

proficuo confronto anche in relazione all'efficacia di certe scelte legislative, ci si è principalmente affidati ai dati raccolti ed elaborati, nel corso del tempo, da noti gruppi di ricerca e da istituzioni, pubbliche e non. Sulla base delle ricerche che, a cadenza pressoché ventennale a cominciare dagli anni Settanta del secolo scorso, si sono misurate con il fenomeno della *pre-trial detention* in un consistente numero di Paesi (in media una ventina), è possibile contestualizzare l'esperienza italiana e iniziare ad interrogarsi sulle eventuali correlazioni tra una certa disciplina e determinati effetti.

Per rispondere almeno in parte alla domanda se e in qual modo nel nostro Paese sia possibile, legislativamente, diminuire il ricorso ai provvedimenti cautelari *ad personam*, si introdurranno per prime le fonti di riferimento, con specifico riguardo agli ordinamenti presi in considerazione (*infra*, § 2). Dopo aver opportunamente definito l'ambito del *pre-trial detention* ed essersi soffermati su alcuni dati aggregati circa la composizione della popolazione carceraria (*infra*, § 3), si rappresenteranno i presupposti (relativamente omogenei) per la legittima limitazione della libertà *ante iudicium* (*infra*, §§ 4, 4.1, 4.2). In fine, ci si concentrerà su alcuni dei ricorrenti abusi nell'applicazione dei provvedimenti cautelari e sulle eventuali connessioni tra un determinato fenomeno e la sua regolamentazione (*infra*, § 5).

2. Quattro sono gli studi di riferimento.

Il primo, a cura di Hans-Heinrich Jescheck e di Justus Krümpelman è del 1971 ⁽¹⁾, nell'ambito dell'allora ancora giovane *Max Planck Institut für das ausländisches und internationales Strafrecht* di Freiburg im Breisgau e analizza i sistemi di quindici paesi.

Gli ordinamenti studiati, scelti anche in relazione alle disponibilità dei relativi studiosi locali, sono volti a rappresentare le

(¹) H. JESCHECK U. J. KRÜMPELMANN (Hrs.) Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht, L. Ruhrscheid V., Bonn 1971.

diverse “famiglie”, nelle quali allora si usava raggruppare gli ordinamenti accomunati da una medesima tradizione giuridica. Accanto alle legislazioni di area tedesca (Austria, Repubblica Federale di Germania, Svizzera) compaiono quelle di ambito in senso lato romanistico (Belgio, Francia, Italia, Olanda, Spagna) e quelle anglosassoni (Inghilterra e Galles). Cecoslovacchia, Jugoslavia, Repubblica Democratica Tedesca, Unione sovietica e Ungheria rappresentano i sistemi socialisti mentre l'ordinamento svedese assicura la presenza della esperienza di almeno un Paese scandinavo (2).

La ricerca, come si legge nell'Introduzione (*Vorwort*) di Jescheck, è sollecitata dalle profonde riforme che negli anni Sessanta erano intervenute in molti degli Stati considerati, a tutela dei diritti dell'indagato raggiunto da un provvedimento limitativo della libertà personale *ante iudicium* (3). Le specificità dei singoli sistemi giuridici, affidati a esperti nazionali, sono approfondite secondo una comune griglia di lavoro che, dopo le più opportune informazioni di carattere generale, interessa presupposti formali (ad es. competenza o forma) e sostanziali (gravi indizi — *dringenden Tatverdacht*, esigenze cautelari *Haftgründe*; principio di proporzionalità *Verhältnismäßigkeit*), esecuzione, durata e impugnazioni della “carcerazione preventiva” (*Untersuchungshaft*) nonché misure alternative (*Surrogate*) e/o limitative della libertà personale, problematiche costituzionali, imputazione o meno del pre-sofferto, riparazione per ingiusta detenzione, e prospettive di riforma (4).

L'approccio, come si avrà modo di osservare ancora richia-

(2) H. JESCHECK, *Vorwort*, in *Die Untersuchungshaft im deutschen*, cit., pp. 7 ss.

(3) H. JESCHECK, *Vorwort*, in *Die Untersuchungshaft im deutschen*, cit., p. 5 ove il noto comparatista dopo aver ricordato la *Strafprozeßänderungsgesetz* del 1964, richiama le (analoghe) riforme inglesi e jugoslave del 1967, quella cecoslovacca del 1969, le novelle italiane e francesi del 1970, le numerose novità introdotte nei medesimi anni nei cantoni svizzeri nonché le discussioni in corso, tutte volte a rafforzare la tutela dell'indagato *in vinculis*, nei Parlamenti belgi, austriaci e olandesi.

(4) H. JESCHECK, *Vorwort*, in *Die Untersuchungshaft im deutschen*, cit., pp. 6 ss.

↓ -

↓ j

T_a I_o T_e

mando le conclusioni dello studioso tedesco, risente dello specifico momento storico, caratterizzato dalla crescente attenzione verso i diritti della persona, e ~~effettiva~~ la libertà personale nel processo in particolare.

H ai H d alla

Nel 1994, oltre vent'anni dopo, nell'ambito del medesimo istituto di ricerca, intervengono Dünkel e Vagg con uno studio sulla custodia cautelare che si estende a trenta Stati ⁽⁵⁾, con un taglio non solo normativo ma specificamente attento alle modalità ed alla effettività dell'attuazione concreta delle garanzie, secondo ~~una~~ prospettivi ~~la~~ criminologica e sociologica ⁽⁶⁾.

H ⊗ l e

Agli ordinamenti della prima ricerca, pure modificati dopo la caduta del muro (la Germania è ormai uno stato unico, all'Unione Sovietica si è sostituita la Russia) si aggiungono alcuni Stati dell'America centrale e meridionale, la Danimarca, Hong Kong, l'India, la Polonia, la Repubblica popolare cinese, il Sud Africa e la Turchia. Il mondo anglosassone si arricchisce altresì della Scozia e degli Stati Uniti d'America. Non sono invece oggetto di esame gli ordinamenti dell'Italia e della Jugoslavia.

↓ ,

Anche l'articolazione dei contributi dei singoli studiosi nazionali è maggiormente modulata, pure con un più frequente ricorso ai dati statistici volti a rappresentare una realtà estremamente multiforme. Si spazia dai principi che informano la disciplina della carcerazione preventiva sino alle percentuali in ordine alla presenza di "detenuti in attesa di giudizio ⁽⁷⁾". Sono trattati sia la disciplina dell'arresto ad opera della polizia (pre-

Tutto
C. vo
tranne
Freib. ...

(5) E. DÜNKEL U. J. VAGG (Hrs), *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug, International vergleichende Perspektiven zur Untersuchungshaft sowie zu den rechten und Lebensbedingungen von Untersuchungsgefangenen, Waiting for trial, International Perspectives on the Use of Pre-Trial Detention and the Rights and Living Conditions of Prisoners Waiting for Trial*, Freiburg im. Br. 1994.

I ⊗
V ⊗

(6) Cfr. a questo proposito le conclusioni redatte da F. DÜNKEL e J. VAGG, *Zusammenfassung und Schlussfolgerung*, in *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug*, cit., pp. 869 ss.

(7) Cfr. F. DÜNKEL, *Deutschland/Germany* in *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug*, cit. nella relazione sulla Germania (dopo la riunificazione), pp. 131 ss. (cit. dal testo redatto in tedesco)

↓ u

supposti, garanzie, condizioni dello stato detentivo e gruppi sociali) sia la carcerazione preventiva (presupposti, durata e prassi anche con riferimento ai gruppi sociali coinvolti). E pre-stata attenzione agli effetti della condizione di detenuto in attesa di giudizio rispetto alle successive decisioni di merito ⁽⁸⁾, ai diritti del detenuti in carcere, alle misure alternative ⁽⁹⁾ (tra le quali si riconduce l' istituto del *bail* ⁽¹⁰⁾) nonché alla situazione di quelle che con terminologia attuale potrebbero essere definite le persone appartenenti alla categoria dei soggetti "vulnerabili" (minori, donne, tossici, e malati mentali..) ⁽¹¹⁾. La ricerca approfondisce, infine, le limitazioni della libertà personale che prescindono dal processo penale (misure di prevenzione di carattere amministrativo) ⁽¹²⁾, e si chiude sulle prospettive di riforma ⁽¹³⁾.

Nel 2007 l'Università di Tillburg vince un bando della Commissione Europea ⁽¹⁴⁾ e, con l'Università di Greifswald disamina il problema della *pre-trial detention* in tutti Paesi Membri dell'Unione. Lo studio, che si avvale di esperti nazionali con i quali vengono discusse le relative relazioni dei singoli sistemi, anche sulla base di dati statistici raccolti presso istituzioni governative

⁽⁸⁾ Cfr. a questo proposito le conclusioni redatte da F.DÜNKELE e J. VAGG, *Zusammenfassung und Schlussfolgerung*, in *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug*, cit., p. 884 ss.

⁽⁹⁾ Cfr. F.DÜNKELE e J. VAGG, *Zusammenfassung und Schlussfolgerung*, cit., p. 889 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. F.DÜNKELE e J. VAGG, *Zusammenfassung und Schlussfolgerung*, cit., p. 890 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. F.DÜNKELE e J. VAGG, *Zusammenfassung und Schlussfolgerung*, cit., p. 894 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. F.DÜNKELE e J. VAGG, *Zusammenfassung und Schlussfolgerung*, cit., p. 899 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. F.DÜNKELE e J. VAGG, *Zusammenfassung und Schlussfolgerung*, cit., p. 903 ss.

⁽¹⁴⁾ *An analysis of minimum standard in pre-trial detention and the grounds for regular review in the Member States of the UE* (JLS/D3/2007/01) University of Tilburg and University of Greifswald 2009.

e non, viene presentato al Parlamento europeo nel febbraio del 2009. I relativi risultati sono pubblicati proprio nel 2009 ⁽¹⁵⁾.

Quindici anni dopo le indagini del *Max Planck Institut*, il progetto fotografa plasticamente lo stato dell'arte degli ordinamenti dell'Unione, approfondendo sia le normative sia i dati che emergono dalla prassi. Ogni Paese si presenta con una introduzione di sistema e una ampia raccolta di informazioni circa la consistenza e la natura della popolazione carceraria. Solo all'esito della lettura di questi dati è discussa base giuridica e nozione di custodia preventiva: oggetto, principi e competenza; diritti delle persone private cautelarmente della libertà personale; presupposti controlli e durata. In fine si possono leggere anche specifiche considerazioni sul calcolo del pre-sofferto, sulle eventuali misure alternative e riparazioni per detenzioni illegittime e sulla fase esecutiva. Ampio spazio è dedicato anche al trattamento riservato ai soggetti più esposti (minori, donne, stranieri) e a coloro che sono raggiunti da indizi circa un'attività terroristica.

Lo studio più recente ⁽¹⁶⁾, del 2012, infine, ha ambizioni estese a tutto il globo: le analisi toccano gli istituti della *pre-trial*

(15) A.M. VAN KALMTHOUT, M.M. KNAPEN, C MORGESTERN (EDS.), Z. BAHTIYAR, P.S.LAMBERTINA, W.A.M. VAN DER LINDEJ, M.ROZEL, *Pre-trial Detention in the European Union, An analysis of minimum standard in pre-trial detention and the grounds for regular review in the Member States of the UE*, Wolf Legal Publishers (WPL), The Netherlands, 2009, p. 31. Gli atti, benché indicati come bozza, possono essere letti in uno stato pressoché definitivo anche on line all'indirizzo http://www.ecba.org/content/index.php?option=com_content&view=article&id=415:upcoming-edinburgh-scotland-spring-conference-sp-58099165&catid=74:defence-rights-during-the-pretrial-criminal-proces&Itemid=24.

Come specificato nel *Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione*, Bruxelles, 14 giugno 2011 COM(2011) 327 definitivo, p. 18 "Si tratta di una indagine empirica a livello dell'UE basata su questionari sulle condizioni di detenzione in tutti gli Stati membri. In esso vengono esaminate le condizioni, la durata dei periodi di detenzione, le disposizioni relative alla scarcerazione anticipata, alla salute dei detenuti, al mantenimento dell'ordine (osservanza delle norme internazionali) e ispezione e monitoraggio, e contiene una sezione speciale sui giovani".

(16) P.H. VAN KEMPEN (Eds), *Pre-trial Detention, Human rights, criminal procedural law and penitentiary law, comparative law; Détention avant jugement, Droits de*

detention di Argentina, Giappone, Irlanda, Nuova Zelanda, Norvegia, Portogallo e Taiwan; rispetto al lavoro del 1994 mancano l'Austria, la Repubblica Ceca, la Francia, l'India, Hong Kong, la Russia la Scozia, la Svezia, la Svizzera e l'Ungheria mentre sono presenti l'Italia, il Belgio, la Danimarca, l'Inghilterra, il Galles, la Germania, la Grecia, l'Olanda e la Polonia, la Repubblica popolare cinese, la Spagna, gli Stati Uniti d'America, il Sud Africa e la Turchia.

Il libro è il frutto di un seminario tenuto in Sud Africa, organizzato dall'IPPF (*International Penal and Penitentiary Foundation*) (17), diversamente dagli altri tre volumi (il primo in tedesco, il secondo in tedesco e in inglese; il terzo solo in inglese) è redatto in inglese e francese e si caratterizza per rimarcare molto più dei precedenti studi l'inserimento delle singole discipline nazionali nel contesto dei diritti fondamentali (internazionali e nazionali) in tema di privazione della libertà personale (18).

Gli argomenti sono tanti, e tutti di particolare interesse. La datazione delle ricerche dà ovviamente conto dello "stato dell'arte" in quel momento.

Il lavoro finanziato dalla Commissione europea offre il più preciso quadro della situazione vigente, almeno sino al 2009. È sulla base di questi dati che si rappresenteranno le caratteristiche peculiari della privazione della libertà nei sistemi di diritto continentale, riconducendo a tale categoria tutti gli ordinamenti diversi da quelli anglosassoni.

Il commento a tali dati, che il lavoro delle Università di Tillburg e Greifswald si limitano a rappresentare, sarà però

l'homme, droit de la procédure pénale et droit pénitentiaire, droit comparé, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012.

(17) Cfr. C. CILLIERS (professeur en péologie, Université d'Afrique du Syd), *Préface*, in P.H. VAN KEMPEN (Eds), *Pre-trial Detention*, cit., xii.

(18) Cfr. P.H. VAN KEMPEN, *Pre-trial detention in national and international law and practice: a comparative synthesis and analyses*, *La détention avant jugement dans le droit national et international et la pratique: synthèse et analyses comparatives*, in P.H. VAN KEMPEN (Eds), *Pre-trial Detention, Human rights*, cit., rispettivamente pp. 35 e 47 ss..

affidato alle conclusioni che i curatori delle altre ricerche hanno dato sulla base delle rispettive risultanze, in una prospettiva diacronica.

Se è vero, infatti, che “*un significativo miglioramento della disciplina della limitazione della libertà personale ante iudicium può essere realizzato solo di fronte ad un contenimento o ad una riduzione del numero dei detenuti in attesa di giudizio*” (19), solo la riflessione sulle necessarie o eventuali correlazioni tra il fenomeno nel suo complesso e le disposizioni di volta in volta vigenti può suggerire alcune soluzioni.

3. Secondo quanto pubblicato dall'*International Centre for Prison Studies World Pre-trial / Remand Imprisonment List (Pre-trial detainees and other remand prisoners in all five continents)* nella nona edizione del *World Prison Population List (WPPL)* (20), a metà del 2010, considerata la popolazione mondiale come stimata dalla Nazioni Unite in ca. 6,9 miliardi, e la popolazione carceraria globale di ca. 10 milioni, la media della

(19) Così in tedesco („wesentliche qualitative Verbesserungen der Situation in Untersuchungshaftvollzug werden sich [...] nur über eine quantitative Begrenzung bzw. Reduzierung des betroffenen Personenkreis realisieren lassen“) e in inglese (« Significant qualitative improvements in detention conditions will [...] only be realized when there is a limitation or reduction in the number of persons incarcerated ») F. DUNKEL, *Deutschland/Germany*, in F. DUNKEL U. J. VAGG (Hrsg.), *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug, International vergleichende Perspektiven zur Untersuchungshaft sowie zu den rechten und Lebensbedingungen von Untersuchungsgefangenen, Waiting for trial, International Perspectives on the Use of Pre-Trial Detention and the Rights and Living Conditions of Prisoners Waiting for Trial*, Freiburg im. Br. 1994, rispettivamente p. 115 (per il tedesco) e p. 177 (per l'inglese).

(20) La nona edizione della pubblicazione risale all'8 marzo 2012, ed è liberamente disponibile all'indirizzo http://www.prisonstudies.org/research-publications?shs_term_node_tid_depth=27. Come avvisa il curatore « This ninth edition of the *World Prison Population List* gives details of the number of prisoners held in 218 independent countries and dependent territories. It shows the differences in the level of imprisonment across the world and makes possible an estimate of the world prison population total. The information is the latest available in early May 2011 ».

Alla data della redazione del presente articolo al medesimo indirizzo è disponibile anche la decima edizione del bollettino che, essendo stata pubblicata on-line successivamente alla data del convegno (il 21 novembre 2013), non è stata presa in considerazione.

CVO

op. cit.

(sottolineare indirizzi web)

popolazione carceraria mondiale era di 146 per 100.000 abitanti (156 per 100.000 se si considera con precisione la popolazione carceraria in 10, 75 milioni). In Europa, per i Paesi occidentali, è di 96; se si considerano anche i Paesi compresi tra Europa ed Asia (ovvero Russia e Turchia) la media sale a 228 ogni 100.000 abitanti ⁽²¹⁾. In queste statistiche l'Italia ha un indice di popolazione carceraria ogni 100.000 abitanti di 111, la Germania di 85, l'Inghilterra e il Galles di 153, la Spagna di 159 ⁽²²⁾.

Le cifre confermano il quadro tracciato del Consiglio d'Europa, nell'ambito dei dati elaborati dallo SPACE I (*Annual Penal Statistics of the Council of Europe*) qualche anno prima, e appaiono in relativo ma progressivo aumento (il nostro Paese in questa tabella del 2008 ha una percentuale di popolazione carceraria rispetto alla totalità delle popolazioni ancora sotto il 100):

↓ -σ (minuscob)

⁽²¹⁾ WPPL, cit., IX ed. p. 1.

⁽²²⁾ WPPL, cit. dalla tabella dedicata all'Europa.

Detenuti presenti per posizione giuridica
Situazione al 31 luglio 2013

	In attesa di primo giudizio	Condannati non definitivi				Condannati definitivi	Internati	Da impostare (**)	Totale
		Appellanti	Ricorrenti	Misto (*)	Totale... condannati non definitivi				
Totale detenuti Italiani + Stranieri	11.280	6.182	4.546	1.641	12.369	39.974	1.191	59	64.873

Totale detenuti Stranieri	4.406	2.772	2.058	303	5.133	13.031	152	22	22.744
---------------------------	-------	-------	-------	-----	-------	--------	-----	----	--------

(*) Nella categoria "misto" confluiscono i detenuti imputati con a carico più fatti, ciascuno dei quali con il relativo stato giuridico, purché senza nessuna condanna definitiva.

(**) La categoria "da impostare" si riferisce ad una situazione transitoria. È infatti relativa a quei soggetti per i quali è momentaneamente impossibile inserire nell'archivio informatico lo stato giuridico, in quanto non sono ancora disponibili tutti gli atti ufficiali necessari.

Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato statistica ed automazione di supporto dipartimentale - Sezione Statistica

(23)

In comparazione ai dati disponibili per gli altri Paesi dell'Unione, la situazione italiana è sicuramente la più critica.

Sono eloquenti a questo proposito i risultati della ricerca dell'Università di Tillburg:

(23) Dal sito del Ministero della Giustizia, consultato il 10 settembre 2013.

La suddivisione ricompono in un quadro unitario le diffuse difficoltà, ovviamente concettuali prima ancora che terminologiche, che il ricercatore incontra nell'analizzare l'istituto della carcerazione preventiva negli ordinamenti europei: definito da alcuni *pre-trial detention* allorché si voglia indicare, in senso stretto, la custodia cautelare disposta anteriormente all'inizio del processo; chiamata da altri e più spesso "*remand in custody*" allorché ci si voglia riferire, nell'ottica dello studioso italiano più propriamente, a ogni limitazione della libertà personale prima di una sentenza definitiva (27). L'armonizzazione della disciplina a livello di Unione Europea, necessiterebbe, preliminarmente, una "armonizzazione" che definisca nozione e scopo del tema (28).

(27) Come osservano gli autori nella ricerca (*An analysis of minimum standard in pre-trial detention and the grounds for regular review in the Member States of the UE*, cit., p. 68), infatti "There is a terminology problem when analysing relevant information. Some sources use the terms "pre-trial detention" in a narrow sense, while other do not. Moreover, the term "remand in custody" is often used to refer to detention at both the pre-trial and the trial stages. Mutual understanding in general, but certainly with regard to this issue, could be enhanced by making legislation available in more language (eg. English, French Spanish etc). This would also stimulate the debate on terminology, as it would force us to think about how to best describe certain legal instruments such as pre-trial detention, remand in custody etc."

Già prima gli autori avevano chiarito (p. 49) sempre a proposito delle difficoltà linguistiche nell'individuazione di categorie univoche con riferimento allo stesso oggetto dell'indagine: « in order to analyse and compare the development of the pre-trial prison population in the different Member States of European Union, one should clarify the scope and the notion of the research subject, namely "pre-trial detention". In addition, it should be noted that the term "pre-trial detention" is not commonly used among Member States. Instead, many national sources of law (e.g. Constitution, Code of Criminal Procedure and other relevant criminal legislation) often use the term "remand in custody" or "preventive detention" as an equivalent of pre-trial detention. "Remand in custody" is also commonly used in the legal tools of the Council of Europe dealing with this topic, for instance: Recommendation Rec(2006)(13) of the Committee of Minister to Member States on the use of the remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse, and Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Minister to Member States on the European Prison Rules ».

(28) Cfr. icasticamente, *Analysis of minimum standard in pre-trial detention* cit. p. 51 « Because of the different terms used by the parties concerned, as well as the contradictory interpretations given to these terms, it is very difficult to establish one common definition of pre-trial detention in Europe. To be able to harmonize the legal rules

↓ A

↓ A

	suspected	in Sec. 1 par. 1, 3 and 4, or Sec. 2 are otherwise satisfied, and 2) it is of extraordinary importance that he be detained pending further investigation of the offence.
United Kingdom	Substantial grounds	No threshold has to be taken into account.

(31)

Il grado di “*suspicion*” richiesto è diverso.

Alcuni Stati usano il termine “*reasonable suspicion*” (ad es. Cipro e Malta), altri formulano un concetto analogo in modo differente: Belgio, Francia, Grecia e Italia parlano di “*serious indications of guilt*”, la Repubblica Ceca di “*obvious grounds*”; Austria e Germania rendono *dringender Tadverdacht* con la locuzione inglese “*exigent suspicion*”; la Finlandia ricorre al termine *probable*, la Polonia all’espressione “*high probability*”, l’Olanda a “*grave presumptions*”, mentre la Romania richiede “*evidence or reasonable indications*”, la Spagna “*serious reasons*” e il Regno Unito “*substantial grounds*”. Danimarca e Svezia si distinguono per prevedere due diversi gradi di reità, a seconda della gravità del reato ipotizzato; rispettivamente *reasonable suspicion* e *particular strong suspicion* in Danimarca; *probable cause* e *reasonably suspected* in Svezia (32).

La comparazione sulla base della terminologia inglese, come lingua franca di per sé necessariamente approssimativa (33), non consente un confronto particolarmente preciso. Tuttavia, la comparazione è indicativa della necessità che la privazione della libertà anteriormente ad una sentenza di condanna irrevocabile in tutti i Paesi dell’Unione sia disposta esclusivamente in base ad un certo grado di prognosi sulla colpevolezza dell’indagato.

(31) *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., pp. 56-59.

(32) Cfr. *Analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., p. 59.

(33) *An analysis of minimum standard in pre-trial detention and the grounds for regular review in the Member States of the UE*, cit., p. 68. Per una prima bibliografia sui limiti dell’uso dell’inglese come « lingua franca » nell’ambito del diritto processuale penale cfr. la recensione di MARABINI, *Traduzione e processo penale: una (breve) recensione a tre voci*, in *Cass. Pen.* 2014, § 115, pp. 367 ss.

↓ 32

↓ 33
↓ A.

maiusoletto

rimento al pericolo di fuga, al pericolo di inquinamento della prova, al pericolo di reiterazione del reato ed a quello relativo ad esigenze di ordine pubblico (“*risk of absconding, risk of interference with the course of justice, risk of reoffending, risk of posing a serious threat to public order*” (38), la situazione negli Stati membri è fotografata dalla seguente tabella.

General legal grounds for pre-trial detention

	AT	BE	BG	CYP	CZ	DK	EE	FI	FR	DE	GR	HU	IE	IT	LV	LT	LU	MT	NL	PL	PT	RO	SK	SL	ES	SE	UK
(Risk of absconding)	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Risk of interference with the course of justice, including the risk of collusion/obscuring evidence	X	X		X	X	X		X	X	X					X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Risk of reoffending (crime of certain gravity)	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Risk of posing a serious threat to public order									X										X	X	X						
Gravity of the offence	X					X				X					X	X											
Severity of the possible penalty																			X								
Others			X			X					X											X					

AT = Austria; BE = Belgium; BG = Bulgaria; CYP = Cyprus; CZ = the Czech Republic; DK = Denmark; EE = Estonia; FI = Finland; FR = France; DE = Germany; GR = Greece; HU = Hungary; IE = Ireland; IT = Italy; LV = Latvia; LT = Lithuania; LU = Luxembourg; MT = Malta; NL = the Netherlands; PL = Poland; PT = Portugal; RO = Romania; SK = Slovakia; SL = Slovenia; ES = Spain; SE = Sweden; UK = United Kingdom

(39)

Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la *pre-trial detention* dovrebbe essere utilizzata solo quando strettamente necessaria e quale *extrema ratio*. Come osservano gli estensori della ricerca, tuttavia, “*all of the EU Member States possess alternatives to pre-trial detention, but only some (e.g. Czech Republic, Greece and Latvia) have explicitly prescribed in law that the starting point should be that the pre-trial detention is only considered of its purposes cannot be achieved by other, less severe measures*” (40).

Delle quattro esigenze cautelari identificate, le “dominanti”

(38) *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., p. 62.

(39) *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., p. 61.

(40) *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., p. 62.

(*most dominant* ⁽⁴¹⁾) sono quelle relative al rischio di fuga e alla reiterazione del reato. J)

Con riferimento a quest'ultima alcuni Stati prendono in considerazione anche la gravità del reato che potrebbe essere commesso come accade negli ordinamenti tedeschi e francesi che hanno incluso nella loro legislazione una esplicita e tassativa lista dei reati più gravi ⁽⁴²⁾.

Il pericolo di inquinamento probatorio è previsto da un gran numero di ordinamenti (es. Cipro, Danimarca, Finlandia, Ungheria, Italia, Portogallo Spagna e Svezia) ⁽⁴³⁾ e si estende, "*inter alia*, [al] *tipping off other persons who might also be under investigation, colluding with other persons involved in the case over a response to the proceedings, and destroying documents and other material form of evidence* ⁽⁴⁴⁾. J "

4.2. Nel rispetto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, come è noto volta ad assicurare il controllo entro un tempo ragionevole della legittimità della sussistenza dei presupposti per la custodia cautelare, tutti gli Stati membri prevedono forme di controllo, diversamente articolate a seconda che si tratti di verifiche d'ufficio, su iniziativa degli interessati o delle autorità investigative ⁽⁴⁵⁾.

Quanto sintetizzato nella seguente tabella non tiene conto delle ulteriori differenze che ciascun ordinamento conosce con riferimento a quando e come (soprattutto da chi) sia proponibile un controllo giurisdizionale ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴¹⁾ *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., p. 62.

⁽⁴²⁾ *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., p. 62.

⁽⁴³⁾ *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., p. 62.

⁽⁴⁴⁾ *An analysis of minimum standard in pre-trial detention* cit. p. 62 che più oltre precisa: *There are countries where the two last mentioned aspects of the « risk of collusion/obscuring evidence » are used as a ground in itself. As « the ground of interference with the course of Justice » also includes these aspects, they have been combined in the table ».*

⁽⁴⁵⁾ Cfr. *An analysis of minimum standard in pre-trial detention* cit. p. 65.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. *An analysis of minimum standard in pre-trial detention* cit. p. 68.

Alcuni Paesi hanno dei giudici dedicati a questa funzione; altri prevedono controlli d'ufficio i cui termini sono diversi a seconda della gravità del reato (è il caso, ad esempio, di molti paesi di area germanica, quali l'Austria, la Germania, l'Ungheria, l'Estonia e la Polonia). In alcuni Paesi non è prevista alcun ulteriore forma di impugnazione da parte dell'indagato contro la decisione del giudice (ad esempio Olanda e Grecia). In Lituania il giudice può disporre la ~~conclusione~~ ^{terminazione} del periodo detentivo se emerge che negli ultimi due mesi di detenzione non è stata compiuta alcuna attività investigativa e il pubblico ministero non ha alcuna giustificazione a riguardo (47).

terminazione

Moment of first *ex officio* review and nature of reviews

	First <i>ex officio</i> review by judge/court	Review based on identical intervals	Review based on different intervals	Automatic review
Austria	After 14 days	-	X	X
Belgium	Within 5 days	-	X	X
Bulgaria	-	-	-	-
Cyprus	Within 8 days	X	-	X
Czech Republic	In preliminary proceedings: by the prosecutor after 3 months	X	-	X
Denmark	At least every 4 weeks	X	-	X
Estonia	After 6 months, at least once a month	X	-	X
Finland	After 2 weeks	X	-	X
France	-	-	X	X
Germany	After 3 months	-	X	-
Greece	After 6 months	X	-	X
Hungary	After 6 months	-	X	X
Ireland	After 8 days	-	X	X

(47) Cfr. *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., p. 68-9.

	First <i>ex officio</i> review by judge/court	Review based on identical intervals	Review based on different intervals	Automatic review
Italy	-	-	-	-
Latvia	After 2 months	-	-	X
Lithuania	After 3 months	X	-	X
Luxembourg	After 2 months	X	-	X
Malta	-	X	-	-
Netherlands	-	-	-	-
Poland	After 3 months	-	-	X
Portugal	After 3 months	X	-	X
Romania	Within 60 days	X	-	X
Slovakia	-	-	-	-
Slovenia	After 2 months	X	-	X
Spain	-	-	-	-
Sweden	At least after 2 weeks	X	-	X
United Kingdom				
<i>England & Wales</i>	After 28 days	-	X	X
<i>Scotland</i>	-	-	-	-
<i>Northern Ireland</i>	After 8 days	-	X	X

(48)

Anche con riferimento alla lunghezza della custodia “ *the terminology problem seem to deal with itself with respect to the issue of the length of the pre-trial detention. When analysing the period of pre-trial detention, it become clear that some Member States set time restriction either relating to the pre-trial stage alone (up until the moment the trials starts), or to the pre-trial and the trial stages taken together (up until the moment of the conclusion of the trial stage); or they set no time limits at all. To describe the period of detention during both the pre-trial stage and the trial stages, most country use the term “remand in custody”* (49).

Deve essere inoltre considerato che disciplina dei controlli e fissazioni di termini di durata sono istituti spesso correlati. La

(48) *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., pp. 66-67.

(49) *An analysis of minimum standard in pre-trial detention and the grounds for regular review in the Member States of the UE*, cit., p. 72.

Cfr. *supra* nota 27 gli ulteriori rilievi già ricordati circa le difficoltà linguistiche incontrate nel corso della ricerca, soprattutto nel caso si proceda alla comparazione tra i dati normativi dei singoli ordinamenti.

Finlandia e la Svezia, ad esempio, non prevedono alcun limite; la durata della custodia cautelare in questi paesi, tuttavia, è relativamente breve, ed è assicurata dai controlli periodici ⁽⁵⁰⁾.

La seguente tabella, sebbene “*it is quite common to use the termin “time limit”, è intitolata a “time restriction”, poiché, come notano i redattori, “as most of the limit also are not absolute”*. ⁽⁵¹⁾. Molti Paesi che prevedono degli specifici termini di durata delle detenzione preventiva, hanno regole per un relativo loro prolungamento. Alcuni disciplinano i termini esclusivamente con riferimento alla fase anteriore al *trial stage* (è il caso ad esempio di Austria, Romania, Olanda, Regno Unito e Galles, Grecia, Bulgaria, Estonia). Altri li regolano anche con riguardo alla fase dibattimentale (Spagna, Italia, Francia, Germania, Lettonia, Portogallo, Polonia Slovacchia, Slovenia, Ungheria e Repubblica Ceca)

In alcuni ordinamenti questi limiti non sono assoluti (Lettonia, Ungheria, Polonia e Spagna): in Polonia, ad esempio, la possibilità di un prolungamento della durata della custodia non conosce alcuna restrizione durante la fase dell'appello ⁽⁵²⁾. In altri Paesi, come osservato, non è previsto alcun termine ⁽⁵³⁾.

Con specifico riferimento alla durata della *pre-trial detention*, oltretutto, esiste, qui in modo particolarmente evidente, un vero e proprio “*gap between law and practice*” ⁽⁵⁴⁾.

Di fatto è molto difficile, “*if not impossible*” comparare la media della durata della custodia cautelare nei diversi Paesi membri ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., p. 65.

⁽⁵¹⁾ Cfr. *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., p. 71 e, per alcuni esempi, 72-73, su cui anche *infra* nel testo.

⁽⁵²⁾ Cfr. *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., p. 72.

⁽⁵³⁾ Cfr. *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., p. 71-72.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., p. 72.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., p. 72 anche per le problematiche che interessano i dati disponibili nei diversi Stati membri, ove spesso le analisi devono misurarsi con modalità di raccolta dei dati differenti sia dal punto

informazioni complete ed esaustive. In molti Paesi ~~molte~~ misure, non previste espressamente, sono comunque rimesse alla sensibilità ed alla discrezionalità del giudice ⁽⁵⁶⁾.

~~||~~ diverse

Nonostante l'ampio ventaglio di alternative, tuttavia, secondo quanto riferiscono le singole relazioni nazionali, spesso il ricorso alla custodia cautelare è preferito rispetto ad una misura diversa anche solo per ragioni di ordine pubblico, al fine di circoscrivere l'allarme originato dal reato; al momento, anche per questa diffusa prassi, non è possibile ragionare con certezza sull'incidenza delle misure differenti da quelle detentive rispetto alla *pre-trial detention* ⁽⁵⁷⁾.

Alternatives to pre-trial detention

Alternatives to pre-trial detention	MT	EE	BG	CYP	CZ	DK	EE	FI	FR	DE	GR	HU	IE	IT	LV	LT	LJ	MT	NL	PL	PT	RO	SK	SL	ES	SE	UK
Undertakings to appear before a judicial authority	X		X		X	X			X		X								X			X	X	X	X	X	X
Undertakings not to interfere with the course of justice	X				X				X													X					
Undertakings not to engage in particular conduct, including that involved in a profession, or requirements to accept supervision by an agency or trusted person appointed by the judicial authority					X	X	X		X					X	X	X			X							X	
Electronic monitoring									X		X								X	X	X			X			X
The requirement to reside at a specific address or place /not to change residence without permission	X				X	X	X	X	X		X		X		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
The requirement not to leave a specific place or the country without authorisation (travel ban)	X						X	X	X	X	X		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
The requirement not to meet specified persons or to be at specified places without authorisation	X				X			X	X	X	X		X		X				X	X	X	X	X	X	X	X	X
The requirement to surrender passports or other identification documents	X				X			X	X						X								X	X		X	X
The requirement to provide or secure financial or other forms of guarantee as to conduct pending trial (bail)	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
The requirement to comply with certain orders (for instance, not to use alcohol or drugs)	X				X	X											X										
The requirement to undergo medical or other treatment	X				X		X	X								X	X										

(56) *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., p. 79.

(57) Cfr. *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., p. 82 per ~~gli~~ opportuni ~~richiami~~ ed esemplificazioni (richiamate da un saggio di An Raes e Sonja Snacken, da quel che è dato capire a proposito del Belgio, nonché dai rapporti sugli ordinamenti ungheresi, lettoni e polacchi).

~~||~~ (X)

U Re
~~||~~ esemplificazioni

|| 21C

Alternatives to pre-trial detention	AT	BE	BG	CYP	CZ	DK	EE	FI	FR	DE	GR	HU	IE	IT	LV	LT	LU	MT	NL	PL	PT	RO	SK	SL	ES	SE	UK
Preliminary probation	X				X																						
Freedom under conditions		X	X																								
House arrest		X	X									X													X		
The requirement to report to the police					X	X		X		X							X									X	X
Controlled freedom/judicial supervision						X		X									X										
The prohibition to carry a weapon																	X						X				
The requirement to refrain from driving vehicles (handing over of driving licence)								X									X					X			X	X	
Conditional suspension of pre-trial detention/conditional release	X			X					X									X				X					
The requirement to leave the country															X												
The requirement not to exercise a certain job														X									X				
The requirement to live separate from the victim/not to approach the victim														X			X					X			X		
Victim-offender mediation																	X										
Guarantee by a responsible person																			X								
Guarantee by a social entity																			X								
Temporary ban on engaging in a given activity																			X			X	X				
Suspension from the exercise of functions, occupations and rights														X								X					

AT = Austria, BE = Belgium, BG = Bulgaria, CYP = Cyprus, CZ = the Czech Republic, DK = Denmark, EE = Estonia, FI = Finland, FR = France, DE = Germany, GR = Greece, HU = Hungary, IE = Ireland, IT = Italy, LV = Latvia, LT = Lithuania, LU = Luxembourg, MT = Malta, NL = the Netherlands, PL = Poland, PT = Portugal, RO = Romania, SK = Slovakia, SL = Slovenia, ES = Spain, SE = Sweden, UK = United Kingdom

(58)

5. Dalla prima ricerca in tema di *Untersuchungshaft* sono passati più di quarant'anni.

Alcune osservazioni di allora, soprattutto nell'ottica di un maggiore rispetto dei diritti fondamentali della persona e della presunzione di innocenza, sono ormai, in gran parte, superate. Altre si ripropongono ancora oggi drammaticamente.

Lo studio del 2012 conferma, in una prospettiva mondiale, i problemi spesso comuni e le comuni difficoltà a trovare soluzioni efficaci.

~~Partendo da queste ultime osservazioni, e riflettendo sulle~~ attuali discipline alla luce dei risultati degli studi che si sono succeduti nei decenni trascorsi, è possibile tracciare una sintesi di tali problematiche, andare alla ricerca delle loro cause ed abbozzare qualche tentativo di soluzione.

H R

Oggi come mezzo secolo fa il problema di tutti gli ordinamenti è contenere la durata della detenzione cautelare (59) e,

(58) *An analysis of minimum standard in pre-trial detention*, cit., p. 80-81.

(59) P.H. VAN KEMPEN, *Pre trial detention in national and international law and practice: a comparative synthesis and analyses*, in P.H. van Kempen (Eds), *Pre-trial*

uno specifico nesso causale tra incremento della criminalità ed eventuale aumento della *pre-trial detention*, è tuttavia difficilmente contestabile che la seconda sia strettamente correlata alla tipologia delle indagini richieste per l'accertamento di una certa fattispecie criminosa.

Il ricorrente eccessivo ricorso alla detenzione preventiva non sembra avere origine neppure dalla più o meno ampia formulazione delle condizioni legittimanti (prognosi di colpevolezza, esigenze cautelari) il provvedimento restrittivo della libertà personale.

Oggi le critiche di Jescheck alla obbligatorietà della detenzione in caso di delitti gravi ⁽⁶⁵⁾ o le sue osservazioni sui positivi effetti, ai fini della diminuzione del numero delle carcerazioni preventive, indotti all'epoca dall'introduzione della motivazione dei provvedimenti cautelari in alcuni cantoni della Svizzera ⁽⁶⁶⁾ appaiono per gran parte fortunatamente obsolete. Non così la sintesi effettuata in quello studio a proposito dei presupposti per disporre l'*Untersuchungshaft*.

Già allora, oltretutto su un campione di Stati che teneva in debita considerazione gli ordinamenti satelliti oltre cortina e la stessa Unione sovietica, i sistemi analizzati potevano essere ritenuti tutti improntati al principio di proporzionalità anche là ove non espressamente previsto ⁽⁶⁷⁾; e le esigenze cautelari — gli *Haftgründe* — erano molto simili ovunque ⁽⁶⁸⁾.

Oggi e più di ieri, ma non ancora abbastanza ~~per~~ più generale

H al fine all

⁽⁶⁵⁾ H. JESCHECK, *Die Untersuchungshaft in rechtsvergleichender Darstellung*, in *Die Untersuchungshaft im deutschen*, cit., p. 945.

⁽⁶⁶⁾ H. JESCHECK, *Die Untersuchungshaft in rechtsvergleichender Darstellung*, in *Die Untersuchungshaft im deutschen*, cit., p. 938.

⁽⁶⁷⁾ H. JESCHECK, *Die Untersuchungshaft in rechtsvergleichender Darstellung*, in *Die Untersuchungshaft im deutschen*, cit., p. 954-5: si pensi a divieto ricorso a cautela in caso di reati bagatellari.

⁽⁶⁸⁾ H. JESCHECK, *Die Untersuchungshaft in rechtsvergleichender Darstellung*, in *Die Untersuchungshaft im deutschen*, cit., p. 943.

rispetto della libertà della persona ⁽⁶⁹⁾, nel terzo millennio si registrano uniformi previsioni pure con riferimento al grado di colpevolezza ⁽⁷⁰⁾ richiesto per la limitazione della libertà personale prima di un accertamento definitivo. Ed è altrettanto pacifico che, pur nella difficoltà di comparare dati non omogenei (come si è osservato anche a proposito della ricerca dell'Università di Tillburg), alcuni ordinamenti prevedono un grado di reità superiore ad altri ⁽⁷¹⁾.

Ai fini che qui interessano, peraltro, la sostanziale omogeneità tra i presupposti che consentono *a remand in custody* nei diversi ordinamenti e la differente percentuale della popolazione carceraria in attesa di giudizio dei diversi Paesi dovrebbe indurre a ritenere che non vi è alcun nesso tra i primi — omogenei ovunque — e la seconda — ~~differenti~~ da ordinamento a ordinamento.

Non risulterebbero sussistere, *a contrariis*, dati che consen-

⁽⁶⁹⁾ Emblematico a questo proposito il rilievo del 1971 dello studioso tedesco circa l'assimilazione della carcerazione preventiva disposta al fine di garantire l'ordine pubblico ad una pena anticipata (H. JESCHECK, *Die Untersuchungshaft in rechtsvergleichender Darstellung*, in *Die Untersuchungshaft im deutschen*, cit., p. 953). La critica è ribadita nel 1994 da Dunkel e Vaag che rimarcano la violazione della presunzione di innocenza a proposito dei presupposti che consentono la custodia preventiva in presenza di esigenze di prevenzione generale o di ordine pubblico (F. DÜNKEL e J. VAGG, *Zusammenfassung und Schlussfolgerung*, in *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug*, cit., p. 880). Ciononostante, nel 2009 alcuni dei Paesi Membri dell'Unione prevedono ancora tali discipline.

⁽⁷⁰⁾ P. P. H. VAN KEMPEN, *Pre trial detention in national and international law and practice: a comparative synthesis and analyses*, in P. H. van Kempen (Eds), *Pre-trial Detention, Human rights*, cit., p. 33: « All respondent States recognize the existence of a certain degree of suspicion as a precondition for detention in criminal proceedings ».

⁽⁷¹⁾ P. H. VAN KEMPEN, *Pre trial detention in national and international law and practice: a comparative synthesis and analyses*, in P. H. van Kempen (Eds), *Pre-trial Detention, Human rights*, cit., p. 33 « Apart from this, it is also difficult to really compare the several degrees of suspicion because in most countries the terms used are English translations of other languages. Nevertheless, some countries are striking for their apparently relatively severe requirements. For instance, Germany, Taiwan and Turkey only allow pre-trial detention of persons who are 'strongly suspected' of having committed an offence, while the law of Belgium and that of Greece requires 'serious indications of guilt' and that of China a 'grave suspicion'. ».

diversa

h u

come già si è osservato richiamando lo studio del 1994, limitare il numero delle persone interessate ⁽⁶⁰⁾.

Tale situazione non è univocamente dovuta, anche se vi è un certo rapporto, alla (sola) consistenza del fenomeno criminale ⁽⁶¹⁾. Con il crollo del muro di Berlino, ad esempio, negli ex Paesi dell'est il tasso di criminalità è aumentato sensibilmente; contestualmente (in particolare in Ungheria) si è steso il ricorso alle misure pre-cautelari (arresto in flagranza) ma il numero dei detenuti in attesa di giudizio è rimasto relativamente stabile; più in generale è invece diminuito il numero dei detenuti soggetti a una detenzione provvisoria più lunga ⁽⁶²⁾. In Francia a proposito della quale, per sostenere l'insussistenza di alcuna correlazione tra tasso criminalità e popolazione carceraria, si richiamano le frequenti amnistie concesse dai Presidenti della Repubblica in occasione delle loro elezioni ⁽⁶³⁾, si registra invece un certo rapporto tra lunghezza della carcerazione preventiva e la complessità dell'istruttoria ⁽⁶⁴⁾. Se non si ritiene di poter dimostrare

Handwritten notes: a bracket above the word "ex", a circled "C.V.O.", and some other scribbles.

Detention, Human rights, cit., p. 25 specie là ove, dopo aver sintetizzato le durate medie della carcerazione preventiva negli ordinamenti oggetto di esame osserva: « *Although these figures are drawn from different sources (which may mean that different counting methods have been applied), and while many of them moreover are not fully comparable, they clearly illustrate that various (if not most) States do have serious problems keeping periods of detention short* ».

⁽⁶⁰⁾ V. *supra*, sub nota L+

⁽⁶¹⁾ P.H. VAN KEMPEN, *Pre trial detention in national and international law and practice: a comparative synthesis and analyses*, in P.H. van Kempen (Eds), *Pre-trial Detention, Human rights*, cit., p. 4: « *It is indeed certain that there is no exclusive correlation between statistics on crime and pre-trial detention rates (see also the chapter on Spain)* »

⁽⁶²⁾ Cfr. F. DÜNKEL e J. VAGG, *Zusammenfassung und Schlussfolgerung*, in *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug*, cit, pp. 882-883.

⁽⁶³⁾ F. CASORLA, *De quelques éléments relatifs à la détention avant Jugement: introduction générale*, in P.H. van Kempen (Eds), *Pre-trial Detention, Human rights*, cit., p. 103, con riferimento alle amnistie del 1974, del 1981 e del 1988 proprio a dimostrare l'assenza del legame di cui si accenna nel testo.

⁽⁶⁴⁾ F. CASORLA, *De quelques éléments relatifs à la détention avant Jugement: introduction générale*, in P.H. van Kempen (Eds), *Pre-trial Detention, Human rights*, cit., pp. 103-104 e i dati ivi riportati sub nt. 8.

Handwritten note: "H 19."

tano di ritenere che tanto più i presupposti per la carcerazione preventiva sono rigorosi, tanto meno si ricorre al provvedimento custodiale. Anzi. I risultati dello studio degli anni Settanta confermano, seppure ~~nel caso~~ specifico ivi segnalato, l'assoluta irrilevanza di una disciplina specifica, dettagliata e severa dei presupposti per la cautela ⁽⁷²⁾ ai fini della motivazione, e quindi della giustificazione della privazione della libertà, sulla frequenza del ricorso alla carcerazione preventiva. Con riferimento agli ordinamenti di due cantoni della Svizzera, allora ancora caratterizzata da tanti riti quanti sono i cantoni, invero, è sintomatico che in quello (Basilea) dove l'esigenza di evitare possibili ipotesi di *Kollusion* (collusione, inquinamento probatorio) era descritta in modo molto più analitico, la frequenza del ricorso al provvedimento cautelare fosse maggiore di quella registrata (Zurigo), ove la norma era enunciata in forma molto meno rigida ⁽⁷³⁾ e quindi, molto più semplice nella sua applicazione.

H con riguardo
al caso'

A ben vedere, elemento costante delle critiche alla *pre-trial detention* non sono i dati normativi, almeno negli ordinamenti occidentali sempre più rispettosi dei diritti della persona e della presunzione di innocenza ⁽⁷⁴⁾. Le cause della crescente insoddisfazione verso un istituto sempre più simile pure in diversi Stati, è la sua applicazione pratica, volta a soddisfare scopi diversi da quelli per cui l'istituto a natura cautelare, è stato previsto.

Nel 1994 si riteneva già pacifica la circostanza che il ricorso alla custodia cautelare fosse spesso funzionale ad ottenere una confessione (*taste of prison*) ⁽⁷⁵⁾ ~~ric~~echeggiando riflessioni ben note al pubblico italiano dell'era di Tangentopoli.

h)

Ma non basta. La cautela non solo è da tempo sostanzial-

(72) H. JESCHECK, *Die Untersuchungshaft in rechtsvergleichender Darstellung*, in *Die Untersuchungshaft im deutschen*, cit., p. 937.

(73) H. JESCHECK, *Die Untersuchungshaft in rechtsvergleichender Darstellung*, in *Die Untersuchungshaft im deutschen*, cit., p. 947.

(74) V. però *supra* sub nota ~~h~~

(75) F. DÜNKEL e J. VAGG, *Zusammenfassung und Schlussfolgerung*, in *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug*, cit., p. 879.

H 69.

l'investigatore ricorra alla detenzione preventiva per ottenere un contributo altrimenti rimesso alla libera scelta dell'indagato, ovvero per sanzionare una condotta non ancora definitivamente accertata.

come illecite.

Nel 1971 si auspicavano maggiori controlli periodici, che avrebbero dovuto garantire anche una rapida celebrazione del processo ⁽⁷⁹⁾, prendendo come modello il sistema svedese ove il giudice della cautela fissava il termine entro cui esercitare l'azione penale e quindi la data inizio processo ⁽⁸⁰⁾. Nel 1994 si rilevava come in molti Paesi si riuscisse a circoscrivere abusi e, soprattutto, un'eccessiva durata della custodia, fissando un limite all'esercizio dell'azione penale ⁽⁸¹⁾, prevedendo specifiche forme di impugnazione ⁽⁸²⁾ del provvedimento che disponeva la misura, e, soprattutto, ~~viando~~ disciplinando dei controlli d'ufficio periodici ⁽⁸³⁾.

temporale

⊥ ⊗

La principale idea comune è quella di sottrarre all'organo inquirente la possibilità di utilizzare la detenzione a fine investigativi, costringendolo all'inizio del processo in tempi brevi allorché sia disposta la ~~detenzione provvisoria~~ ⁽⁸⁴⁾. Secondo quanto osservato nello studio del 1994, molti Paesi conoscono normative

custodia preventiva

⁽⁷⁹⁾ H. JESCHECK, *Die Untersuchungshaft in rechtsvergleichender Darstellung*, in *Die Untersuchungshaft im deutschen*, cit., p. 960.

⁽⁸⁰⁾ H. JESCHECK, *Die Untersuchungshaft in rechtsvergleichender Darstellung*, in *Die Untersuchungshaft im deutschen*, cit., p. 963.

⁽⁸¹⁾ F. DÜNKEL e J. VAGG, *Zusammenfassung und Schlussfolgerung*, in *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug*, cit, p. 887.

⁽⁸²⁾ F. DÜNKEL e J. VAGG, *Zusammenfassung und Schlussfolgerung*, in *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug*, cit, p. 887-8 con la sintesi delle situazioni dei diversi Paesi presi in esame.

⁽⁸³⁾ F. DÜNKEL e J. VAGG, *Zusammenfassung und Schlussfolgerung*, in *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug*, cit, p. 89.

⁽⁸⁴⁾ Scrivono F. DÜNKEL e J. VAGG, *Zusammenfassung und Schlussfolgerung*, in *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug*, cit, p. 887: « ebenso wie bei der Polizeihaft liegt einer der wichtigsten Wege zur Vermeidung eines Missbrauchs bei der Anordnung von Untersuchungshaft in der Einführung von Begrenzungen der Haft im Hinblick auf den Zeitraum, bis zu dem die Anklage zu erheben ist oder die Hauptverhandlung begonnen haben muss ».

in tal senso, anche se tali disposizioni sono spesso accompagnate da eccezioni e non sempre rispettate per ragioni diverse, ad esempio perché le limitazioni temporali dell'attività del pubblico ministero sono contenute in linee guida ~~(per l'organo dell'accusa)~~ e non in leggi. Oltretutto, continuano gli Autori della ricerca del *Max Planck* degli anni Novanta, sono fortissime le resistenze a norme del genere, per la pressione che si ritiene sarebbe esercitata in tal modo nei confronti degli organi inquirenti. Così argomentando, si dimentica che il principio della durata ragionevole del processo costituisce un diritto fondamentale della persona ⁽⁸⁵⁾.

Oggi la predeterminazione di termini massimi desta qualche perplessità ⁽⁸⁶⁾ e si preferisce rimarcare l'importanza che le autorità coinvolte siano consapevoli dei valori in gioco e, soprattutto, rispettino l'idea della custodia cautelare come *ultima ratio* ⁽⁸⁷⁾.

A quest'ultimo proposito, peraltro, non è affatto univoco l'impatto della previsione di misure alternative al carcere, sempre più diffuse, ~~quali alternativa alla detenzione~~. Le misure alternative non sempre risultano applicate dove ci si aspetterebbe che lo fossero, ovvero nei Paesi dove vi è un alta percentuale

(85) F. DÜNKEL e J. VAGG, *Zusammenfassung und Schlussfolgerung*, in *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug*, ult. loc. cit.

(86) P.H. VAN KEMPEN, *Pre trial detention in national and international law and practice: a comparative synthesis and analyses*, in P.H. van Kempen (Eds), *Pre-trial Detention, Human rights*, cit., p. 31 là ove anche in tal caso (dopo aver sintetizzato i dati relativi ai termini di durata fissati nei vari ordinamenti osserva: « *Furthermore, the statistics on detention rates, the proportions of the total prison population who are in detention, and the average length of detention do not indicate that fixed time limits serve to prevent continued detention* »

(87) P.H. VAN KEMPEN, *Pre trial detention in national and international law and practice: a comparative synthesis and analyses*, in P.H. van Kempen (Eds), *Pre-trial Detention, Human rights*, cit., p. 32: « *It seems to be more important, therefore, that authorities in every case seriously review the fundamental principle of subsidiarity/necessity, i.e. that detention is a measure of last resort* »

l sono I:
H (x)

J e

H e per scongiurare lo stato detentivo.

||

di detenuti in attesa di giudizio ⁽⁸⁸⁾. Oltretutto, non si deve sottovalutare il rischio che la previsione di misure alternative induca gli operatori a disporre comunque della misura là ove, in ~~precedenza~~, non avrebbero disposto la cautela ⁽⁸⁹⁾. Non vi sono certezze che la previsione di misure alternative assicuri ~~la co-~~

H mancando

d'effetto
H ⊗

⁽⁸⁸⁾ P.H. VAN KEMPEN, *Pre trial detention in national and international law and practice: a comparative synthesis and analyses*, in P.H. van Kempen (Eds), *Pre-trial Detention, Human rights*, cit., p. 44: « ...All this does not necessarily mean that alternatives to pre-trial detention are hardly ever applied. Interestingly, in several of the countries that have very high detention rates, alternatives to detention — particularly bail — are applied on a relatively large scale (e.g., the USA and South Africa), while bail is hardly or never applied in several other countries with moderate detention rates (e.g., The Netherlands), low rates (France, Portugal), or even very low rates (e.g., Germany, Norway). The information in the exposés in this volume does not provide a clear reason for this paradox. Nevertheless, a possible explanation might be that countries with high detention rates not only apply detention in many situations in which other countries might refrain from such application, but that they also apply alternatives to detention in many situations where other countries would simply opt for unconditional liberty. Although developing the use of alternatives might be in concurrence with the right to liberty and the presumption of innocence, the implication would be that it will not always necessarily be so. There is always the risk that the increasing availability of alternatives to pre-trial detention will drive the police, the public prosecutor, or the courts to apply these alternatives in situations in which they previously did not apply any controlling measure against the suspect. ».

⁽⁸⁹⁾ P.H. VAN KEMPEN, *Pre trial detention in national and international law and practice: a comparative synthesis and analyses*, in P.H. van Kempen (Eds), *Pre-trial Detention, Human rights*, cit., p. 44: « ...All this does not necessarily mean that alternatives to pre-trial detention are hardly ever applied. Interestingly, in several of the countries that have very high detention rates, alternatives to detention — particularly bail — are applied on a relatively large scale (e.g., the USA and South Africa), while bail is hardly or never applied in several other countries with moderate detention rates (e.g., The Netherlands), low rates (France, Portugal), or even very low rates (e.g., Germany, Norway). The information in the exposés in this volume does not provide a clear reason for this paradox. Nevertheless, a possible explanation might be that countries with high detention rates not only apply detention in many situations in which other countries might refrain from such application, but that they also apply alternatives to detention in many situations where other countries would simply opt for unconditional liberty. Although developing the use of alternatives might be in concurrence with the right to liberty and the presumption of innocence, the implication would be that it will not always necessarily be so. There is always the risk that the increasing availability of alternatives to pre-trial detention will drive the police, the public prosecutor, or the courts to apply these alternatives in situations in which they previously did not apply any controlling measure against the suspect. ».

munque una diminuzione della percentuale delle persone soggette a misura cautelare restrittiva ⁽⁹⁰⁾.

Infine, non vi sono studi in ordine all'incidenza del "bracciale elettronico" (*electronic monitoring*) sul numero dei detenuti in attesa di giudizio, diversamente dagli studi che hanno analizzato molto positivamente l'incidenza del medesimo strumento in fase di esecuzione delle pene successivamente ad una condanna ⁽⁹¹⁾. Ma questa esperienza positiva non può che ben lasciar sperare ⁽⁹²⁾.

Oggi come ieri non è facile distinguere le responsabilità degli eventuali abusi nell'applicazione di una normativa che, volta a tutelare il diritto di libertà e della presunzione di innocenza della persona, spesso non è affatto applicata nel rispetto principi ~~sottostanti~~ ⁽⁹³⁾. L'applicazione pratica della disciplina dipende

271

che Pa dovrebbe governare.

⁽⁹⁰⁾ P.H. VAN KEMPEN, *Pre trial detention in national and international law and practice: a comparative synthesis and analyses*, in P.H. van Kempen (Eds), *Pre-trial Detention, Human rights*, cit., p. 45: « It is difficult for the law to change the legal culture of a State. But even if alternatives are not applied without good cause, they may not be the panacea against overuse of pre-trial detention. The introduction of alternatives in several countries had little or no effect on detention rates (see, e.g., the chapters on Italy, Turkey). Moreover, there are also more fundamental arguments against alternatives, one being that the practicability of alternatives may depend on the suspect's social status and circumstances, as Della Casa points out (chapter on Italy). As some say with regard to bail, as quoted by Casorla: "It is better to detain all, than only to let the rich go free. ».

⁽⁹¹⁾ P. RAPOZA, *Electronic monitoring as alternative to pre-trial detention* in P.H. van Kempen (Eds), *Pre-trial Detention, Human rights*, cit., pp. 193 ss.

⁽⁹²⁾ P. RAPOZA, *Electronic monitoring as alternative to pre-trial detention* in P.H. van Kempen (Eds), *Pre-trial Detention, Human rights*, cit., pp. 194 ss.

⁽⁹³⁾ P.H. VAN KEMPEN, *Pre trial detention in national and international law and practice: a comparative synthesis and analyses*, in P.H. van Kempen (Eds), *Pre-trial Detention, Human rights*, cit., p. 44: « However, the enormous numbers of pre-trial detainees in many countries would seem to imply that neither the right to liberty nor the presumption of innocence is applied very royally in these countries. This might be due to a lack of awareness in practice of the actual importance of these requirement. In this respect, too, the judiciary might have an especially important task in preventing and redressing shortcomings and abuses in the pre-trial detention system, as Vianno concludes in his chapter on the USA when he speaks of the pre-trial detention "crisis". That does of course not detract from the responsibilities of the administration and the legislator. Improvement of the law can positively influence the practice of pre-trial detention, as

da moltissimi fattori: cultura, diritto ecc.. (94) che la legge non sempre riesce a ~~governare~~.

~~governare~~ *dominare.*

Yarsuvat & Aksoy Rétornaz conclude in regard to Turkey in their chapter. Especially relevant in this respect is also an observation that Feest makes in his chapter on Germany; he implies that recognition of requirements such as the presumption of innocence on a general level is not enough when these are not also adequately expressed and followed up in the more specific norms governing pre-trial detention. Meanwhile, this problem is not entirely confined to states internally: even the system of international cooperation in criminal matters — as the thematic chapter by Boetticher illustrates in regard to extradition procedures within in European Union — does not take sufficient account of the principles of subsidiarity/necessity as well as proportionality ».

(94) P.H. VAN KEMPEN, *Pre trial detention in national and international law and practice: a comparative synthesis and analyses.*, in P.H. van Kempen (Eds), *Pre-trial Detention, Human rights*, cit., p. 14: « *In any case there will always be some deviation between the quality and scope of fundamental rights law that formally applies in a State and the actual practice in that State. There seem to be at least two obvious reasons for this. First, even as far as rules are concerned, practices depend not only on fundamental norms, but also on law in general. This draws me to reflect more closely on the legal framework for detention in the respondent states further below. Second, rules might be an important means to affect practices, but their existence as such does not at all guarantee that practice is in conformity with them* ».