

Nuove tecnologie e compressione della libertà personale: la sorveglianza con dispositivi elettronici dell'imputato sottoposto a misure cautelari

New Technologies and Restriction of Personal Freedom: Electronic Surveillance of the Accused Placed under a Precautionary Measure

Novas tecnologias e restrições à liberdade pessoal: a vigilância com dispositivos eletrônicos do imputado submetido a medidas cautelares

Daniele Negri¹

Università degli Studi di Ferrara - Italia

daniele.negri@unife.it

 <http://orcid.org/0000-0001-9162-4668>

ABSTRACT: Il contributo mette in luce l'ambiguità del rapporto fra la sorveglianza con dispositivi elettronici dell'imputato sottoposto a misura cautelare e il principio del sacrificio minimo della libertà personale, dissipando il corrente stereotipo circa la idoneità di tali dispositivi a favorire un minor ricorso alla custodia in carcere. Oltre a ciò, la continua evoluzione tecnica dei dispositivi di sorveglianza rischia di far degradare la dignità della persona. Altra questione messa in luce dall'autore riguarda il trattamento al quale sottoporre il singolo imputato nel caso in cui la pubblica amministrazione non sia in grado di garantire un numero sufficiente di dispositivi elettronici. La conclusione è nel senso che, in assenza di apparecchiature disponibili il giudice dovrà scegliere la misura degli arresti domiciliari, più mite della custodia in carcere, per non violare il divieto di eccesso nella restrizione della libertà personale.

PAROLE CHIAVE: Sorveglianza elettronica; Libertà personale dell'imputato; Misure cautelari.

¹ Professore ordinario di Diritto processuale penale.

ABSTRACT: *The paper highlights the ambiguity of the relationship between electronic surveillance of the accused subject to precautionary measures and the principle of minimum sacrifice of personal freedom, dissipating the current stereotype about the suitability of such devices to encourage less use of custody in prison. Furthermore, the continuous technical evolution of surveillance devices risks degrading the dignity of the person. Another issue underlined by the author concerns the treatment to which the individual accused must be subjected in case in which the public administration is unable to guarantee a sufficient number of electronic devices. The conclusion is that, in the absence of available equipment, the judge will have to choose the measure of house arrest, which is milder than custody in prison, in order not to violate the prohibition of excess in the restriction of personal freedom.*

KEYWORDS: *Electronic surveillance; Personal freedom of the accused; Precautionary measures.*

RESUMO: *O artigo evidencia a ambiguidade das relações entre a vigilância com dispositivos eletrônicos do imputado submetido a medidas cautelares e o princípio da restrição mínima à liberdade pessoal, dissipando o frequente estereótipo em relação à idoneidade de tais dispositivos para reduzir o encarceramento. No entanto, a contínua evolução técnica dos dispositivos de vigilância corre o risco de degradar a dignidade da pessoa. Outra questão pertinente refere-se ao tratamento a que se submete o imputado no caso em que a administração pública não é capaz de garantir um número suficiente de dispositivos eletrônicos. A conclusão é no sentido de que, se não houver aparelhos disponíveis, o juiz terá que determinar a medida de prisão domiciliar, menos afliitiva em relação à prisão em um instituto penitenciário, para não violar a proibição de excesso na restrição da liberdade pessoal.*

PALAVRAS-CHAVE: *Vigilância eletrônica; liberdade pessoal do imputado; medidas cautelares.*

SOMMARIO: 1. Innovazioni tecnologiche e sicurezza sociale. – 2. Custodia in carcere come *extrema ratio*: fallimento di un obiettivo. – 3. L'ambivalenza della sorveglianza elettronica: strumento *pro* o *contra libertatem*? – 4. Il ruolo dei principi di legalità e di proporzionalità. – 5. Costi della tecnologia e inviolabilità della libertà personale. Bibliografia.

1. *Innovazioni tecnologiche e sicurezza sociale*. Da almeno vent'anni a questa parte, su scala mondiale, prevale la tendenza delle legislazioni penali a cercare nella tecnologia più evoluta la carta vincente della strategia di politica criminale nevroticamente improntata all'incremento della sicurezza per la collettività. Se l'impiego massiccio dello strumentario penale a fini di prevenzione è un *tòpos* dei nostri tempi², indubbio è pure il contributo formidabile che a questo slittamento funzionale deriva dalla possibilità per gli Stati di confidare nelle prodigiose capacità anticipatorie della tecnica applicata al controllo sociale.

Il processo penale e la fase preliminare delle indagini, in particolare, hanno preso le sembianze di una gigantesca raccolta di dati personali tramite l'uso intensivo di sofisticate e occulte apparecchiature elettroniche, allo scopo di prevedere e neutralizzare con rapidità, prima che accadano, i comportamenti illeciti di persone ritenute pericolose³. Il bisogno immediato di sicurezza dei cittadini viene dunque appagato con la precoce restrizione del singolo individuo sottoposto ad indagini penali⁴, risultato al quale si prestano le misure cautelari applicate durante il processo per evitare l'inquinamento probatorio, la fuga e – soprattutto – la commissione di reati⁵. È in questo scenario, dominato dal tentativo parossistico di chiudere ogni lacuna nella sempre più fitta rete dei dispositivi di sicurezza, che la tecnologia fa il suo ingresso anche tra le forme di limitazione anticipata della libertà personale e il controllo a distanza dell'imputato con mezzi elettronici gioca il ruolo di amplificatore di intensità della tutela cautelare.

² HASSEMER, Winfried. Sicherheit durch Strafrecht. In: Strafverteidiger, p. 322 ss., 2006.

³ Cfr., volendo, NEGRI, Daniele. La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico). In: Archivio penale, n. 1, p. 44 ss., 2016. <https://doi.org/10.12871/97888674166084>. NEGRI, Daniele. Il processo penale come scriminante. In: *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 101, p. 13 ss., 2013.

⁴ Parla al riguardo di «*Sicherheit durch Sicherung*», KAISER, Anna. *Durch Schritt und Tritt – die elektronische Aufenthaltsüberwachung: Entwicklung, Rechtsgrundlagen, Verfassungsmäßigkeit*. Wiesbaden: Springer, 2016, p. 64. <https://doi.org/10.1007/978-3-658-14347-3>.

⁵ Definisce la custodia cautelare in carcere come «vero avamposto della tutela sociale contro il pericolo», VIGANÒ, Francesco. Terrorismo, guerra e sistema penale. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, p. 695, 2006.

Sono note le principali critiche rivolte contro questo fenomeno sin dalla sue origini. Per un verso si denuncia la commercializzazione dei poteri di controllo penale, visto che lo Stato è costretto ad acquistare sul mercato la tecnologia necessaria, affidando l'installazione dei dispositivi elettronici e il monitoraggio del loro funzionamento ad imprese private specializzate nel settore⁶. Per altro verso si paventa il rischio che l'individuo, vincolato a portare sempre addosso un'apparecchiatura munita di enormi potenzialità di intrusione nella sfera riservata, finisca così assoggettato ad un'attività di sorveglianza totale, in violazione dei più basilari principi costituzionali a salvaguardia della persona⁷. Infine, viene biasimato il potenziale effetto cosiddetto di *Net-Widening*, ossia la tentazione d'allargare progressivamente l'ambito dei soggetti sottoposti a controllo elettronico oltre quanto sarebbe necessario e giustificato, una volta che strumenti di tale portata siano resi facilmente disponibili all'autorità giudiziaria⁸.

Di fronte a censure tanto gravi, almeno in parte avvalorate dall'esperienza, diviene allora cruciale la verifica del rispetto delle condizioni affinché il controllo a distanza mantenga la promessa originaria di fungere da congegno *pro libertate*: il pronostico era che sostituisse in molti casi l'applicazione della più afflittiva misura della custodia in carcere, evitando all'imputato le conseguenze dannose – dirette e indirette – dell'ingresso tra le mura degli istituti di detenzione. In questo senso risulta particolarmente istruttiva la parabola susseguente all'introduzione della sorveglianza elettronica nel sistema cautelare dell'ordinamento italiano. Cercheremo qui di mettere in luce, di quella singolare traiettoria, gli aspetti più strettamente connessi alle grandi e generali questioni sollevate dalla materia.

⁶ ALBRECHT, Hans-Jörg; ARNOLD, Harald; SCHÄDLER, Wolfram. Der hessische Modellversuch zur Anwendung der „elektronischen Fußfessel“: Darstellung und Evaluation eines Experiments. In: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, v. 33, p. 466 ss., 2000.

⁷ KRAHL, Matthias. Der elektronisch überwachte Hausarrest. In: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, n. 10, p. 461, 1997.

⁸ HAVERKAMP, Rita. Das Projekt „Elektronische Fußfessel“ in Frankfurt am Main. In: *Bewährungshilfe*, n. 2, p. 166, 2003.

2. *Custodia in carcere come extrema ratio: fallimento di un obiettivo.*

La modalità di controllo della persona accusata tramite mezzi elettronici si è inserita al principio di questo secolo (2000)⁹ nel panorama e nelle dinamiche applicative delle misure cautelari personali, che il codice di procedura penale italiano (1989) aveva delineato un decennio prima con estrema cura sistematica. Presunzione di innocenza dell'imputato fino a condanna definitiva e inviolabilità della libertà personale sono le coordinate costituzionali ispiratrici di quella scrupolosa disciplina: al giudice la legge presenta un catalogo di strumenti tipici tra i quali scegliere, graduati in rapporto al livello di restrizione della sfera giuridica individuale. La custodia in carcere figura bensì al vertice della scala, ma, per l'appunto, non è più l'unica misura disponibile come accadeva sotto il codice previgente (1930); gli arresti domiciliari la seguono nell'ordine discendente, che conduce via via fino al divieto di espatrio, la più mite tra le misure coercitive, allargandosi altresì ad alcuni istituti di natura soltanto interdittiva.

Quest'assetto normativo corrisponde alla finalità di garanzia consistente nell'infliggere all'imputato, per le esigenze legate al perseguimento penale, il minore sacrificio necessario sulla base dei canoni di adeguatezza (rispetto alla natura e al grado del *periculum libertatis*) e di proporzionalità (in rapporto all'entità della pena pronosticabile) della misura cautelare da adottare nel caso concreto¹⁰. La custodia in carcere, dunque, è pensata dall'ordinamento processuale penale come soluzione estrema, attingibile solo quando ogni altra meno gravosa per l'individuo si riveli inidonea.

La realtà impietosa della giustizia penale praticata ha smentito clamorosamente il disegno razionale del codice, compiendo l'esatto contrario di quanto progettato dal legislatore. Nell'esperienza quotidiana è stata tradita l'aspettativa di contenere l'uso della carcerazione preventiva grazie alla pluralità dei mezzi cautelari, vista l'applicazione tutt'affatto marginale che hanno avuto le altre misure del catalogo. Il largo predominio statistico della massima coercizione personale risulta attestato, e al tempo stesso stigmatizzato, in una fondamentale

⁹ D.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in legge 19 gennaio 2001, n. 4.

¹⁰ Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265.

decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹, che ha condannato lo Stato italiano per le disfunzioni strutturali alla base dell'ormai cronico sovraffollamento carcerario.

Nel giudicare alla stregua di trattamento inumano e degradante l'angusto spazio vitale riservato ai singoli detenuti, la Corte di Strasburgo esortava a privilegiare le misure alternative al carcere quale rimedio atto a ridurre la popolazione degli istituti penitenziari, mostrandosi particolarmente colpita dalla percentuale molto alta di persone ristrette a titolo cautelare e cioè a prescindere dalla pronuncia nei loro confronti di alcuna sentenza irrevocabile di condanna. In quel momento (2013) il rapporto tra persone relegate in carcere durante il processo e numero totale di detenuti era pari al 40%, ma una rappresentazione indicativa dell'entità del fenomeno proviene dai dati che si registrarono una ventina d'anni prima, al culmine delle inchieste giudiziarie per corruzione della classe politica e imprenditoriale divenute famose sotto il nome di "Mani pulite", quando l'ammontare degli imputati assoggettati alla misura cautelare più afflittiva giunse al tragico primato di sopravvivere addirittura – e non di poco – quello dei reclusi in esecuzione di pena¹².

I moniti della giurisprudenza sopranazionale si affiancano, del resto, alle molteplici raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, anch'esse preordinate a circoscrivere l'applicazione della custodia in carcere ai casi di stretta necessità, a ridurne la durata al minimo compatibile con gli interessi della giustizia, a vietarne l'uso a scopi punitivi¹³. E proprio nella sorveglianza elettronica la Raccomandazione (2014) 4 scorge una sorta di panacea, poiché la diffusione dello strumento è ritenuta in grado di diminuire il tasso di ricorso alla privazione della libertà personale, lenendo la piaga del sovraffollamento carcerario senza per questo rinunciare al controllo efficace degli imputati pericolosi così da prevenirne le condotte illecite. Un rimedio che, al fine di conciliare al meglio le ragioni di garanzia individuale e le esigenze di difesa

¹¹ Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia.

¹² Secondo i dati pubblicati dal Ministero della Giustizia, al 31 dicembre 1992 gli imputati in carcere erano pari al 132% nel rapporto con i condannati in esecuzione di pena.

¹³ Cfr. Racc. (2006) 13 e Racc. (1999) 22.

sociale, dev'essere tuttavia – si ammette nello stesso documento – ben regolamentato e proporzionato.

3. *L'ambivalenza della sorveglianza elettronica: strumento pro o contra libertatem?* Questo insieme di sollecitazioni ha contribuito ai più recenti tentativi, da parte della legislazione italiana (2014-2015), di incentivare l'applicazione del monitoraggio tecnologico, risultata assai poco frequente nel quindicennio anteriore a causa della riluttanza dei giudici a convincersi che il controllo remoto possa scongiurare pericoli derivanti dallo stato di libertà dell'imputato paragonabili per intensità a quelli di solito fronteggiati con la custodia in carcere¹⁴; o, secondo una spiegazione più benevola, a motivo di un «colossale – quanto incomprensibile – difetto di informazione» dei magistrati circa la concreta possibilità di avvalersi del dispositivo¹⁵. Non è l'unico aspetto poco decifrabile di questa controversa partita, la cui posta in gioco è il primato della libertà individuale o il trionfo della sicurezza sociale.

Dalla prima comparsa e fino all'ultima modifica normativa, infatti, l'istituto della sorveglianza elettronica è vissuto su un'ambivalenza di fondo che ha alimentato l'ambiguità retorica intorno alla sua funzione: se, cioè, serve ad innalzare o ad abbassare mediamente il grado di limitazione della libertà personale; se migliori o peggiori, a livello statistico, il trattamento cautelare riservato agli imputati. Per rendersene conto basterà soffermarsi sull'antitesi che caratterizza, almeno in apparenza, le ragioni di politica criminale alla base delle principali riforme processuali in materia.

Il controllo elettronico venne introdotto (art. 275-bis c.p.p.) allo scopo di aumentare l'«efficacia» e l'«efficienza» nell'amministrazione della giustizia¹⁶, corazzando la misura cautelare degli arresti domiciliari in modo

¹⁴ In tal senso, v. NEGRI, Daniele. *Tecniche di riduzione della custodia in carcere ad extrema ratio*. In: CHINNICI, Daniela (a cura di). *Le misure cautelari personali nella strategia del "minimo sacrificio necessario"*. Roma: Dike, 2015, p. 52.

¹⁵ BASSI, Alessandra; VON BORRIES, Christine. *Il braccialetto elettronico: un dispositivo dimenticato*. Disponibile in: www.questionegiustizia.it, 12 dicembre 2013.

¹⁶ Il già citato d.l. n. 341 del 2000 divenne comunemente noto come decreto «antiscarcerazioni».

che l'imputato non potesse più trasgredire l'obbligo di permanenza tra le mura domestiche senza essere subito scoperto e presto neutralizzato. La vigilanza, discontinua nel tempo, del personale di polizia presso l'abitazione era sembrata troppo facilmente eludibile, specie a seguito dell'allarme sociale suscitato da alcune azioni delittuose di cui erano stati autori proprio soggetti sfuggiti agli arresti domiciliari¹⁷.

Un intervento, dunque, volto a predisporre restrizioni ulteriori e più intense degli spazi di libertà individuale, accompagnate dal messaggio rassicurante all'opinione pubblica che la tecnologia sarebbe divenuta infallibile strumento di contrasto della criminalità. Nella prospettiva del legislatore la sorveglianza elettronica, insomma, non tanto rappresentava la soluzione idonea a favorire l'uso della custodia domestica in alternativa al carcere, quanto offriva l'opportunità di aggravare la condizione personale di chi, sulla scorta di un giudizio di adeguatezza della misura cautelare compiuto in assenza dei dispositivi tecnologici, sarebbe stato posto verosimilmente agli arresti domiciliari con le tradizionali modalità di controllo. Un esempio calzante di *Net-Widening*.

La giurisprudenza, a sua volta, ha assecondato questa chiara propensione *contra libertatem* traendo argomento dal «consenso» dell'imputato, fattore al quale il codice subordina la possibilità per il giudice di applicare gli arresti domiciliari nella particolare conformazione assistita dal monitoraggio tecnologico. La circostanza che il soggetto accetti di indossare il dispositivo elettronico e di essere quindi costantemente sorvegliato è presa a dimostrazione della volontà di autolimitare la propria libertà di movimento, ossia di resistere all'impulso di allontanarsi dall'abitazione al fine di delinquere. L'atto di sottomissione al congegno, sintomatica di un grado di pericolo attenuato, escluderebbe così che, per contenere adeguatamente la probabilità di realizzazione dell'evento temuto, sia necessario il ricorso alla misura estrema della custodia in carcere¹⁸.

¹⁷ CESARIS, Laura. Dal *panopticon* alla sorveglianza elettronica. In: BARGIS, Marta (a cura di). *Il decreto "antiscarcerazioni"*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 54.

¹⁸ Tra le altre, v. Cass., sez. II, 23 settembre 2014, Di Francesco e a. In: *C.e.d.*, n. 261439; Cass., sez. V, 19 giugno 2012, Botton. In: *C.e.d.*, n. 253716; Cass., sez. II, 29 ottobre 2003, Bianchi. In: *C.e.d.*, n. 227582.

Ma ciò significa, alla fin fine e all'atto pratico, tramutare gli arresti domiciliari sorvegliati elettronicamente nella modalità ordinaria di esecuzione della tipologia di misura subito inferiore a quella massima per livello di afflittività, poiché vale anche il ragionamento inverso: se l'imputato non è chiamato a prestare il consenso, richiesto dalla legge soltanto quando il giudice intende applicare gli arresti domiciliari con vigilanza tecnologica, neppure viene messa alla prova l'inclinazione soggettiva a rispettare i vincoli della custodia più mite presso l'abitazione; sicché il giudice ha compito facile nel motivare l'esistenza di esigenze cautelari di intensità tanto elevata da rendere indispensabile la carcerazione preventiva. Gli arresti domiciliari non muniti di controllo a distanza diventano, a quel punto, un'alternativa difficilmente percorribile di fronte ad alti livelli di pericolosità dell'imputato.

Con il pretesto di diminuire il tasso di carcerazione preventiva, agevolando a questo fine l'uso di strumenti cautelari meno gravosi, il legislatore ha poi codificato negli esatti termini appena descritti (2014)¹⁹ il rapporto tra gli arresti domiciliari accompagnati dalla sorveglianza elettronica e la stessa misura disposta senza alcuna previsione di controllo remoto. Oggi, il giudice che sia orientato a preferire la custodia domestica deve spiegare perché non reputa necessaria la contestuale imposizione del monitoraggio con mezzi tecnologici, mentre in precedenza aveva l'onere di motivare il provvedimento, sulla specifica questione del controllo a distanza, solo qualora ritenesse tale forma di coercizione supplementare indispensabile ad evitare pericoli concreti d'una certa entità.

L'esigenza di ridurre il sovraffollamento degli istituti penitenziari – come abbiamo già detto – è stata al centro anche della successiva riforma del 2015, animata dall'ambizioso progetto di limitare il largo predominio pratico della custodia in carcere ripristinando la logica del minore sacrificio necessario a carico della libertà personale dell'imputato. Nell'occasione, è stata riscritta pure la disciplina degli arresti domiciliari sorvegliati con l'ausilio della tecnologia. E di nuovo è emersa la doppiezza dell'istituto: una volta proclamato l'essenziale principio di residualità della custodia detentiva, il legislatore si è

¹⁹ D.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito in legge 21 febbraio 2014, n. 10.

affrettato a lanciare un segnale tranquillizzante agli occhi della collettività intimorita dalla prospettiva di assistere a numerose fuoriuscite dal carcere.

Così, il codice stabilisce ora che il giudice, quando sceglie di applicare la coercizione di grado massimo, debba indicare le ragioni per le quali non risulta idonea a fronteggiare le esigenze del caso concreto la misura degli arresti domiciliari rafforzata con il localizzatore a distanza. Questo comporta, da un lato, che occorre un particolare impegno giustificativo per applicare la custodia carceraria, onere funzionale – almeno sulla carta – ad arginarne la frequenza; dall'altro lato, però, che un imputato sull'orlo dell'incarcerazione, a causa della sua elevata pericolosità, è destinato a subire nel migliore dei casi la misura degli arresti domiciliari vigilati elettronicamente, essendo quest'ultima l'unica alternativa menzionata dal legislatore.

In definitiva, siamo indotti a considerare l'uso della sorveglianza tecnologica come opzione migliorativa per l'imputato soltanto perché si è consolidata l'idea, contraria ai principi della presunzione di innocenza e della inviolabilità della libertà personale, che la carcerazione nel corso del processo rappresenti la regola.

4. Il ruolo dei principi di legalità e di proporzionalità. L'irruzione delle nuove tecnologie in ambito cautelare pone un problema di rapporti tra fonti giuridiche. Sono infatti coinvolti beni fondamentali tutelati dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: in primo luogo la libertà personale, ma pure la vita privata e lo sviluppo delle relazioni sociali; sullo sfondo, campeggia l'esigenza di salvaguardare il nucleo incompressibile della dignità della persona. Si comprende dunque la ragione per la quale la già menzionata Raccomandazione (2014) 4 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa stabilisce che non soltanto l'uso, ma anche i tipi, la durata e le modalità di esecuzione della sorveglianza elettronica debbano essere disciplinati dalla legge: occorre certezza sui limiti del potere e massima democraticità nel processo decisionale volto a fissarli.

Pecca invece di indeterminatezza la previsione del codice (art. 275-bis) che si limita ad autorizzare «procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici», senza specificarne i connotati.

Ci si affida in proposito ad un provvedimento del governo²⁰, il quale così chiarisce le caratteristiche del dispositivo: si tratta di un bracciale di «peso ridotto» da agganciare alla caviglia (ciò spiega la denominazione corrente di “braccialetto” elettronico), che funge da trasmettitore collegato mediante linea telefonica alle centrali operative dei corpi di polizia. Tale conformazione senza dubbio aiuta a ridurre le interferenze nelle relazioni familiari e sociali del sorvegliato, nonché a circoscrivere i rischi di stigmatizzazione dell’individuo quando sia autorizzato a muoversi nell’ambiente esterno all’abitazione, in quanto i gesti quotidiani non ne risulteranno impediti e il dispositivo potrà essere facilmente coperto alla vista di persone terze portando abiti lunghi alla caviglia così da impedire che l’imputato, presunto innocente, sia percepito dalla collettività come pericoloso criminale.

Essenziale è anche un’ulteriore indicazione contenuta nella Raccomandazione sopra citata, riguardante la necessità di revisione periodica delle regole sui mezzi di controllo a distanza «per tenere conto degli sviluppi tecnologici nel settore, in maniera tale da evitare un livello di intrusione eccessivo nella vita privata o familiare dei sospettati». La norma chiama in causa il principio di proporzionalità, considerando il relativo *test* in termini dinamici, fondato cioè su criteri non assoluti ma sempre aggiornati allo stato della scienza. Bisogna allora chiarire fino a che punto alla legge spetti il primato.

Da un lato, i limiti congeniti alla formulazione astratta della legge e i tempi solitamente lunghi che servono a modificarla per metterla al passo appaiono poco compatibili con lo scrupolo di dettaglio necessario a descrivere le caratteristiche degli apparati elettronici e con la velocità della loro evoluzione tecnica, tanto da rendere preferibile demandare il compito ad atti normativi di rango subordinato. Dall’altro lato, però, la legge non può sottrarsi al vincolo di dettare almeno i parametri essenziali e di fissare i divieti.

Quanto ai secondi, viene a tema l’ammissibilità dei *microchip* impiantati sottocute. Esempio emblematico di come l’evoluzione digitale consenta di rimpicciolire al massimo i trasmettitori e il progresso scientifico

²⁰ Decreto Ministro dell’interno del 2 febbraio 2001. In: *Gazzetta Ufficiale*, 15 febbraio 2001, n. 38.

riesca a renderli addirittura invisibili, annullando il potenziale stigma sociale che deriva all'imputato dal mostrarsi assoggettato al dispositivo di sicurezza senza creare rischi alla salute. Al tempo stesso, ripugna allo Stato costituzionale di diritto degradare la persona sino al punto di introdurre apparecchiature trasmettenti all'interno del corpo umano per gli scopi connessi all'attività di repressione penale, sicché la legge dovrebbe proibire con clausole generali operazioni simili anche qualora l'imputato acconsentisse a subirle: la minaccia implicita dell'ingresso in carcere, se non accettasse l'alternativa della sorveglianza elettronica, sembra sufficiente a viziare la volontà manifestata in tal senso.

L'altro aspetto sul quale la legge dovrebbe sempre esprimersi riguarda la tipologia di prestazioni dei dispositivi autorizzati, modulata in base al grado di intensità del controllo e alla natura dei diritti incisi. Desta attenzione il confronto tra i braccialetti elettronici di risalente produzione, che segnalavano mediante radiofrequenza soltanto la fuoriuscita del soggetto dall'area del domicilio, e i congegni dotati di sistema *GPS Tracking*, capace di seguire la persona in tutti i suoi spostamenti sul territorio.

La possibilità di avvalersi di questi ultimi e più progrediti apparecchi per finalità di tutela cautelare è stata introdotta nell'ordinamento processuale italiano senza un'apposita base legale, ma considerando sufficiente il generico rinvio del codice ai «mezzi elettronici» e agli «altri strumenti tecnici» previsti in abbinamento agli arresti domiciliari. Quando il legislatore ha deciso di estendere la modalità del controllo a distanza anche alla misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare (2013)²¹, così da potenziare la vigilanza sul rispetto delle relative prescrizioni, il governo si è limitato a stipulare una nuova convenzione con la società di telefonia concessionaria del servizio in virtù della quale una quota della fornitura di braccialetti elettronici va munita della funzione *GPS*²². Qui siamo addirittura di fronte alla eterointegrazione per via negoziale – cioè ad una forma di privatizzazione – di un elemento essenziale della fattispecie che regola l'intensità del potere cautelare.

²¹ D.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito in legge 15 ottobre 2013, n. 119.

²² Cfr. in proposito APRILE, Stefano. Il sistema per il controllo elettronico delle persone sottoposte alla misura degli arresti domiciliari previsto dall'art. 275-bis, c.p.p.: "braccialetto elettronico". L'esperienza del Gip di Roma. In: *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, p. 55, 2013.

Il passaggio alla geolocalizzazione non è indifferente al fine di misurare la proporzionalità della pressione esercitata sulla sfera giuridica del singolo. Le grandezze da sottoporre a verifica, perciò, vanno chiaramente scandite dalla legge affinché non vengano lasciate alla discrezionalità incontrollata del giudice. Un conto, infatti, è la sorveglianza circoscritta all'interno d'un perimetro ben definito dalla legge, quando essa autorizza gli arresti presso l'abitazione. Tutt'altro discorso attiene al monitoraggio ininterrotto nel tempo di ogni movimento dell'imputato, osservato passo passo ovunque costui si trovi. Nel primo caso si controlla la mera situazione di presenza della persona all'interno di un unico spazio predeterminato; nel secondo, oltre alla costante rintracciabilità del soggetto, si ottiene una miriade di informazioni sulle sue abitudini di vita attraverso la mappatura dei luoghi che frequenta.

Non è detto che tale messe di informazioni serva agli scopi per i quali il giudice ha impartito l'ordine di non avvicinarsi a certi luoghi o persone; quei dati non rilevano fintanto che il divieto non venga violato e solo nella porzione che registra la trasgressione; di conseguenza, la tecnologia usata per il controllo a distanza comporta un eccesso di sacrificio individuale che la legge non può trascurare, abilitando il giudice all'impiego dello strumento soltanto a determinate condizioni e predisponendo i rimedi di natura successiva (modi e tempi di conservazione dei dati, apparato sanzionatorio). Se poi – poniamo, ma è eventualità nient'affatto remota oggi giorno – il dispositivo venisse dotato d'una minuscola videocamera collegata alle postazioni di polizia e attivabile d'autorità, l'*escalation* nelle potenzialità tecnologiche applicate al controllo sociale aprirebbe lo scenario orwelliano della sorveglianza integrale. Non è allora pensabile che la legge si astenga dal dettare precisi limiti negativi al riguardo e, là dove certe tipologie di sorveglianza non vengano del tutto escluse, dal differenziare i presupposti applicativi a seconda del grado di intrusione nelle libertà della persona.

Il principio di proporzionalità rileva in materia pure sotto il profilo che attiene al bilanciamento tra il livello di compressione della sfera giuridica individuale e la gravità del reato perseguito. Da quest'angolazione l'ordinamento processuale italiano mostra vistosi cedimenti. In particolare, essi riguardano le recenti novelle legislative

concepito all'insegna della crescente centralità nella tutela della vittima²³, che hanno portato dapprima ad arricchire la gamma dei mezzi cautelari con le misure dell'allontanamento dell'imputato dalla casa familiare e del divieto di avvicinarsi ai luoghi frequentati dalla persona offesa dal reato; in seguito (2013, 2019)²⁴ a prevedere la possibilità per il giudice di rafforzare le medesime misure tramite la sorveglianza elettronica, necessariamente eseguita tramite localizzatore *GPS* visto che l'imputato destinatario di quei provvedimenti d'interdizione all'ingresso in certi spazi resta libero per il resto di circolare sul territorio.

Ebbene, di norma simili restrizioni della libertà di movimento sono autorizzate dalla legge quando oggetto del procedimento penale sia un delitto punito con la reclusione superiore nel massimo edittale a tre anni. Sono le eccezioni al ribasso, rispetto a questa soglia sanzionatoria, a mettere in dubbio la correttezza del contemperamento tra i due interessi in gioco, nel momento in cui l'imputato non soltanto è reso destinatario di proibizioni, ma diviene passibile di localizzazione permanente e dunque subisce un aggravio della propria condizione soggettiva. In particolare, alcune fattispecie di reato contemplate nell'elenco di quelle derogatorie alla disciplina ordinaria (ad esempio, la violazione degli obblighi di assistenza familiare, l'abuso dei mezzi di correzione, la minaccia) non appaiono di tale disvalore, come attesta anche il livello inferiore di pena edittale, da giustificare la legittimazione a disporre che l'imputato porti sempre addosso il braccialetto elettronico equipaggiato con tracciamento *GPS*.

5. *Costi della tecnologia e inviolabilità della libertà personale.* Una vicenda dai tratti grotteschi, verificatasi nell'ambito della giustizia penale italiana, suscita riflessioni serie sul nodo cruciale del rapporto tra diritto e progresso tecnologico riguardante le conseguenze per l'individuo che non possa beneficiare dei nuovi mezzi a causa della scarsità di esemplari dovuta al loro costo. Per il nostro tema specifico, il quesito può essere così riformulato. Posto che, nell'attuale sistema cautelare, la sorveglianza

²³ Nel 2013 erano attivi 55 braccialetti in totale: BASSI, Alessandra; VON BORRIES, Christine. *Il braccialetto elettronico: un dispositivo dimenticato*. Disponibile in: www.questionegiustizia.it, 12 dicembre 2013.

²⁴ Da ultimo, legge 19 luglio 2019, n. 69.

elettronica funge da presidio degli arresti domiciliari in grado di scongiurare la custodia in carcere, quale trattamento subisce la libertà dei singoli imputati se l'autorità non è rifornita di apparecchiature sufficienti ad esaurire tutti i casi in cui i giudici valutino adeguata e proporzionata la misura domestica controllata a distanza? Il problema è stato presagito ma non affrontato dal legislatore, il quale, nell'attribuire il potere di applicazione del controllo mediante strumenti tecnici, ha semplicemente aggiunto al testo del codice una clausola prudenziale: «quando» il giudice «ne abbia accertato la disponibilità da parte della polizia giudiziaria» (art. 275-bis c.p.p.).

Se si eccettua il primo periodo di sperimentazione circoscritta a pochi uffici giudiziari, il numero di braccialetti elettronici in dotazione è cresciuto nel decennio 2003-2013 fino a circa duemila esemplari a seguito del rinnovo della convenzione tra governo e società privata gestrice del servizio. La regolarità della procedura che ha portato alla scelta dell'impresa fornitrice è stata contestata davanti alla giustizia amministrativa da un'azienda concorrente; ma ciò che più colpisce è il costo risultato esorbitante della strumentazione a fronte del suo scarsissimo uso²⁵, tanto da portare alla censura da parte della Corte dei Conti²⁶. Le riforme degli anni successivi e, in particolare, la possibilità di impiego del braccialetto elettronico per la sorveglianza di imputati anche al di fuori dell'abitazione sono all'origine del notevole aumento della domanda che ha evidenziato la drammatica carenza di apparecchiature disponibili.

È a quel punto che nasce la disputa sulla sorte degli imputati destinatari del provvedimento degli arresti domiciliari vigilati a distanza. Un primo indirizzo giurisprudenziale propendeva per l'adozione della custodia in carcere, dato che l'alta pericolosità dell'imputato non sarebbe stata neutralizzabile con la più tenue modalità della sorveglianza saltuaria

²⁵ Fino al 2013 erano stati spesi oltre 81 milioni di euro; il costo giornaliero per ogni braccialetto risultava pari a 115 euro. Il quadro di questa disastrosa esperienza è ricostruito in VALENTINI, Elena. Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni Unite. Disponibile in: www.penalecontemporaneo.it, 27 aprile 2016, p. 3; GRASSIA, Rosa Gaia. Il braccialetto elettronico: uno strumento inesperto. Quando la tecnologia è al servizio dell'uomo, ma la copertura finanziaria non è al servizio della tecnologia. In: *Archivio penale (web)*, n. 3, p. 4, 2015.

²⁶ Deliberazione n. 11/2012/G.

di polizia presso l'abitazione²⁷. Un secondo orientamento, al contrario, metteva l'accento sulla natura solo accessoria del controllo elettronico rispetto agli arresti domiciliari, ritenendo che la valutazione di adeguatezza a fronteggiare le esigenze cautelari del caso concreto avesse comunque per riferimento quel tipo di misura, a prescindere dalla dotazione del supporto tecnologico.

In posizione intermedia si collocava la soluzione di trattenerne l'imputato in carcere fino a quando non fosse sopravvenuta la materiale disponibilità del braccialetto elettronico. Venivano così a formarsi liste d'attesa la cui gestione finiva per dipendere in pratica dall'azienda addetta all'installazione dei congegni, con grave difetto di trasparenza sulle graduatorie e i criteri di priorità²⁸. Lo spettro inquietante della privatizzazione delle misure limitative della libertà personale si è dunque materializzato, anche se alcuni uffici giudiziari avevano dettato minime direttive in proposito come quella di privilegiare, nell'accesso al braccialetto elettronico, gli imputati già ristretti in carcere (cosiddetta opzione *Backdoor*) a scapito di chi fosse in procinto di entrarvi (sistema *Frontdoor*)²⁹. Ciò dava luogo a disparità di trattamento irragionevoli³⁰, dovute a inefficienze e ristrettezze finanziarie della pubblica amministrazione, incapace di garantire provviste adeguate al bisogno.

Va colta qui la manifestazione specifica di un interrogativo più generale legato al canone di proporzionalità: se, cioè, l'esito della valutazione sul minimo sacrificio necessario da imporsi alla libertà individuale risenta del fatto che la selezione di un mezzo più mite comporterebbe costi considerevolmente maggiori a carico dello Stato. La

²⁷ Cass., sez. II, 10 novembre 2015, Pappalardo e a. In: *C.e.d.*, n. 265238; Cass., sez. II, 19 giugno 2015, Candolfi. In: *C.e.d.*, n. 264230.

²⁸ BASSI, Alessandra; VON BORRIES, Christine. Il braccialetto elettronico fra luci ed ombre. In: *Cassazione penale*, n. 9, p. 3132 ss., 2016.

²⁹ LEONARDI, Fabrizio. La sorveglianza elettronica come alternativa al carcere: l'esperienza europea. In: *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, p. 88, 2013.

³⁰ VALENTINI, Elena. Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni Unite. Disponibile in: www.penalecontemporaneo.it, 27 aprile 2016, p. 17. Ma v. già MARZADURI, Enrico. Commento all'art. 16 d.l. 24 novembre 2000, n. 341 – Efficienza della giustizia. In: *La legislazione penale*, n. 1-2, p. 449, 2001.

Corte di cassazione italiana ha risolto la questione ritenendo inesigibile dallo Stato l'acquisto di un numero di braccialetti elettronici pari a quello degli imputati che ne avrebbero diritto, poiché le risorse della pubblica amministrazione sono necessariamente limitate e così le prestazioni (ad esempio, sanitarie, scolastiche) erogate ai cittadini³¹. Della conclusione sembra tuttavia lecito dubitare. E non soltanto perché ripugna immiserire l'alto valore della tutela della persona a meschino affare di denaro³². L'argomento speso dalla Corte, infatti, confonde le prestazioni positive di cui è gravato lo Stato sociale, senz'altro condizionate dal bilancio, con la libertà negativa riconosciuta come inviolabile a tutti gli individui³³. La supremazia assiologica conferita dalla Costituzione alla sfera intangibile del singolo comporta che il rischio di fallimento della strategia cautelare ricada sull'autorità: in assenza di apparecchiature disponibili il giudice dovrà quindi scegliere la misura più mite degli arresti domiciliari per non violare il divieto di eccesso nella restrizione della libertà personale, trasgressione che invece si avrebbe applicando la custodia carceraria in quanto sovradimensionata rispetto all'entità del pericolo da elidere nel caso concreto.

Per le stesse ragioni non è divisibile il responso che la Corte di cassazione, a sezioni unite, ha dato alla diatriba giurisprudenziale. Sostiene la Corte che, quando il giudice abbia dapprima ritenuto adeguati gli arresti domiciliari controllati a distanza, ove poi emergesse l'indisponibilità del braccialetto elettronico dovrebbe dare atto della impossibilità di applicare la misura più idonea e compiere di nuovo la valutazione di adeguatezza mediante il bilanciamento tra il grado delle esigenze cautelari e la necessità di salvaguardia della libertà

³¹ Cass., sez. II, 17 settembre 2014, n. 520, *inedita* (ma in: *De Jure*).

³² Così, MAIWALD, Manfred, § 100a StPO. In: WASSERMANN, Rudolf (a cura di), *Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung*. Neuwied: Luchterhand, 2^a ed., v. II, tomo I, 1992, n.m. 8; *contra*, BLOZIK, Michael. *Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2012, p. 147. <https://doi.org/10.17875/gup2012-143>.

³³ Nel senso che le carenze della pubblica amministrazione non possano mai giustificare la privazione della libertà personale, v. anche CASSIBBA, Fabio. L'indisponibilità del "braccialetto elettronico": le Sezioni Unite escludono automatismi decisori ma residuano dubbi. In: *Processo penale e giustizia*, n. 5, p. 181, 2016.

personale³⁴. In verità l'esito della ponderazione è vincolato dalle coordinate costituzionali. Se inizialmente il giudice reputa eccessiva la custodia in carcere, tanto da prediligere la misura meno grave degli arresti domiciliari tecnologicamente sorvegliati, disporre in seguito la restrizione intramuraria per mancanza di congegni significa tollerare una quota marginale di sacrificio della libertà personale palesemente priva di giustificazione e dunque illegittima.

BIBLIOGRAFIA

ALBRECHT, Hans-Jörg; ARNOLD, Harald; SCHÄDLER, Wolfram. Der hessische Modellversuch zur Anwendung der „elektronischen Fußfessel“: Darstellung und Evaluation eines Experiments. In: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, v. 33, p. 466-469, 2000.

APRILE, Stefano. Il sistema per il controllo elettronico delle persone sottoposte alla misura degli arresti domiciliari previsto dall'art. 275-bis, c.p.p.: “braccialetto elettronico”. L'esperienza del Gip di Roma. In: *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, p. 47-71, 2013.

BASSI, Alessandra; VON BORRIES, Christine. Il braccialetto elettronico fra luci ed ombre. In: *Cassazione penale*, n. 9, p. 3127-3139, 2016.

BASSI, Alessandra; VON BORRIES, Christine. *Il braccialetto elettronico: un dispositivo dimenticato*. Disponibile in: www.questionegiustizia.it, 12 dicembre 2013.

BLOZIK, Michael. *Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2012. <https://doi.org/10.17875/gup2012-143>.

CASSIBBA, Fabio. L'indisponibilità del “braccialetto elettronico”: le Sezioni Unite escludono automatismi decisorii ma residuano dubbi. In: *Processo penale e giustizia*, n. 5, p. 175-182, 2016.

CESARIS, Laura. Dal *panopticon* alla sorveglianza elettronica. In: BARGIS, Marta (a cura di). *Il decreto “antiscarcerazioni”*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 49-79.

GRASSIA, Rosa Gaia. Il braccialetto elettronico: uno strumento inesperto. Quando la tecnologia è al servizio dell'uomo, ma la copertura finanziaria non è al servizio della tecnologia. In: *Archivio penale (web)*, n. 3, 2015.

³⁴ Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Lovisi. In *C.e.d.*, n. 266651.

HASSEMER, Winfried. Sicherheit durch Strafrecht. In: *Strafverteidiger*, p. 321-332, 2006.

HAVERKAMP, Rita. Das Projekt „Elektronische Fußfessel“ in Frankfurt am Main. In: *Bewährungshilfe*, n. 2, p. 164-181, 2003.

KAISER, Anna. *Durch Schritt und Tritt – die elektronische Aufenthaltsüberwachung: Entwicklung, Rechtsgrundlagen, Verfassungsmäßigkeit*. Wiesbaden: Springer, 2016. <https://doi.org/10.1007/978-3-658-14347-3>.

KRAHL, Matthias. Der elektronisch überwachte Hausarrest. In: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, n. 10, p. 457-461, 1997.

LEONARDI, Fabrizio. La sorveglianza elettronica come alternativa al carcere: l'esperienza europea. In: *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, p. 79-124, 2013.

MAIWALD, Manfred, § 100a StPO. In: WASSERMANN, Rudolf (a cura di), *Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung*. Neuwied: Luchterhand, 2^a ed., v. II, tomo I, 1992.

MARZADURI, Enrico. Commento all'art. 16 d.l. 24 novembre 2000, n. 341 – Efficienza della giustizia. In: *La legislazione penale*, n. 1-2, p. 445-453, 2001.

NEGRI, Daniele. Il processo penale come scriminante. In: *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 101, p. 13 -50, 2013.

NEGRI, Daniele. La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico). In: *Archivio penale*, n. 1, p. 44-54, 2016. <https://doi.org/10.12871/97888674166084>.

NEGRI, Daniele. Tecniche di riduzione della custodia in carcere ad *extrema ratio*. In: CHINNICI, Daniela (a cura di). *Le misure cautelari personali nella strategia del “minimo sacrificio necessario”*. Roma: Dike, 2015, p. 39-70.

VALENTINI, Elena. Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni Unite. Disponibile in: www.penalecontemporaneo.it, 27 aprile 2016.

VIGANÒ, Francesco. Terrorismo, guerra e sistema penale. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, p. 648-703, 2006.

Informações adicionais e declarações dos autores (*integridade científica*)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 02/09/2019
 - Controle preliminar e verificação de plágio: 06/09/2019
 - Avaliação 1: 16/09/2019
 - Avaliação 2: 02/10/2019
 - Decisão editorial preliminar: 03/10/2019
 - Retorno rodada de correções: 05/10/2019
 - Decisão editorial final: 08/10/2019
- Equipe editorial envolvida:
- Editor-chefe: 1 (VGV)
 - Editoras-associadas: 2 (CC e BC)
 - Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

NEGRI, Daniele. Nuove tecnologie e compressione della libertà personale: la sorveglianza con dispositivi elettronici dell'imputato sottoposto a misure cautelari. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1255-1275, set./dez. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.289>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.