento non risiede in una maggiore consapevolezza sociale del disvalore dei reati finanziari quanto, piuttosto, in un (dichiarato) intento di 'monetizzazione della responsabilità penale'. Anche in questi casi la misura restrittiva è utilizzata in maniera eccentrica rispetto alle finalità codicistiche, questa volta, però, non allo scopo di estorcere collaborazione da parte dell'indagato, ma al fine di 'sollecitare' la restituzione del maltolto all'Erario. Pagato l'Erario, la misura cautelare è revocata o attenuata.

## *2.2 La Relazione al Parlamento (ex art. 30 della legge 47 del 2015)*

La relazione contiene numerosissimi dati e numerosissime statistiche interessanti. I dati assoluti relativi alle misure cautelari personali sono sicuramente, di per sé, allarmanti. Nel corso del solo 2021 sono state emesse circa 25.000 ordinanze cautelari di custodia in carcere e circa 20.000 che disponevano gli arresti domiciliari, con o senza braccialetto. Il dato è



in diminuzione rispetto al biennio precedente (2019-2018), ma, come opportunamente sottolineato nella Relazione medesima, la contrazione è probabilmente dovuta alla pandemia in atto; con la conseguenza che, trattandosi 'di fattore di contesto', è ragionevole ritenere che nei prossimi anni si potrà assistere ad un ulteriore incremento. Certo, rispetto agli anni precedenti la tendenza è sicuramente cambiata (ricordo, infatti, il dato drammatico del 2008: in quell'anno circa il 54% della popolazione detenuta in Italia era in custodia cautelare).

Oltre al dato assoluto relativo all'utilizzo della carcerazione preventiva, vi è una statistica che ha suscitato in me alcuni interrogativi, riguardanti perlopiù il ruolo del difensore nella fase cautelare. Dalla Relazione emerge, con chiarezza, come il giudice dibattimentale utilizzi le misure cautelari personali dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria e del divieto di dimora in modo notevolmente più frequente rispetto al GIP, mentre l'inverso avviene per la misura della custodia in carcere. Il GIP, infatti, utilizza la misura carceraria con frequenza quasi doppia rispetto al giudice dibattimentale. Ora, verrebbe da dire, che le situazioni nelle quali il giudice del dibattimento è più frequentemente richiesto di emettere misure cautelari, queste si collochino nell'ambito del giudizio direttissimo (rito speciale che può seguire l'arresto in flagranza di reato). Il dato è assolutamente significativo. La ragione per la quale il giudice del dibattimento (*rectius*: il giudice del rito direttissimo) emette misure cautelari meno afflittive nei confronti dell'imputato rispetto al GIP è, probabilmente, da rintracciare nel fatto che la decisione non è assunta *inaudita altera parte*, ma nel contraddittorio con il difensore.

L'apporto del difensore, al contrario praticamente assente nella fase genetica delle misure cautelari disposte nel corso delle Indagini Preliminari, consente, evidentemente, al giudicante di valutare non solo la posizione della Pubblica Accusa, ma anche quella dell'imputato; ciò porta, a livello statistico, ad un'applicazione più frequente di misure meno afflittive della limitazione massima della libertà personale.

La difesa nel rito direttissimo ha, infatti, come focus l'uomo. Sempre le stesse le informazioni richieste all'assistito prima della celebrazione dell'udienza del rito direttissimo (lavoro? casa? famiglia? rete familiare e sociale di supporto? domicilio idoneo?) e poi portate all'attenzione del giudicante. È come se, avvicinando l'uomo al Giudice, il ventaglio delle misure cautelari (cui facevano cenno i compilatori del Codice dell'88 quale rimedio all'utilizzo eccessivo della carcerazione) si aprisse e dispiegasse la propria efficacia. Ecco che, allora, l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria e il divieto di dimora si possono dimostrare misure assolutamente idonee e adeguate a soddisfare i *pericula liberatis* ed il carcere torna ad essere *l'extrema ratio*, da applicarsi nei casi massima gravità.



### 3. Conclusioni

La custodia in carcere, nel nostro Paese, pare ancora rispondere ad esigenze ulteriori e diverse rispetto a quelle positivizzate ed è, a tutt'oggi, utilizzata per ottenere dichiarazioni confessorie, chiamate in correità o ristori erariali. Ed è anche vero che la custodia in carcere assume, talvolta, i connotati di una vera e propria tortura. Torna utile, allora, rileggere il capitolo relativo alla tortura del trattato di Cesare Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, 1764, capitolo X). Il filosofo illuminista specifica infatti che torturare qualcuno per scoprire se questi è reo del delitto del quale è accusato o reo di altri delitti diversi da quello di cui è accusato significa comunicare il seguente messaggio: le leggi ti tormentano perché sei reo, perché puoi essere reo, perché vogliono che tu sia reo.