

## Il *Bail* nel sistema inglese<sup>1</sup>

Carlo Fiorio

### 1. Le origini

Il termine *bail* (dal francese *bailler* = consegnare) tradisce le ascendenze [DEVITA] da quella particolare commistione linguistica denominata *law-french* [DEZZA] sedimentatasi in Inghilterra dopo la conquista normanna del 1066.

Sul piano strutturale, esso indica quella peculiare procedura di *common law*, attraverso il quale si rimette in libertà il sospettato o l'accusato, gravato dell'obbligo di presentarsi ad intervalli regolari presso gli uffici di polizia ovvero di comparire nel giorno e nel luogo fissato per l'udienza, talora, ma non sempre, dietro prestazione di adeguate garanzie, nelle forme di una cauzione, da parte dello stesso imputato o di un terzo garante [PATANÈ, DEGANELLO].

Sino all'emanazione del *Bail Act* 1976, che tuttora costituisce l'ossatura della disciplina dell'istituto, l'accusato veniva rilasciato sulla base di un accordo scritto, detto *recognizance*, che implicava l'obbligo, nel caso di mancata comparizione in giudizio, di pagare alla Corona una data somma.

Poiché di regola tale obbligo era garantito da uno o più mallevadori, il termine indica anche, in senso stretto, la garanzia prestata da un terzo (*surety o bail*), che l'accusato si presenterà al magistrato nel giorno e nell'ora fissati e che, in caso contrario, il garante sarà responsabile del pagamento della somma concordata.

La nascita dell'istituto è strettamente legata alle riforme introdotte dalla Assize di Clarendon del 1166, punto di partenza del lungo processo di emersione dei principi, regole e strutture portanti della *common law* [DEZZA] e, segnatamente, al fatto che, da quel momento in poi, è compito dello sceriffo di contea curare l'arresto e la detenzione delle persone sospettate o accusate di un reato, che il *grand jury* dovrà portare per il giudizio definitivo di fronte ai giudici regi itineranti.

Ebbene: proprio in ordine alla detenzione di coloro che sono in attesa di giudizio, dopo Clarendon lo sceriffo gode di un ampio potere di *bail*, perché spetta a lui decidere se trattenerli nelle prigioni di contea ovvero di rilasciarli in stato – diremmo oggi – di libertà provvisoria. La liberazione può essere concessa dietro idonea garanzia ovvero in seguito al pagamento di una cau-

---

<sup>1</sup> Il testo riproduce la Relazione tenuta nell'ambito del Convegno annuale dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale "G. Pisapia", dal titolo «*Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*» (Trento, 11-13 ottobre 2013).

zione fissata dallo stesso sceriffo. Da questa situazione si sviluppano, specie nel XIII secolo, una serie di abusi: molti sceriffi profitano, infatti, della loro prerogativa per lucrare guadagni anche consistenti dalla concessione dei *bails*. L'uso irresponsabile del vasto ma mal definito potere attribuito agli sceriffi finisce per attirare l'attenzione di Edoardo I, che inserisce nel Primo Statuto di Westminster del 1275 una norma finalizzata, appunto, a limitare i poteri discrezionali degli sceriffi in materia di *bail*.

Ascrivibile a quel periodo "aureo", caratterizzato dal definitivo abbandono delle prove ordaliche, dalla progressiva affermazione del *petty jury*, dall'emanazione della *Magna Carta Libertatum* e dal processo di graduale emersione del *writ of habeas corpus*, il *bail*, elemento costitutivo del modello processuale inglese, intimamente collegato al principio accusatorio della presunzione di innocenza, riceve per la prima volta una disciplina unitaria.

In seguito al Primo Statuto di Westminster, infatti, gli sceriffi mantennero il potere di determinare l'ammontare del *bail*, ma vengono fissati, una volta per tutte, con un lungo e minuzioso elenco, i reati per i quali si possa o meno accedere.

I tredici casi nei quali non si può concedere il *bail* sono raggruppabili in 3 grandi categorie. Esse sono formate, in primo luogo, dai reati particolarmente gravi, come l'omicidio, la falsificazione della moneta del regno o del sigillo regio, l'incendio, l'alto tradimento; in secondo luogo, dai reati nei quali la colpevolezza dell'accusato è certa o molto probabile, come ad esempio nel *furtum manifestum*, nel caso di reo confesso, ovvero quando si tratti di delinquente abituale; infine, dai casi in cui l'accusato sia stato dichiarato «fuorilegge», ad esempio perché evaso di prigione, scomunicato o colpito da provvedimento di bando (e dunque "bandito"). Per il resto, gli accusati di reati minori, così come coloro sui quali gravano solo lievi sospetti devono essere sempre ammessi al *bail*, purché offrano idonea cauzione o garanzia (*sufficient surety*) e a condizione che non si siano già resi colpevoli di altri reati.

Pur continuamente reinterpretato dalla giurisprudenza delle corti, lo statuto del 1275, con la sua tipica struttura casistica, costituirà la normativa di riferimento in ordine alla determinazione dei reati ammessi al *bail* per oltre seicento anni, fino alle riforme del XIX secolo avviate dal *Criminal Law Act* del 1826 e completate col *Bail Act* del 1976. In questo lungo periodo, infatti, saranno promulgati in materia solo due *Statutes* (1487 e 1554), che, sempre per evitare abusi, richiederanno che il *bail* sia concesso da due giudici di pace, contestualmente ed in *open session*. Molto più incisivi, invece, saranno alcuni tra i grandi interventi di natura costituzionale che, nel corso del XVII secolo (*Petition of Rights* del 1628, *Habeas Corpus Act* del 1679 e *Bill of Rights* del

1689), fisseranno in modo definitivo il ruolo di strumento di tutela e di garanzia assunto dall'istituto.

## 2. Il «*general Right to bail*»

Profondamente radicato nella cultura giuridica di *common law*, il *bail* rappresenta ancora oggi uno degli aspetti maggiormente qualificanti del processo penale inglese, consentendo di conciliare due interessi preminenti ma antitetici, quali, da un lato, il tradizionale diritto dell'accusato alla libertà, prima e durante il giudizio e, dall'altro lato, l'interesse dello Stato ad assicurare la presenza dell'accusato stesso al processo. Efficacemente definito il «dilemma angloamericano sulla presunzione di non colpevolezza», esso delinea il trattamento da riservare ad una persona che deve reputarsi innocente, allorché non si deve escludere che possa essere anche colpevole.

Il *Bail Act* 1976 ha voluto indurre le Corti ad una maggiore liberalità nella concessione del *bail*, creando una presunzione legale a favore dell'istituto (indipendente dal tipo di reato commesso) e fissandone più nettamente i criteri applicativi. Tale presunzione, cioè a dire il *general right to bail*, poggia su due fondamentali premesse: da un lato, l'accusato è innocente sino a quando la sua colpevolezza non venga dimostrata; dall'altro lato, l'innocente ha il diritto a rimanere in libertà. Nondimeno, nel delicato bilanciamento di valori sotteso al *bail*, rientrano anche i diritti della vittima e gli interessi della collettività ed è per tale ragione che due dei tre principali motivi di rigetto del *bail* ineriscono al pericolo di commissione di gravi delitti ed alla necessità di proteggere i testimoni.

La presunzione opera dal *post-charge* sino alla pronuncia della sentenza di condanna, continuando peraltro ad estendersi laddove la corte rinvii per la stesura del *pre-sentence* report. La presunzione in favore del *bail* si traduce in un onere per l'accusa di indicare *a good reason* perché il *bail* possa essere negato. La garanzia del *right to bail* si sostanzia, infine, nell'obbligo di motivazione imposto all'autorità giudiziaria, ove neghi la libertà provvisoria a chi ne ha diritto o imponga condizioni particolari a tal fine.

La legge sancisce, quindi, il principio del «*general right to bail*» il quale, pur non avendo portata universale, muta significativamente la prospettiva tradizionale.

Nel *Bail Act* 1976, infatti, presupposto fondamentale per la concessione della libertà provvisoria è il dovere della persona rilasciata di rimettersi alla custodia della Corte o, come vedremo a breve, della polizia, al momento e nel luogo fissati.

Detto altrimenti, il *Bail Act* 1976 ha abolito la *personal recognizance*

dell'accusato in stato di libertà provvisoria, ma ha sanzionato penalmente il suo dovere fondamentale di rimettersi alla custodia della Corte alla data e nel luogo stabiliti. E' stata infatti introdotta l'inedita figura del reato di *absconding* [Deganello], per la quale l'accusato rilasciato *on bail* che, senza «*reasonable cause*» non ottemperi di consegnarsi alla giustizia può essere punito con una sanzione detentiva e pecuniaria. Inoltre [Patanè], la violazione della misura ne comporta l'immediata revoca e consente l'arresto senza mandato del soggetto oltre all'eventuale sequestro della somma a titolo di cauzione.

La vigente disciplina del *bail*, originariamente contenuta nel *Bail Act* 1976, ha subito profonde modifiche dapprima attraverso il *Bail (Amendment) Act* 1993, poi ad opera del *Criminal Justice and Public Order Act* 1994, del *Crime and Disorder Act* 1998 del *Criminal Justice Act* 2003 e, da ultimo, del *Police (Detention and Bail) Act* 2011. Di recente, il *Legal Aid Sentencing and Punishment of Offenders Act* 2012, nel tentativo di rilanciare l'ambito di operatività del *bail*, limita l'operatività delle preclusioni al c.d. "*no real prospect test*", cioè a dire alle sole ipotesi in cui sia altamente probabile la condanna a pena detentiva.

Nondimeno, già dopo il 1980 il *right to bail* ha subito una drastica erosione, dovuta all'importanza sempre maggiore di proteggere la collettività ed i diritti della vittima, non disgiunta da considerazioni di ordine economico. A far data dal 1993, poi, l'ambito di operatività dell'istituto si è progressivamente (ulteriormente) ridotto, stante il proliferare delle ipotesi che rappresentano condizioni ostative alla sua applicazione.

Innanzitutto la previsione di un diritto dell'accusato alla concessione del *bail*, consacrata nel *Bail Act* 1976, risulta notevolmente ridimensionata nella sua portata operativa, dal momento che: a) è previsto *ex lege* il rigetto dell'istanza avanzata da un soggetto accusato di omicidio consumato o tentato, omicidio preterintenzionale, violenza sessuale consumata o tentata e altri reati di natura sessuale (contemplati dal *Sex Offenders Act* 2003) e già condannato in precedenza per uno degli stessi reati, salvo che ricorrano circostanze eccezionali; b) è altresì abolita la presunzione di legge in favore della concessione del *bail* nelle ipotesi in cui un soggetto risulti accusato di un reato che si assume essere stato commesso mentre questi si trovava già in stato di libertà su cauzione; c) è poi contemplata la possibilità (dapprima riservata soltanto alla *Magistrates' Court* e alla *Crown Court*) anche per gli organi di polizia di sottoporre la concessione del *bail* a determinate condizioni: obbligo di residenza, obbligo di comunicare eventuali cambiamenti di residenza, divieto di allontanarsi dalla propria abitazione in determinate ore della giornata (c.d. *curfew*) con eventuale applicazione del braccialetto elettronico per monitorare l'osservanza

delle prescrizioni, obbligo di presentarsi a intervalli regolari presso gli uffici di polizia, divieto di contattare o incontrare la vittima del reato o eventuali testimoni d'accusa, obbligo di consegna del passaporto [DEGANELLO].

### 3. Profili diacronici.

Nel sistema inglese, il potere di accordare la libertà provvisoria alla persona arrestata è attribuita alla polizia ed all'organo giudicante in tutte le fasi e gradi del procedimento.

All'arresto operato dalla polizia seguono tre opzioni: a) conduzione dell'arrestato presso la stazione di polizia; b) rilascio senza cauzione; c) rilascio con cauzione. La regola generale prevede che l'arrestato sia condotto alla stazione di polizia non appena possibile. Nondimeno, l'arrestato deve essere rilasciato senza cauzione, se l'ufficiale di polizia che ha proceduto all'arresto ritiene che non sussistano motivi per trattenerlo ovvero per rilasciarlo nelle forme del c.d. *street bail*. In ogni caso, è sempre consentito all'ufficiale di polizia ritardare la conduzione dell'arrestato presso la stazione di polizia, ovvero il suo rilascio dietro cauzione, ove ciò sia necessario per improcrastinabili ragioni investigative, delle quali si dovrà dare nota nel verbale redatto alla stazione o nel rilascio *on bail*.

#### a) *street bail*

L'ufficiale di polizia, operato l'arresto, può concedere il c.d. *street bail* direttamente nel luogo in cui è intervenuta la restrizione *de libertate*, anziché condurre l'arrestato presso la stazione di polizia. L'istituto è disciplinato dal *Police and Criminal Evidence Act* del 1984, come emendato dal *Criminal Justice Act* del 2003 e dal *Police and Justice Act* 2006 e, in via di estrema sintesi, prevede che [DEGANELLO]: a) un ufficiale di polizia giudiziaria che abbia direttamente proceduto all'arresto ovvero che trattenga in custodia la persona arrestata da un ufficiale di polizia di grado diverso, possa disporre il rilascio su cauzione; b) il *bail* potrà essere condizionato al rispetto di prescrizioni, *relevant and proportionate to the suspect-the offence*. Più precisamente, le condizioni potranno riguardare la necessità che la persona ottemperi ai suoi doveri di rimettersi alla custodia della corte; che non commetta un reato, durante il rilascio su cauzione; che non interferisca con i testimoni ovvero ostacoli il corso della giustizia; che sia garantita la sua incolumità ovvero, se minore di diciassette anni, il suo benessere psico-fisico. A tal fine, la polizia potrà prevedere l'obbligo di residenza, il divieto di dimora o il divieto di incontrare determinate persone. Di contro, non potranno essere richieste garanzie o manleve (*recognizance, security or surety*), né l'indiziato potrà essere obbligato a risiedere in un *bail hostel*; c) l'ufficiale di p.g. deve poi rilasciare

all'interessato un avviso (*notice*), indicante l'*offence* e gli elementi di prova a suo carico e gli intima di recarsi con periodicità presso una (od una particolare) stazione di polizia.

Anticipando, ma solo per il momento, quanto costituirà oggetto di maggiore approfondimento a proposito dei controlli, le condizioni apposte con il *bail* potranno essere modificate da un *relevant officer* alla stazione di polizia, a condizione che la richiesta si basi su fatti od informazioni che al momento dell'iniziale apposizione del *bail* non erano state inizialmente valutate. Tali condizioni potranno, inoltre, essere modificate dalla *Magistrates' Court* nel caso in cui vi sia già stata una variazione, ovvero quando la richiesta di variazione sia stata rigettata, ovvero ancora quando, a fronte di una richiesta, siano inutilmente decorse 48 ore.

La persona che non ottemperi al dovere di presentazione alla stazione di polizia per "rispondere" al *bail*, nonché quella in ordine alla quale si disponga di fondati motivi per ritenere che non abbia ottemperato alle *bail conditions*, può essere arrestata senza *warrant* da un ufficiale di p.g.

a) *police bail*

Al di fuori dell'ipotesi di *street bail*, nei casi di arresto formalizzato alla *police station*, il *custody officer* (almeno sergente) può decidere di: a) formulare immediatamente il *charge*, ovvero, nelle ipotesi in cui la *final decision* sul *charge* sia di competenza del *Crown Prosecution Service*; b) rilasciare il *suspect* (dietro cauzione o meno) senza formulare il *charge*; c) mantenerlo *in vinculis before charge*.

Qualora il *custody officer* ritenga di non disporre di elementi sufficienti per formulare il capo di accusa, rimette in libertà l'accusato – con o senza cauzione – a meno che non sussistano fondati motivi dai quali evincere che la detenzione sia necessaria o per assicurare o per preservare il materiale probatorio, ovvero per ottenerne di ulteriore interrogando il ristretto *in vinculis*.

Qualora, invece, il *custody officer* formuli il *charge*, ad egli spetta la decisione circa il *remand or release* prima dell'udienza avanti la *Magistrates' Court*.

In buona sostanza [Patanè], la formalizzazione del capo d'accusa comporta, alternativamente, o l'applicazione di una misura cautelare di tipo custodiale, ove ne ricorrano i presupposti, o il rilascio dell'interessato e la sua sottoposizione al *bail*, nelle more della sua comparizione dinanzi al giudice competente per il giudizio.

a) *court's bail*

La "versione" giurisdizionale del *bail* arricchisce il novero delle condizioni apponibili al provvedimento di libertà provvisoria, le quali. Oltre a quelle già esaminate in riferimento allo *street* ed al *police bail*, comprendono anche la

possibilità di invitare l'interessato a rendersi disponibile all'obiettivo di facilitare le indagini nei suoi confronti ovvero a stendere una relazione riepilogativa dei fatti di interesse o, ancora, a conferire prima del momento fissato *to surrender to custody*, con un *authorised advocate* o *litigator*.

Nello specifico, la *Court* potrà fissare le seguenti *conditions*, le quali potranno costituire oggetto di negoziazione tra accusa e difesa:

*surety*: impegno a pagare una somma di denaro (detta *reconizance*) fissata dalla Corte, quale garanzia che l'accusato ottemperi all'obbligo di presentarsi alla Corte. Il giudice dovrà valutare l'idoneità dei garanti particolarmente rispetto alle risorse finanziarie, al grado di parentela, di amicizia o di rapporti di vicinato con l'accusato. In difetto, tutta o parte della somma viene incamerata; *security*: deposito cauzionale, attraverso il quale l'imputato consegna personalmente il suo denaro, beni mobili, passaporto, ecc. Detti valori sono confiscati in caso di *absconding*.

*Reporting to a police station*: presentazione alla *police station* ad intervalli regolari;

*curfew*: ("coprifuoco"), il quale può anche comprendere:

*residence*: obbligo di dimora (incluso il *bail hostel*);

*avoiding a particular area*: divieto di dimora;

*avoiding a particular activity*: interdizione dall'esercizio di particolari attività;

*avoiding contacts with prosecution witnesses*: divieto di incontrare testimoni d'accusa;

*surrendering a passport*: divieto di espatrio;

*electronic monitoring*: braccialetto elettronico.

#### 4. Cadenze procedurali

Le condizioni apponibili al *bail* costituiscono oggetto di negoziazione tra accusa e difesa. Laddove il *prosecutor* si opponga al *bail*, esso sarà oggetto di apposita udienza e sottoposto al giudizio della *Magistrates' Court*. Il procedimento incidentale in materia di *bail* prende le forme di un mini-trial, senza applicazione delle *rules of evidence*. In buona sostanza, potrà essere utilizzato qualunque dato emergente dal rapporto di polizia, così come dal certificato del casellario. Per converso, la difesa dell'accusato avrà buon gioco nel produrre dichiarazioni attestanti l'esercizio di attività lavorativa ovvero eventuali domicili alternativi.

La Corte può concedere il *bail* nonostante l'*opposition* del *prosecutor*, così come può rigettare la domanda, nonostante la mancata obiezione del *prosecutor*.

Al rigetto del *bail* consegue il *remand in custody in prison*.

Con riferimento alle successive richieste di *bail*, è ammessa una sola reiterazione della richiesta precedentemente rigettata, Successivamente è richiesto un *change of circumstances*.

### 5. Controlli e rimedi

Per lo *street* o il *police bail*, oltre al controllo esercitabile da parte del medesimo o di altro *custody officer* sulle condizioni apposte, la legge contempla anche una competenza (*alternatively or in addition*) della *Magistrates' Court*.

È previsto altresì un potere del *prosecutor* di chiedere alla corte *to reconsider* la concessione del *bail*. Tale potere, limitato ai delitti più gravi, postula che il *prosecutor* veicoli *informations* non disponibili alla corte o alla polizia nella precedente udienza. La corte ha il potere di modificare le condizioni apposte, di apporne di nuove ovvero di ordinare il *remand in custody*.

Quanto alla disciplina delle impugnazioni, in caso di opposizione del *prosecutor* al *bail*, è consentita la proposizione di un appello avanti la *Crown Court*.

### 6. Prospettive europee

Le coordinate transnazionali dalle quali prendere le mosse per verificare la plausibilità della cauzione quale misura “alternativa” alla custodia carceraria (o domestica) esprimono chiaramente un deciso favor delle “direttive europee” verso la prestazione di “garanzie” [PISANI].

Da un lato, infatti, le Carte internazionali dei Diritti (art. 5 § 3 Cedu e art. 9 § 3 Pidcp) operano espresso riferimento a «garanzie» alle quali subordinare la rimessione in libertà della persona. Dall'altro lato, maggiormente dettagliate si presentano le Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, le quali, nel tentativo di limitare l'uso della carcerazione preventiva, hanno caldeggiato la previsione della «*security*» (R (65)11), del «*bail or other forms of security by the person concerned, having regard to his means*» e della «*surety*» (R(80)11) (27.6.80), ancora del *bail* (R (99) 22). Da ultimo, la Racc (2006) 13, emendativa della R (80) 11, opera espressamente riferimento alla possibilità di fissare una cauzione finanziaria.

### 7. Il modello italiano: antecedenti storici e plausibilità sistematica della cauzione

L'appartenenza della cauzione e della malleveria alla tradizione processualistica italiana sin dalla codificazione del 1865 costituisce un dato ineludibile, dal quale prendere le mosse. Nonostante non fosse mancato l'auspicio che le due misure potessero subire un mutamento genetico, così da poter divenire



misure autonome, e, come tali, sostitutive *ex ante* della carcerazione, a cominciare dall'*iter* di attuazione della prima legge-delega, per la cauzione e la malleveria fu invece decretato una sorta di generale e radicale ostracismo [PISANI].

Con riferimento alla prima legge-delega, benché in sede di commissione redigente l'istituto della cauzione fosse stato dapprima soppresso, «a causa della [sua] efficacia discriminatoria e, successivamente reintrodotta a larga maggioranza, con un emendamento diretto a «tener conto delle possibilità economiche dell'imputato», la commissione consultiva optò successivamente per la sua eliminazione, facendo leva sul carattere potenzialmente discriminatorio della cauzione.

Alla luce di tale evoluzione, la Relazione al progetto preliminare del 1978, liquidava *tout court* l'istituto, che scomparve anche dal dibattito interno alla formulazione della delega del 1987 e del Progetto preliminare del 1988, ove il microsistema cautelare era (ed è), invece, tutto imperniato sui principi di adeguatezza e proporzionalità cautelari e, segnatamente, sull'*extrema ratio* cautelare. Nemmeno l'art. 43 l. 5 agosto 1988, n. 330, la quale recava una trasformazione significativa dell'allora vigente art. 282 c.p.p. 1930, configurando la cauzione da mero rafforzamento dei vincoli derivanti dalla concessione della libertà provvisoria, a misura cautelare autonoma, poté fugare l'ostracismo della cauzione dal sistema delle cautele, non senza le critiche della dottrina (CHIAVARIO, CONSO, GREVI).

Nondimeno, prima di ipotizzare la possibilità di reintrodurre la cauzione nell'ordinamento interno, si impongono due brevi chiose sulla contumacia e sul c.d. contraddittorio cautelare anticipato.

Quanto al primo profilo, l'analisi del *bail* nel sistema inglese e la giurisprudenza della Commissione, prima, e della CEDU, poi (cfr. Wemhoff c. Germania del 27 giugno 1968; Neumeister c. Austria del 27 giugno 1968), evidenziano chiaramente la vocazione funzionale della cauzione quale «cautela», avente la precisa finalizzazione, di «assicurare non la riparazione del danno, ma la presenza dell'accusato all'udienza» [CHIAVARIO]. Da qui l'esigenza di proporzionarne l'entità in rapporto all'interessato, alle sue risorse e ai suoi legami con le persone chiamate a prestare malleveria (cfr. Neumeister c. Austria del 27 giugno 1968; Iwanczuk c. Polonia del 15 novembre 2001).

In tale prospettiva, è arduo ipotizzare la coesistenza del *bail*-cauzione con il processo contumaciale, dal momento che essa smarrirebbe la sua identità primaria, esponendosi inevitabilmente a critiche.

È difficile, in effetti, è difficile non condividere l'assunto secondo cui «la contumacia è tendenzialmente incompatibile con il sistema accusatorio, che, in

*coerenza con la posizione attiva riconosciuta all'imputato, gli impone l'onere di partecipare al processo; [...] corollario [di tale assunto] sarebbe l'obbligo dell'imputato di presentarsi in giudizio, e se inadempiente la possibilità di esservi condotto coattivamente: nei paesi di common law, come pure in Germania, è prevista come ipotesi di arresto l'assicurazione dell'imputato al processo (e la libertà su cauzione ne è la conseguenza coerente)» [ILLUMINATI].*

Va ricordato come un deciso avallo a quella che la dottrina più accreditata [UBERTIS] indica quale «prospettiva abolizionista del processo contumaciale» era delineato già dal c.d. d.d.l. Mastella n. 2776, approvato dal C.d.M. il 5 aprile 2007, attraverso il quale, seppure in riferimento alla sola fase dibattimentale, si prevedeva che il processo non potesse svolgersi se non nei confronti di un soggetto che fosse stato informato almeno dell'inizio dello stesso. Tale prospettiva trovava poi completamento nella “bozza Riccio”, attraverso un radicale *restyling* delle direttive in tema di notificazione della citazione contenente la contestazione dell'accusa, nell'ottica di un «omogeneo allineamento ai principi scanditi dall'evoluzione giurisprudenziale della Corte europea dei Diritti dell'Uomo su temi di fondo quali, ad esempio, il giudizio c.d. *in absentia* e la custodia preventiva».

E proprio con riguardo al tema che ci vede impegnati, cioè a dire la custodia cautelare, si affaccia il secondo profilo di criticità: presupponendo la cauzione quale alternativa *ab initio*, sarebbe opportuno rimeditare la necessità di un'anticipazione del contraddittorio cautelare, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 289 comma 2 c.p.p. in materia di sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, anche e soprattutto perché è onere dell'interessato fornire indicazioni al riguardo per consentire al giudice di valutare “a monte” ogni indicazione utile a quantificare l'entità del *bail*-cauzione.

L'ampio dibattito, svoltosi proprio all'interno della nostra Associazione nel 1996, si articolava tra forme di accompagnamento coattivo ovvero di fermo allargato, anche con contestuale soppressione del riesame. Previsto espressamente dall'art. 287 del c.d. Progetto Dalia, Il principio del contraddittorio anticipato potrebbe realizzarsi, ovviamente, in forme diverse a seconda dell'emananda misura.

Più precisamente, nel caso di richiesta di applicazione di una misura coercitiva non detentiva o di una misura interdittiva, il giudice potrebbe limitarsi a procedere all'interrogatorio dell'indagato. Se il magistrato del pubblico ministero ha, invece, richiesto l'applicazione di una misura coercitiva detentiva, il giudice, se la richiesta non appare destituita di fondamento, dispone, prima, l'arresto dell'indagato e, successivamente, entro cinque giorni, fissa l'udienza in camera di consiglio, nel corso della quale interroga l'indagato, sente le parti

e assume, eventualmente, quei mezzi di prova ritenuti decisivi ai fini della valutazione della richiesta.

Il contraddittorio anticipato veniva inizialmente condiviso (ed accompagnato dalla previsione del giudice collegiale e della cauzione) anche dalla Bozza Riccio. Successivamente, però, a fronte del parere contrario dell'avvocatura e della magistratura inquirente, esso veniva abbandonato. Né si ritenne possibile la pur caldeggiata adozione di strumenti elettronici per assicurare la presenza della persona alla "udienza cautelare" perché di per sé ritenuti eccessivamente stigmatizzanti.

### 8. Prospettive *de iure condendo*

L'imbarazzante percentuale delle persone in custodia cautelare consiglierebbe di reintrodurre la cauzione (e la malleveria), quali misure cautelari autonome, idonee a coprire – eventualmente *in combine* con altre misure – l'ampio spazio cautelare compreso tra gli arresti domiciliari ed il divieto od obbligo di dimora.

Quali gli spazi per l'introduzione della cauzione?

In attesa di soluzioni al dibattito sul contraddittorio anticipato, potrebbe ipotizzarsi l'introduzione di un art. 283-*bis* c.p.p., in cui la libertà su cauzione si atteggi quale misura cautelare autonoma, avente per oggetto il deposito di una somma di denaro, anche rateizzabile, commisurata alla gravità del fatto e alle condizioni economiche dell'imputato. Sulla falsariga della tradizione (ma anche dell'art. 49, d.lgs n. 231 del 2001) si potrebbero altresì equiparare alla somma di denaro delle garanzie ipotecarie o fideiussorie, riservando al giudice la verifica sull'idoneità dei garanti.

Potrebbero ipotizzarsi esclusioni oggettive, fondate sul titolo di reato (ad es.: mafia terrorismo) ed esclusioni soggettive (recidiva, tendenza a delinquere).

Al fine di rafforzare la garanzia patrimoniale, si potrebbero concepire, superando l'attuale orientamento delle Sezioni Unite, delle ipotesi di cumulo cautelare: sulla scorta dell'esperienza inglese, proporzionalmente al grado delle esigenze cautelari, in aggiunta alla cauzione potrebbero essere applicati braccialetto elettronico od obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria.

Con riferimento alle vicende cautelari, la trasgressione alle prescrizioni imposte comporterebbe la revoca dell'ordinanza di concessione, attivando l'applicabilità dell'art. 276 c.p.p.

La revoca, inoltre, costituirebbe "titolo" per la confisca della somma ovvero per l'esproprio dei beni ipotecati. Al contrario, nelle altre ipotesi ed indipendentemente dall'esito del processo, la somma viene restituita, l'ipoteca cancellata, la fideiussione estinta.

Di seguito, si riporta il testo della proposta normativa:

**«Art. 283-bis, Libertà su cauzione.**

- 1. Con il provvedimento che dispone la libertà su cauzione, il giudice prescrive all'imputato di depositare nella cassa delle ammende una somma di denaro commisurata alla gravità del fatto e alle condizioni economiche dell'imputato stesso.*
- 2. La libertà su cauzione non può essere concessa quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 270, 270-bis, 416-bis del codice penale o ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività previste dallo stesso articolo.*
- 3. La libertà su cauzione non può altresì essere concessa quando l'imputato si trovi nelle condizioni di cui agli articoli 99 e 108 del codice penale.*
- 4. Il giudice può prevedere che il versamento della cauzione sia soggetto a rateizzazione. In tal caso si applica l'articolo 133-ter del codice penale.*
- 5. In luogo del deposito di cui al comma 1, è ammessa la prestazione di una garanzia mediante ipoteca o fideiussione solidale. Il giudice valuta l'idoneità dei fideiussori in riferimento alle loro risorse finanziarie, al grado di parentela, di amicizia o di rapporti di vicinato con l'imputato.*
- 6. Il giudice può imporre, in aggiunta alla prescrizioni previste dai commi precedenti, una tra le misure cautelari previste dagli articoli 281, 282, 282-bis, 282-ter e 283, ovvero la sottoposizione a particolari modalità di controllo ai sensi dell'articolo 275-bis.*
- 7. In caso di trasgressione alle prescrizioni o alle misure imposte, ovvero quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto pericolo che egli si dia alla fuga, il giudice revoca il provvedimento di cui al comma 1. Si applica l'articolo 276.*
- 8. La somma depositata o per la quale è stata data garanzia è devoluta alla cassa delle ammende. L'ordinanza del giudice [non più soggetta ad impugnazione] [310-311] vale come titolo esecutivo per l'espropriazione dei beni ipotecari.*
- 9. Negli altri casi, quando revoca la misura cautelare, il giudice ordina la restituzione della somma depositata o la cancellazione dell'ipoteca. La fideiussione prestata si estingue».*

Correlativamente, nell'articolo 275-bis, al co. 1, le parole «la misura degli arresti domiciliari anche in sostituzione della custodia cautelare in carcere» dovrebbero essere sostituite da «le misure cautelari coercitive diverse da quelle

*di cui agli articoli 285, 285-bis e 286».*

## **9. Considerazioni conclusive**

La parametrizzazione del *quantum* alle capacità economiche del singolo imputato e la possibilità di rateizzazione della cauzione consentirebbero a mio avviso di superare eventuali dubbi di legittimità costituzionale in relazione all'art. 3 Cost., consentendo al giudice di determinare l'ammontare della somma in misura estremamente ridotta o, viceversa, in misura estremamente elevata, a seconda delle possibilità dell'imputato, attraverso una graduazione indubbiamente atta a fronteggiare le più diverse situazioni personali [CONSO].

Sul piano, delle esigenze della collettività, invece, la possibilità di applicare congiuntamente altre cautele (braccialetto elettronico) consentirebbero di rinforzare il sistema cautelare medio-basso senza dover ricorrere necessariamente alla custodia carceraria.

Sono perfettamente consapevole che gran parte della popolazione in custodia cautelare è indagata per delitti di cui al d.P.R. n. 309 del 1990 ovvero contro il patrimonio e mi rendo conto che per molti di loro, ma non per tutti, la cauzione sarà impossibile e la garanzia, forse, pericolosa.

Nondimeno, quand'anche una piccola parte di costoro potessero beneficiare di alternative cautelari, la vivibilità dell'istituzione carceraria migliorerebbe per chi non ha vie d'uscita.